

CONSULTA PÚBLICA Nº 41

ANEXO À CONSULTA PÚBLICA Nº 41, DE 25 DE JULHO DE 2011

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

O Sinditelebrasil considera que a edição de um Plano Geral de Metas de Competição representa uma excelente oportunidade para se definir não só princípios, critérios, e procedimentos, mas também uma metodologia clara e objetiva de como aplica-los, de forma a facilitar o desenvolvimento do setor de telecomunicações e propiciado um ambiente competitivamente dinâmico, justo e equitativo.

Antes de se iniciar qualquer análise da proposta de Plano deve se ter em mente uma premissa básica adotada em sistemas jurídicos regidos pelo princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, tal como o brasileiro:

A intervenção do estado na economia dá-se em caráter excepcional.

Conforme expomos ao longo dessa contribuição a Constituição Federal e o marco Legal aplicável definem as condições e os limites da intervenção do Estado. A proposta do Plano de metas de Competição, em nosso entender e também no entender de especialistas jurídicos e econômicos contratados pelo SindiTelebrasil, extrapola os limites estabelecidos pela legislação brasileira.

O SindiTelebrasil protocolou a correspondência SINDI 172/2011, em 19 de outubro de 2011 na ANATEL apresentando os relatórios finais dos estudos técnicos e econômicos realizados pela Price Waterhouse Coopers –PWC e pela consultoria Tendências, assim como os Pareceres Jurídicos contratados junto a Manesco, Ramires, Peres, Azevedo Marques; Professor Carlos Ari Sundfeld e do Ministro Sidney Sanches.

Mais os problemas existentes nessa proposta de Plano Geral de Metas de Universalização vão mais além do que a extrapolação dos limites estabelecidos pela legislação brasileira.

Em nosso entender, a proposta de Plano apresentada pela ANATEL não é clara e estabelece critérios subjetivos, sem o estabelecimento de prioridades entre si. Na implementação da metodologia sugerida pela ANATEL para a definição de grupos com PMS, por exemplo, a Agência estabelece uma lista de critérios, onde todos eles possuem o mesmo peso e não é feita nenhuma análise integrada dos mesmos. Tal simplificação introduz grandes distorções no resultado. O correto seria que a Agência, entre outros, considerasse a evolução histórica das frações de mercado, preços, nível de migração de clientes entre as empresas que atuam em uma referida área analisada. Nenhum estudo nesse sentido foi apresentado.

Também não concordamos com a posição da Agência de estender a caracterização de Poder de Mercado Significativo ao Grupo empresarial ao qual pertence uma empresa identificada com PMS, em um determinado Mercado Relevante. A doutrina e a jurisprudência da defesa da livre concorrência não identifica na pessoa do controlador o poder de mercado apurado em cada uma das empresas que o integram.

No que tange os critérios utilizados para se identificar os mercados relevantes a Agência também simplifica a sua análise e não considera ou pelo menos não apresentou dados que comprovassem que realizou estudos para identificar áreas e produtos onde há a existência de

uma empresa com PMS e que ela estaria exercendo sua condição de dominante e, mais do que isso, abusando do seu poder de mercado, em seu proveito exclusivo, em detrimento de terceiro competidor e impondo preços ao referido mercado a sua vontade.

Assim sendo, as distorções na identificação dos mercados relevantes são inúmeras. Mercados competitivos são identificados como sendo não competitivos, pela ausência da realização de uma cuidadosa análise concorrencial que observe uma metodologia própria à defesa da concorrência. Até mesmo mercados caracterizados como sendo resultantes de universalização, onde é óbvia que a ausência de competição não se dá pelo abuso do Poder de Mercado Significativo da empresa lá presente por obrigações regulamentares decorrentes de metas de universalização ou de compromissos de abrangência, são identificados como Mercados Relevantes.

Quanto às medidas assimétricas sugeridas nessa proposta de Plano, elas não encontram paralelo em nenhuma Administração que tenha experimentado um processo similar a este que pretende estabelecer o Órgão Regulador.

Tampouco a Agência Reguladora apresentou estudo criterioso e detalhado quanto às falhas de competição existentes em cada um dos mercados relevantes identificados e a comprovação de que as medidas corretivas estabelecidas são proporcionais às falhas detectadas, suas metas e objetivos e uma análise objetiva de que os efeitos colaterais dessas medidas não aumentam o custo da prestação dos serviços no Brasil e não desestimulam as atuais prestadoras de realizar os pesados investimentos na expansão e modernização das redes de telecomunicações fixas e móveis, tão vitais para o restante dessa década.

Assim, o Sinditelebrasil defende que a ANATEL deveria definir – para os remédios propostos – a natureza da falha de mercado à qual devem ser aplicados e incluir uma declaração específica sobre os objetivos e metas que o referido remédio pretende alcançar e a importância relativa atrelada a esses objetivos. Em virtude de sua relevância para essa conjuntura, somos da opinião que a referida declaração sempre deverá incluir uma análise das implicações dos remédios tendo em vista a preservação de incentivos para investimentos em infraestrutura.

Os trabalhos da PWC e da consultoria LCA, ambos anexados a supracitada correspondência protocolada na ANATEL, reforçam a afirmação do Sinditelebrasil de que ao longo dessa década serão necessários investimentos extraordinários. Só no que tange a banda larga, os valores atingem patamares da ordem de 160 bilhões de reais, para levar o Brasil, em 2020, a um patamar próximo das grandes Administrações Asiáticas e Europeias. A garantia de que teremos políticas públicas e medidas regulatórias que estimulem a iniciativa privada a realizar tais investimentos é condição necessária e fundamental para que eles ocorram.

A seguir procederemos a uma análise pontual de aspectos que julgamos de grande relevância e que devem ser objeto de consideração pela ANATEL.

Dos Prazos disponibilizados para Análise da Proposta de Consulta Pública

O SindiTelebrasil considera que da forma como está atualmente proposto na Consulta Pública, o PGMC cria distorções que imporão diversas ineficiências ao setor, gerando um enfraquecimento da concorrência no longo prazo e desestimulando futuros investimentos produtivos.

Por conta da complexidade e do dinamismo que caracteriza a indústria de telecomunicações e, sobretudo, da tênue fronteira que separa um arcabouço regulatório eficiente de um arcabouço que impõe medidas regulatórias excessivas (gerando um quadro de ‘sobre-regulamentação’), a experiência internacional mostra que este debate deve ser extenso e conduzido com cautela. Por isso, consideramos que o horizonte de tempo disponibilizado pela Anatel para as contribuições tenha sido demasiadamente curto.

Por essa razão solicitamos a dilação de prazo por um período de 120 dias, pleito que não foi atendido pela Agência, fato que prejudicou demasiadamente a análise da proposta e impossibilitou ao SindiTelebrasil apresentar alternativas para os pontos considerados falhos nessa proposta de Plano Geral de Metas de Competição. Assim sendo, nestas contribuições estarão explicitadas as falhas, as ilegalidades que julgamos que a proposta contém e, ainda, a desproporcionalidade das medidas assimétricas que se pretende adotar para os grupos que detém PMS nos mercados relevantes. Entretanto, não foi possível se elencar as alternativas para correção das imperfeições da proposta de regulamento devido à exiguidade do tempo.

Idealmente, o processo de construção de um arcabouço regulatório pró-competitivo deve ser dividido em quatro etapas: (i) definição dos objetivos e das falhas passíveis de regulação em cada mercado; (ii) definição dos critérios e metodologias para identificação das falhas; (iii) definição das medidas que serão adotadas para correção das falhas identificadas; e (iv) implementação da metodologia em cada mercado relevante, considerando suas respectivas peculiaridades. A Consulta não adota esta hierarquia (ordem de análise), ou algo que o valha.

O PGMC proposto pretende abordar simultaneamente as três primeiras etapas apresentadas acima, e o documento de Análise dos Mercado Relevantes deveria versar sobre a quarta etapa. Entretanto, devido ao acúmulo de temas para a discussão simultânea destas quatro etapas, os documentos sob consulta não atingem este objetivo, principalmente no que se refere às etapas I e III. Por exemplo, não há no PGMC uma demonstração/avaliação da correspondência entre a falha concorrencial passível de atuação do regulador, a medida regulatória que pretende revolvê-la e os impactos gerados por tal medida – ou seja, um estudo do resultado líquido da medida assimétrica (benefícios à concorrência, menos custos e ineficiências geradas), em linha com o prenunciado na etapa III.

Esta sobreposição de etapas dificulta a análise e pode ter sido responsável por falhas importantes identificadas na construção do PGMC, detalhadas ao longo de nossa contribuição.

Portanto, o SindiTelebrasil vem propor que esta seja a primeira rodada de um conjunto de consultas que devem ser realizadas para discutir um tema de tão alta relevância. O SindiTelebrasil considera fundamental que a partir das contribuições recebidas a ANATEL proceda a uma adaptação na proposta e a submeta a novas consultas, e que a semelhança do que se observa na experiência internacional, o PGMC seja discutido e construído por etapas, separando-se, em momentos independentes, a elaboração da metodologia de conceituação/definição dos mercados relevantes e de caracterização de PMS, e a sua aplicação mercado a mercado e a avaliação e definição dos remédios cabíveis em cada caso, comprovando a sua proporcionalidade com os problemas a serem corrigidos na competição em cada mercado relevante.

Para cada medida regulatória a ser adotada deve estar devidamente explicitada qual falha se pretende corrigir e devem ser apontados os objetivos e metas que se pretende atingir. Adicionalmente, deve ser comprovada a proporcionalidade da medida com a falha que se

pretende corrigir e seus impactos econômicos, principalmente no que diz respeito a um eventual desestímulo a futuros investimentos.

Por fim, o documento de “análise dos mercados relevantes” apresenta uma série de pontos críticos na interpretação e implementação da metodologia proposta no PGMC. Isto reforça a importância de que o arcabouço regulatório definido no PGMC seja discutido e construído por etapas, garantindo um resultado final uniforme e consistente.

Do Benchmarking Internacional

Diversos aspectos abordados na referida proposta de regulamento são considerados pelo SindiTelebrasil como iniciativas que destoam daquelas que a maioria das Administrações Mundiais, que já passaram por um processo semelhante, praticou ou ainda pratica.

O SindiTelebrasil contratou um estudo benchmarking mundial junto à Price Waterhouse Coopers que fez uma análise de 13 países. Este estudo foi apresentado à ANATEL por meio da correspondência SINDI 172/2011, protocolada na Agência em 19 de outubro de 2011.

Apesar dos técnicos da ANATEL afirmarem que basearam a proposta do PGMC em experiências internacionais, principalmente na experiência da União Européia, o trabalho elaborado pela Price demonstra que as diferenças são profundas e que a proposta brasileira não encontra similaridade na experiência internacional.

Foi realizada uma análise detalhada dos quatro tópicos principais do PGMC (modelo regulatório; definição de mercado relevante; PMS; medidas assimétricas). Os países analisados foram: Austrália, Chile, Alemanha, Índia, Itália, Japão, México, Holanda, Portugal, Coreia do Sul, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos. A seleção dos países analisados seguiu os três critérios apontados abaixo.

- Boas Práticas em Termos de Modelo Regulatório:
 - ✓ Regimes bem desenvolvidos em termos de:
 - Definição de Mercado;
 - Poder Significativo de Mercado;
 - Medidas regulatórias assimétricas;
 - ✓ Princípios de Concorrência de Mercado;
 - ✓ Leis de Competição *Ex-Post*
- Resultados dos Investimentos em Telecom:
 - ✓ Países que apresentaram bons resultados em termos de:
 - Investimento;
 - Penetração;
 - Velocidade e Preço;
 - Qualidade do Serviço.
 - ✓ Políticas ou Objetivos regulatórios com foco na competição de infraestrutura;
 - ✓ Políticas ou foco regulatório em investimentos em banda larga.

- Características Similares ao Brasil:
 - ✓ Países com grandes extensões territoriais;
 - ✓ Países na mesma região geográfica;
 - ✓ Nível de penetração (telefonia fixa, móvel e banda larga)
 - ✓ Nível de Investimentos no setor;
 - ✓ Estrutura do mercado;
 - ✓ Número de players;
 - ✓ Concentração do mercado;
 - ✓ Integração vertical;
 - ✓ Segmentação Geográfica;
 - ✓ PIB per capita

A experiência internacional, notadamente o caso europeu, revela que políticas regulatórias baseadas em PMS são bastante semelhantes às políticas de Defesa da Concorrência em Atos de Concentração. Entretanto, seja pela generalidade e falta de clareza de suas definições, ou por inversões no uso de alguns conceitos, a metodologia proposta no PGMC não apresenta sintonia com a doutrina de Defesa da Concorrência. Neste sentido, como recomendação geral, sugerimos uma revisão nos textos e procedimentos da Anatel com o intuito de alinhá-los melhor às práticas amplamente difundidas e consolidadas pela literatura antitruste e que, embora já tenham sido absorvidas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), acabaram não sendo adequadamente contempladas pela Anatel na presente Consulta Pública.

Exemplo disso é a distinção entre “deter poder de mercado” e “exercer abusivamente poder de mercado”, que notadamente precisa ser considerada na construção de um arcabouço regulatório baseado no conceito de PMS. Sobretudo em um setor que engloba “mercados de universalização ou decorrentes de compromissos de abrangência”, ou seja, regiões que não geram lucros para as empresas, mas cuja presença é imposta em decorrência das políticas públicas de universalização ou compromissos de abrangência, para o caso do SMP prestado o regime privado. Nessas localidades, em face da regulamentação existente, das obrigações regulatórias e das características da demanda, não há possibilidade de exercício de poder de mercado. Desta forma, impor as medidas regulatórias assimétricas que estão contidas na proposta do regulamento terá o efeito de tornar as operações destas empresas mais custosas e ineficientes.

Da Metodologia para Caracterização de PMS – Mercados Relevantes

O SindiTelebrasil vai detalhar em suas contribuições que a metodologia adotada pela ANATEL nesta proposta de PGMC não respeita as melhores práticas e aplica equivocadamente o conceito de Poder de Mercado, distorcendo os conceitos antitrustes.

A Agência desconsidera que participação significativa no mercado não é poder de mercado, menos ainda abusiva. E poder de mercado não é comportamento é um fato. A simples existência de poder de mercado não pode levar a imposição de condutas. Como estamos enfatizando ao longo desta contribuição, resta claro e expresso no Artigo 173, parágrafo 4º, da CF, bem como na Lei 8.884/94 que somente o abuso de poder econômico- ou caso se prefira, o abuso de posição dominante – deve ser objeto de repressão estatal. O poder de mercado é um fato econômico que, por si só, não tem o condão de suscitar a ação estatal para

atenuá-lo.

Lê-se no artigo 173, § 4º da CF que “ (a) lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Isso é a ordem constitucional não ignora que é própria da economia de mercado a existência de firmas que, em razão de seu desempenho, adquirem uma posição que as levam a possuir vantagens face as demais competidoras. É consoante aos valores da livre iniciativa (artigo 170, caput, CF) e da livre concorrência (artigo 170, IV, CF) admitir que as empresas possam vir a ocupar uma situação indicativa de capacidade de se posicionar no mercado tendo em vista o aumento de seus ganhos; se isso decorre de sua eficiência, sem a adoção de práticas ilícitas, estão se está no legítimo âmbito da disputa por clientela. A ordem constitucional, pois, aceita que o poder econômico se manifeste na medida em que ele é apenas expressão do bom desempenho de uma firma. Daí que somente o abuso desse poder é que pode ser tutelado- e a respeito disso o texto constitucional não poderia ser mais claro.

Obviamente também a Lei nº 8.884/94 assume que somente o exercício abusivo do poder de mercado é que enseja a tutela estatal. Isso é o que decorre claro e expresso do artigo 1º, que estabelece que “*a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica*” é orientada pelo ditame constitucional da repressão ao abuso do poder econômico, dentre outros. Também é cediço que, no regime instituído pelo Artigo 20, a posição dominante de uma firma não enseja em si, a ação da autoridade de defesa da concorrência, eis que somente o exercício abusivo da posição dominante é que reclama alguma providencia (artigo 20, IV), ao passo que a “*conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores*” (artigo 20, §1º) não é tido como fato punível por si só.

O exercício abusivo do poder de mercado não pode ser presumido. Não existe norma legal que estabeleça a premissa de que o simples fato de uma firma possuir uma fatia considerável de mercado implique, por si só, que ela praticará abuso. Caso a regulamentação administrativa resolva criar tal pressuposto, então ela estará em franca contradição com o modelo legal de repressão às condutas anticoncorrencias, ferindo gravemente o valor da livre iniciativa porquanto limitará a ação do privado, mesmo que independentemente de ele ter realizado qualquer ato ilícito.

Como a proposta de CP não faz menção a “repressão de comportamentos eventualmente danosos” não há que se falar de regulação *ex ante* para prevenir condutas que possam, segundo o entendimento da Agência Reguladora, eventualmente, prejudicar a competição livre, ampla e justa entre as prestadoras de serviço.

É preciso esclarecer que a regulamentação *ex ante*, tal como prevista no artigo 6º da LGT, se presta a criar condições para que o mercado se desenvolva livre de travas e abusos, o que não significa, nem se confunde, com coibir *ex ante* condutas ou concentrações estruturais, sem que elas apresentem comprometimentos do funcionamento livre dos respectivos mercados.

Por isso (também) é que o PGMC não pode prosseguir como proposto. Não pode ele assumir o abuso de poder de mercado e de, antemão, interferir tão gravemente nos ativos dos grupos com PMS. Reparemos que, no regime da Lei nº 8.884/9, medidas dessa natureza constituem sanções que podem sofrer um infrator quando envolvidos em fatos graves.

Mas isso não é tudo. O PGMC estabelece restrições diversas aos Grupos com PMS, tal como

se eles estivessem exercendo práticas ilícitas de toda sorte. Como se a simples existência de poder de mercado pudesse ensejar a ação estatal. Mas não há na Constituição, na Lei nº 8.884/94, nem mesmo na LGT, dispositivo qualquer que autorize o Poder Público a coibir uma ação do privado no mercado por simples receio de que ele possa vir a eventualmente exercer sua capacidade mercadológica de modo contrário ao Direito. A ANATEL bem sabe que o controle de condutas se dá de forma repressiva, como resposta ao comportamento ilícito do agente de mercado. Caso a conduta ilegal ocorra, existem diversos instrumentos, e alguns bastante drásticos, para coibir a ação do privado. Todavia, nada justifica o controle de estruturas sem ato de concentração e nem o controle de condutas sem o ilícito.

Dado que a proposta de PGMC não faz distinção entre os conceitos de deter e exercer abusivamente poder de mercado – tanto na identificação de PMS, quanto na definição das medidas assimétricas –, sugerimos que os critérios e metodologias descritos no PGMC sejam revistos para expressar claramente esta diferença e suas consequências, sobretudo na etapa de definição das medidas regulatórias assimétricas.

O texto do PGMC e a sua aplicação no documento de “análise dos mercados relevantes” indicam uma inversão dos procedimentos comumente adotados para definição dos mercados relevantes. **A Agência define estes mercados considerando, sem adequada demonstração, a existência de falhas concorrenciais.** Na prática, as dimensões produto dos mercados já estão pré-estabelecidas pela Anatel, de acordo com uma visão muito mais associada ao lado da oferta (tecnologias de produção) do que ao lado da demanda (substituição de produtos/tecnologias), como seria de se esperar.

A forma como é empregado o conceito de “mercado relevante” também reforça a evidencia de que não foi realizada uma discussão preliminar acerca de quais produtos e tecnologias devem ser considerados substitutos e, portanto, concorrentes no mesmo mercado. Este debate deve preceder a definição dos mercados que demandam regulação ex ante, até para que este segundo aspecto não contamine o primeiro. Portanto, sugerimos que a Anatel reveja o uso do conceito de “mercado relevante” e sua metodologia de definição, alinhando-se as práticas usuais da doutrina de Defesa da Concorrência.

Quanto à definição de PMS, os critérios propostos no PGMC se adequam a análise antitruste comumente aplicada em casos de atos de concentração. Todavia, o texto sob consulta não apresenta qualquer hierarquização ou ponderação dos critérios e nem deixa claro o uso da “regra da razoabilidade” na sua adoção e interpretação – uma importante prerrogativa diante da heterogeneidade dos segmentos da indústria. Além disso, a metodologia de emprego destes critérios também não foi devidamente abordada e fundamentada. Certos parâmetros demandam cuidados especiais no seu uso e questões como as variáveis que serão adotadas como proxies e a leitura dos resultados obtidos com estas variáveis são fundamentais para o sucesso da análise.

Não abordar adequadamente todos estes aspectos que envolvem a definição de PMS abre espaço para que futuras implementações do Plano sejam realizadas em desacordo com as melhores práticas, conforme foi visto na própria implementação feita pela Anatel no documento de Análise. Desta forma, sugerimos uma revisão dos textos do PGMC que abordam a identificação de PMS, propondo, mais uma vez, que eles sejam alinhados com a metodologia e os critérios comumente usados na doutrina de Defesa da Concorrência.

Das Medidas Regulatórias Assimétricas

Quanto às medidas regulatórias assimétricas previstas no PGMC, o Sinditelebrasil registra que em nenhuma Administração estudada se encontra a adoção de medidas que para atenuar as falhas concorrenciais identificadas, impõem novos custos e obrigações de investimentos aos grupos detentores de PMS, sem nenhuma garantia de remuneração adequada para esse investimento, e outras ineficiências que tornem o resultado líquido da regulamentação irrelevante ou negativo.

Ademais, o benefício de um Plano de Competição, para que seja implantado, deve ser demonstrado considerando-se o ambiente de competição, observados o princípio do maior benefício ao usuário e ao interesse social e econômico. Portanto, a necessidade de adequação não pode ser ignorada.

De mais a mais, percebe-se que a liberdade de iniciativa e de concorrência que a Constituição e a LGT atribuem aos agentes de mercado no setor de telecomunicações, o que inclui autonomia decisória sobre investimentos e gestão de capital das empresas, resta praticamente confiscada pela Anatel. A Agência passa a substituir o mercado em relação às decisões de investimento, praticamente impossibilitando as fornecedoras de decidirem a respeito, por exemplo, dos seus investimentos em ampliação de redes ou de expansão de ofertas de serviços.

Exatamente por isso que artigo 128 deixa bastante claro que a imposição de novas condicionantes deve observar uma série de regras, que no PGMC vemos desobedecidas.

Desta forma, a definição das medidas que serão adotadas mercado a mercado deve ser precedida de estudos que indiquem: (i) qual é o risco associado a cada falha de mercado; (ii) qual medida assimétrica é proporcional a este risco; e (iii) quais serão os impactos desta intervenção. Sempre buscando responder se os custos e benefícios compensam o uso de novas medidas regulatórias. Todavia, nenhuma dessas análises foi desenvolvida nos documentos submetidos à Consulta.

Por exemplo: as medidas de transparência não estão adequadamente definidas e podem arrefecer a concorrência; as obrigações de investimento geram dispêndios ineficientes, desviando recursos que seriam investidos em projetos eficientes; reserva de infraestrutura, além de ser de difícil operacionalização e fiscalização, desestimula o investimento produtivo, gerando no longo prazo uma concentração de infraestruturas nas empresas com PMS. Além disso, por conta do fenômeno da convergência tecnológica (que reforça a concorrência entre plataformas), o conceito de “essential facility” na indústria de telecomunicações é cada vez mais irrelevante.

Outra distorção que o SindiTelebrasil aponta é a **definição de valores cautelares** sem a devida fundamentação que impõe distorções no mercado, gerando ineficiências competitivas relevantes.

Além disso, já existe uma série de medidas regulatórias impostas ao setor cuja efetividade não foi analisada pela Anatel. É fundamental que os estudos acerca da correspondência entre as medidas assimétricas e as falhas a serem corrigidas, assim como os estudos sobre os efeitos cumulativos destas intervenções com as demais regulações, precedam a definição das medidas regulatórias no PGMC.

Das Ilegalidades apontadas pelo SindiTelebrasil

Embora as medidas sugeridas na Consulta Pública nº 41 tenha como alegada finalidade incrementar a competitividade no setor, não é possível implantá-las se não houver respaldo legal para tanto.

A Lei Geral de Telecomunicações – LGT esteve muito longe de conferir à ANATEL uma carta branca para, a pretexto de fomentar a competição, criar qualquer regra que considere oportuna e útil para atingir o referido objetivo. Existem balizas muito firmes que delimitam precisamente os instrumentos jurídicos disponíveis à implantação dos objetivos institucionais da Agência.

As contribuições do SindiTeleBrasil aqui apresentadas estão suportadas pelos Pareceres Jurídicos contratados junto a Manesco, Ramires, Peres, Azevedo Marques, assim como os pareceres do professor Carlos Ari Sundfeld e do Ministro Sidney Sanches, todos apresentados à ANATEL por meio da correspondência SINDI 172/2011, protocolada na Agência em 19 de outubro de 2011, e têm como objetivo demonstrar as ilegalidades que serão cometidas pela Agência em se aprovando o Plano Geral de Metas de Competição com a redação apresentada na Consulta Pública. Boa parte dos nossos comentários são transcrições dos referidos relatórios e desde já enfatizamos que os mesmos, na sua íntegra, compõem as nossas contribuições.

A Constituição Federal (artigo 174), ao cuidar da ordem econômica e financeira do país, determinou que o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, **incentivo e planejamento**, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O manejo dos mecanismos de planejamento da economia do Estado não deve afetar, de modo determinante, a atividade privada. O Poder Público pode estabelecer metas e objetivos para si próprios, jamais para os agentes de mercado. Obrigar os privados a se desfazer de ativos, firmar contratos ou assumir obrigações decorrentes de planificação, tendo em vista uma determinada configuração de mercado que será desenhada pelo Estado, então, é completamente descabido.

Essa regra de não intrusão na atividade privada encontra exceções pontuais, registradas na própria CF e na LGT. Especificamente, no setor de telecomunicações a atenuação da livre iniciativa e livre concorrência mediante a ação direta do Estado pode se dar apenas em razão da persecução das metas de universalização.

O teor geral do regime que a ANATEL pretende estabelecer nos moldes da proposta apresentada nesta Consulta Pública do PGMC não se coaduna com a liberdade de mercado instaurada pela CF e confirmada pela LGT, na medida em que a desconcentração por ela pretendida se encaixa no conceito de planejamento econômico e não pode por isso ser imposta ao privado.

No mais, ainda que o Estado pudesse planejar as atividades econômicas privadas, ele teria que respeitar os direitos patrimoniais das empresas reguladas, ou seja, as obrigações estabelecidas pela ANATEL não poderiam implicar em sacrifícios de direito ou qualquer espécie e de perda econômica. E, é de se convir, o regime proposto pelo PGMC, em verdade, condena a empresa detentora de rede a se transformar numa executora de investimentos para a promoção da competição, mesmo que a competição artificialmente promovida não favoreça os usuários e mesmo quando os investimentos lhes pareçam inoportunos do ponto de vista

econômico financeiros.

O SindiTelebrasil defende que o desenvolvimento da concorrência deve ser fruto da liberdade de atuação, devendo o Estado intervir no setor privado somente quando ali forem criadas barreiras artificiais, que impeçam a normal desenvoltura dos agentes envolvidos.

Dessa forma, considerando o prescrito pelos artigos 170, 173 e 174 da CF, temos que o conceito constitucional de planejamento estatal da atividade econômica se resume a (i) determinar, para o setor público, o planejamento do desenvolvimento econômico; (ii) indicar, para o setor privado, as linhas de ações governamentais que poderão influenciar o mercado, de modo que cada agente privado tome, por si, as decisões que lhe caibam à luz das decisões públicas de investimento e (iii) reprimir o abuso do poder econômico exercido pelo setor privado ou público, que vise, a grosso modo, à supressão do ambiente competitivo, isso é – a concorrência integra a atividade de planejamento tão somente no sentido de que o Estado pode, mediante Lei, estruturar mercados de forma a fomentar a livre competição entre os agentes.

Assim, o Estado terá o poder de ingerência sobre a atividade econômica desenvolvida por privados somente quando tenha sido constatada a criação de barreira artificial que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Entender diferente implicaria em confundir defesa de concorrência com o planejamento. A legislação antitruste, na verdade, pode ser considerada como Plano de não intervenção, salvo quando as regras do jogo são desrespeitadas.

Portanto, afronta os ditames constitucionais a criação, por uma Agência Reguladora, de um Plano que, em essência, destina-se à planificar a competição, estabelecendo diretrizes de investimentos e planejamentos para as detentoras de redes, ainda que estas não tenham adotado conduta que pudesse criar barreiras artificiais obstando o livre desenvolvimento econômico e o ingresso de novos agentes no mercado.

O SindiTelebrasil defende que não existe na CF permissão para a intervenção voltada à repressão de “conduta potencialmente abusiva”; esta deve ser comprovada e se destinar a dominar mercados, eliminar a concorrência ou aumentar, arbitrariamente, os lucros.

Tal como está concebida esta proposta de Plano Geral de Metas de Competição, com estabelecimento de medidas assimétricas que estabelecem a obrigação das empresas detentoras de PMS de realizar investimentos extras em sua rede para garantir uma reserva de capacidade para ofertar a terceiros, inclusive em ambientes onde não há qualquer demanda, função do baixo IDH, que justifique a presença de mais de um operador, que lá está por obrigação regulatória referente às metas de universalização, caracteriza-se uma extrapolação do dever do Poder Público de adotar medidas que promovam a competição, conforme prevê a LGT.

Promover a competição só deve significar a autorização para que o órgão Regulador maneje medidas regulatórias necessárias a: (i) suprimir as barreiras artificiais à entrada de novos competidores; (ii) coibir comportamentos anticompetitivos e (iii) fomentar a existência de mais e melhores prestadores suprimindo reservas regulatórias de mercados e incentivando a disputa.

Portanto, não é papel do Estado forjar competição, sobretudo em ambiente livre de indícios de abuso do poder econômico, afinal, a ausência de múltiplos prestadores de serviço não

indica necessariamente que a competição não esteja sendo promovida.

Ainda que haja entrantes com dificuldades de ingressar em determinados setores do mercado, o papel do Estado é, tão somente, coibir atitudes de empresas que, eventualmente, estejam criando barreiras para os entrantes, o que não se confunde, em absoluto, em facilitar ou promover o ingresso dos entrantes a qualquer custo, ou, pior, a custo daqueles que já estão regularmente estabelecidos no mercado.

Em suma: não se admite à luz da Constituição e da LGT que se tente promover a competição com a introdução de assimetrias regulatórias baseadas exclusivamente no poder econômico do competidor dominante. Isto seria dar à promoção da competição um caráter de política distributiva, algo inaceitável, em se tratando de arbitrar oportunidades e ganhos entre agentes econômicos privados.

A proposta de PGMC extrapola as competências da Anatel, na medida em que se tratou, não de um plano de coibição de conduta, mas sim da imposição de medidas extruturais que não têm por base atos de concentração mas sim um mero fato econômico (posição no mercado).

O fato de uma prestadora ter ou não PMS não é critério usado pela LGT, em nenhum momento, para definir a intensidade de regulação à qual uma prestadora de serviço se submeterá ou para manejar assimetrias regulatórias.

As assimetrias podem e devem existir, porém devem ser baseadas em condutas, e não na condição de “dominante de mercado”, pura e simplesmente. Até porque é inegável que parte da condição de PMS decorre da eficiência. Então, ao sujeitar uma detentora de rede com PMS a um regime diferenciado, o que a legislação faz é criar desvantagens para quem é eficiente, ou seja, a legislação vai de encontro ao que seria a principal vantagem da competição: promover a eficiência.

É dizer, existem obrigações no PGMC a serem impostas à concessionária (tais como determinar que as concessionárias invistam em redes ou que abram seus custos) que extrapolem os limites da atividade regulatória da Anatel e que podem, a médio prazo, comprometer a própria continuidade da prestação no regime público.

Pelo exposto nesta argumentação do SindiTeleBrasil sobre as ilegalidades do PGMC na versão colocada em Consulta Pública fica claro que tal proposta que se diz pró competição, na verdade parece caminhar para a ineficiência competitiva, na medida em que:

- (i) Desatende às regras de proporcionalidade e adequação especificadas no artigo 128 da LGT;
- (ii) É uma mudança regulatória que tem por mote beneficiar competidor no regime privado tido como supostamente hipossuficiente;
- (iii) Assume o risco de desatender o usuário, restringindo a atuação de um prestador eficiente;
- (iv) Aproxima o regime privado do público, trazendo para aquele setor conceitos de obrigação, tarifação, transparência típica do setor público;
- (v) Impõe a realização de investimentos e determina que o detentor seja remunerado por preço tarifado, concorrendo para vincular investimentos dos prestadores sem considerar (a) o custo de oportunidade e (b) os limites que a concessionária tem para se financiar (nesse contexto, há que se ter em vista que as empresas têm metas e deveres de universalização a cumprir respeitando os limites de endividamento)

Justificativa: Já está inserida na contribuição.

ANEXO À CONSULTA PÚBLICA Nº 41, DE 25 DE JULHO DE 2011.

RESOLUÇÃO Nº XXX, DE XX DE XXXXX DE XXXX.

Aprova o Plano Geral de Metas de
Competição (PGMC).

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997;

CONSIDERANDO as Ações definidas no Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR);

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer regras para o incentivo e a promoção da concorrência no setor de telecomunicações, nos termos da Constituição da República de 1988, da Lei Geral de Telecomunicações nº 9.472 de 16 de julho de 1997 e da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994;

CONSIDERANDO a necessidade de estimular a competição ampla, livre e justa entre as empresas exploradoras de serviços de telecomunicações, com vistas a promover

a diversidade dos serviços com qualidade e a preços acessíveis à população, conforme disposto no art. 3º, IX, do Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003;

CONSIDERANDO a necessidade de tornar a regulamentação mais precisa quanto à definição de assimetrias regulatórias definidas com base em detenção de poder de mercado significativo (PMS) em cada mercado relevante;

CONSIDERANDO as contribuições recebidas em decorrência da Consulta Pública nº 41, de 25 de julho de 2011, publicada no Diário Oficial da União do dia 26 de julho de 2011;

CONSIDERANDO deliberação tomada em sua Reunião nº xxx, realizada em xx de xxxxx de xxxx;

CONSIDERANDO o constante dos autos do processo nº 53500.010769/2010;

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar, na forma do anexo, o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC).

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

RONALDO MOTA SARDENBERG
Presidente do Conselho

Art. 1º.
[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil: Solicitamos a revisão geral da proposta de regulamento, conforme justificativas abaixo e ao longo de todos os artigos. Ratificamos, também, nossa posição de que o prazo concedido pela ANATEL para análise e discussão de tema tão importante para o futuro das telecomunicações inviabilizou a construção pelo SindiTelebrasil de uma proposta alternativa ao texto da CP 41, que conjugasse efetivamente a pretensão da ANATEL em estimular a competição em áreas onde existe demanda e a competição ainda não é adequada e ao mesmo tempo evitar a adoção de ilegalidades. A implementação da proposta do PGMC da forma como foi publicada na CP 41 trará graves consequências à exploração dos serviços de telecomunicações envolvidos, tais como aumento de preços e desestímulo aos investimentos. Ao longo desta CP, o SindiTelebrasil estará explicitando os principais pontos das análises feitas pelas Consultorias Técnico e Econômica contratadas: PWC e Tendências, cujos relatórios finais foram disponibilizados em sua íntegra a essa Agência, por meio da correspondência SINDI 172/2011, protocolada em 19 de outubro de 2011. Também os comentários de cunho jurídico estão baseados, como já mencionamos, nos relatórios da Manesco, Sundfeld e Sidney Sanches.

Justificativa:

Em todo o mundo, e notadamente na Europa – origem do arcabouço associado à aplicação do conceito de Poder de Mercado Significativo (PMS), em âmbito regulatório, no setor de telecomunicações – a discussão sobre a imposição de medidas regulatórias assimétricas para grupos detentores de PMS é extensa e conduzida com cautela. Isso decorre da complexidade e do dinamismo do setor de telecomunicações e da preocupação em não se impor medidas excessivas que levem a um quadro de sobre-regulamentação, em linha com o princípio da

parcimônia, amplamente destacado na literatura de regulamentação econômica .

Em países que possuem uma indústria de telecomunicações em estágio mais avançado que o brasileiro, a discussão de seus atuais arcabouços regulatórios foi conduzida durante anos. Europa e Estados Unidos representam bons exemplos: nestas economias, a atual regulação no setor de telecomunicações emergiu após mais de uma década de discussões a respeito do melhor modelo para seus mercados.

O Brasil pode encurtar o processo de criação da sua regulação sobre a competição no setor usufruindo da experiência já vivida por países mais avançados neste processo. Nessa direção, porém, ao menos dois cuidados devem ser tomados: (i) evitar simplificações que possam vir a comprometer premissas e procedimentos essenciais aos modelos de referência que se pretende reproduzir; e (ii) não descuidar do esforço de adequação de modelos externos à realidade brasileira, em particular considerando a existência de especificidades sem paralelo com outras jurisdições. Considerados esses pontos, não há dúvida de que uma extensa e complexa lista de aspectos deve ser analisada e discutida para a edição de um regulamento amplo e complexo como o proposto pela Anatel. Isto torna o prazo disponibilizado pela Agência para esta Consulta Pública incompatível com a tarefa. Prazo este que se revela ainda mais apertado diante das falhas estruturais que em nosso entendimento existem na proposta do PGMC e que pretendemos apresentar e discutir ao longo deste trabalho.

Um desafio especial na elaboração de um arcabouço regulatório dessa natureza é a conformação de uma estrutura de incentivos que concilie a promoção da concorrência em bases equilibradas e a introdução dos estímulos corretos para a realização de investimentos. Estes aspectos são sempre sensíveis à dinâmica do ambiente econômico em questão e devem ser discutidos e estruturados em etapas, dentro de um horizonte de tempo que privilegie a construção das ferramentas regulatórias adequadas.

Em linhas gerais, podemos dividir o processo de discussão e análise que culmina em um arcabouço regulatório eficiente em quatro etapas básicas, conforme demonstra fluxo abaixo.

Etapas da definição do marco regulatório:

I – Definição dos Objetivos da Regulação e das Falhas passíveis de atuação do regulador.

II – Definição das regras que guiarão a identificação das falhas

III – definição das medidas que serão tomadas para correção das falhas identificadas.

IV – Implementação da metodologia em cada mercado relevante.

Na primeira etapa acima mencionada, a sociedade (Governo, Órgão Regulador e demais agentes) deve discutir os objetivos gerais do arcabouço regulatório pretendido, identificando quais falhas têm o condão de prejudicar o bem-estar social, sendo passíveis de atuação do regulador.

Na segunda etapa, define-se o “Guia Geral” que norteará a identificação destas falhas, isto é, as regras que serão aplicadas nessa identificação, incluindo:

- (i) A metodologia e os parâmetros para definição dos mercados relevantes;
- (ii) A metodologia e os parâmetros para identificação de agentes com PMS; e
- (iii) A metodologia e os parâmetros para definição da probabilidade de exercício de poder de mercado pelas empresas que foram identificadas como detentoras de poder na análise anterior .

A relação de empresas que podem sofrer regulação ex ante em cada mercado relevante será conhecida somente depois de obtidos os resultados da terceira fase, pois apenas após estes três passos será possível avaliar os riscos oriundos das falhas competitivas.

É importante que este “Guia Geral” contenha todas as informações necessárias para que os agentes do setor possam entender com clareza quais critérios e procedimentos serão adotados na sua implementação. Isto permite uma melhor colaboração dos agentes na definição destes critérios – principalmente conforme a evolução natural da indústria for demandando ajustes na regulação – e a antecipação dos efeitos da regulação em seus planejamentos – tornando os agentes e a própria regulação mais eficiente. Como veremos a frente, a literatura antitruste contém excelentes contribuições para a criação deste guia e os manuais e práticas adotados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) podem servir de parâmetro.

A terceira etapa consiste na discussão de que tipo de medidas, ou “remédios”, serão previstos na regulação, caso falhas de competição sejam identificadas. As medidas para correção destas falhas devem ser proporcionais às ineficiências geradas pelos problemas identificados, tomando-se cuidado para que o “remédio prescrito” não seja insuficiente ou demasiadamente forte diante do problema em questão. Ou seja, após definidas as possíveis medidas que poderiam mitigar os riscos associados às falhas concorrenciais, esta etapa da construção do arcabouço regulatório deve ainda contemplar as metodologias que serão adotadas para:

- (i) Associar as possíveis falhas identificadas com as medidas regulatórias previstas (matching);
- (ii) Avaliar a (in)suficiência dos mecanismos regulatórios já existentes e os efeitos da sua associação com as novas medidas regulatórias;
- (iii) Avaliar se a possível falha concorrencial pode ou não ser solucionada através do sistema de defesa da concorrência vigente, sem exigir que haja uma regulação ex ante;
- (iv) Analisar o custo-benefício da implementação de medidas regulatórias no respectivo mercado;

Cada falha, em cada mercado, tende a exigir do regulador “remédios” e “dosagens” específicos, mas as linhas gerais que nortearão esta prescrição precisam estar claras no arcabouço regulatório, pelos mesmos motivos apontados na etapa anterior.

A quarta e última etapa (Figura 1) refere-se à implementação (aplicação) das metodologias definidas nas etapas II e III, mercado a mercado. É importante ressaltar que desta etapa podem ainda emergir mudanças necessárias em critérios discutidos anteriormente, dado que a execução de todos estes procedimentos em cada mercado pode revelar dificuldades adicionais, principalmente quanto à disponibilidade e qualidade das informações necessárias. Neste sentido, após a aprovação das metodologias propostas (etapas II e III), sua aplicação

pelo Regulador também deve ser aberta à discussão com os demais agentes, de forma a solucionar eventuais deficiências na metodologia que só poderão ser identificadas no momento da implementação.

Certamente, a construção de um marco regulatório que respeite estas quatro etapas exige um horizonte de tempo para o debate de ideias e a avaliação dos aspectos envolvidos bem mais extensos do que o pretendido na Consulta Pública nº 41.

PLANO GERAL DE METAS DE COMPETIÇÃO (PGMC)

TÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

CAPÍTULO I DO OBJETIVO E DA ABRANGÊNCIA

Art. 1º. O presente Plano tem o objetivo de incentivar e promover a livre, ampla e justa competição no setor de telecomunicações, por meio da identificação de Mercados Relevantes, onde o risco de exercício de poder de mercado, por parte de Grupo com Poder de Mercado Significativo, exige a adoção de Medidas Regulatórias Assimétricas.

Parágrafo único. Para atender o objetivo do caput, este Plano estabelece:

- I - critérios e diretrizes para a identificação e análise de Mercados Relevantes do setor de telecomunicações;
- II - critérios e diretrizes para a identificação dos Grupos com Poder de Mercado Significativo em cada Mercado Relevante;
- III - orientações para a adoção de Medidas Regulatórias Assimétricas;
- IV - Medidas Regulatórias Assimétricas para os Mercados Relevantes;
- V - medidas gerais que deverão ser cumpridas por Grupos que contenham Concessionárias do STFC atuando em setores de mais de uma Região de acordo com o Plano Geral de Outorgas - PGO;
- VI - procedimentos para a composição de conflitos de matérias diretamente relacionadas com o Plano Geral de Metas de Competição;
- VII - critérios e diretrizes para o acompanhamento da competição nos Mercados Relevantes.

Art. 2º.
[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Sugerimos uma revisão nos textos e procedimentos da Anatel com o intuito de alinhar com a doutrina antitruste não só seus objetivos e preocupações, mas também suas metodologias e

práticas. Em linha com esta sugestão, é preciso também que o PGMC seja mais claro em seus argumentos e diretrizes, inclusive de maneira a tornar possível que os agentes do mercado possam replicar sua metodologia, tal qual é comumente feito nos guias de defesa da concorrência. Uma opção nesse caso seria seguir formalmente os procedimentos apresentados pelo Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, adotado pelo SBDC, que explicita os passos para identificação de mercados relevantes e de exercício de poder de mercado de uma forma clara e objetiva.

Além disso, após a definição do PGMC como um “guia de análise concorrencial” para o setor, é essencial que haja uma clara correspondência entre a metodologia proposta e sua implementação mercado a mercado – inclusive com a Agência fazendo referências aos trechos do PGMC considerados em cada etapa de implementação.

Justificativa:

Apesar de possuírem um caráter *ex ante* mais proeminente, as políticas regulatórias baseadas em Poder de Mercado Significativo são bastante semelhantes às políticas de Defesa da Concorrência em Atos de Concentração. Não por acaso, a Comissão Europeia, maior referência no uso do conceito de PMS, possui um regime regulatório para o setor de telecomunicações bastante alinhado com os guias europeus de Defesa da Concorrência, conforme destaca Gazaniti (2010) :

“O regime SMP foi radicalmente reformulado em 2002 de forma a se alinhar aos princípios da lei da concorrência, para assegurar uma remoção progressiva das obrigações regulatórias conforme a competição se desenvolva nos diferentes mercados”.

Esta estreita relação ocorre porque os objetivos e boa parte dos procedimentos adotados são os mesmos nas duas situações. Basicamente, ambos seguem um padrão idêntico quando:

- (i) Definem os mercados relevantes, separando os mercados de varejo daqueles de atacado;
- (ii) Identificam os players com poder de mercado; e
- (iii) Avaliam a probabilidade de que o poder de mercado seja, de fato, exercido. Isto implica, entre outros procedimentos, em examinar o nível de barreiras à entrada e o grau de rivalidade nos mercados relevantes, adotando uma visão prospectiva. Os resultados desta etapa indicarão a presença de falhas concorrenciais no mercado.

A partir deste ponto, as análises de Ato de Concentração e de PMS “se descolam”. Enquanto a primeira verifica se as eficiências geradas pela concentração compensam o exercício de poder de mercado, a segunda deve superar outras duas etapas:

- (iv) Avaliar quais medidas regulatórias assimétricas tem o condão de evitar o exercício de PMS em cada mercado; e
- (v) Estimar qual seria o real impacto da adoção de tais medidas, ou seja, se os custos e ineficiências associados às medidas são compensados pelo benefício gerado

por elas.

Além de não explicitar adequadamente o quarto passo (iv) e ignorar o quinto (v) , os textos elaborados pela Anatel – tanto os documentos diretamente associados à Consulta Pública quanto o documento de Análise – não apresentam sintonia com a doutrina de Defesa da Concorrência, quando abordam os critérios e metodologias que seriam correspondentes aos três primeiros passos citados acima.

Este descasamento também ocorre entre os Objetivos da Regulação (expostos no texto da Consulta Pública nº 41, da resolução que aprova o PGMC e do Capítulo I do próprio PGMC) e os procedimentos expostos ao longo do PGMC e do documento de Análise, dado que os Objetivos estão alinhados com os preceitos da literatura de Defesa da Concorrência, enquanto os procedimentos não.

Os critérios e metodologias adotados pela Anatel nos referidos documentos são focados muito mais em aspectos ligados aos grupos econômicos que possuem empresas concorrentes no mercado analisado do que em aspectos intrínsecos ao ambiente concorrencial em si. Um bom exemplo disto são os procedimentos e proxies usados no documento de Análise para identificar a presença de grupos com PMS. Para esta identificação, a Agência implementou um checklist de critérios que, em diversos casos, foram baseados muito mais em informações a respeito dos grupos econômicos e empresas que operam no mercado do que nas características do ambiente concorrencial . Na prática, análises do ambiente concorrencial vigente em cada mercado sequer foram implementadas no referido documento. Embora, por vezes, naturalmente as características dos agentes influenciem diretamente neste ambiente, este viés de análise gera resultados mais ligados aos concorrentes do que à concorrência.

Estes procedimentos não refletem as predições teóricas e práticas da doutrina antitruste, que possui entre seus princípios mais básicos a ideia de que órgãos de defesa da concorrência devem proteger a concorrência, e não os concorrentes.

Nos países que se encontram em estágio mais avançado na utilização desse arcabouço regulatório baseado em PMS, observam-se processos bastante estruturados, compostos por várias etapas de análise, entre as quais, exames minuciosos das condições de competição mercado a mercado, que são mais precisos na identificação de falhas no ambiente concorrencial.

CAPÍTULO II

DOS PRINCÍPIOS GERAIS APLICADOS À COMPETIÇÃO

Art. 2º. A competição no setor de telecomunicações é regida pelos princípios contidos na Constituição Federal de 1988, na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações – LGT, na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 e na regulamentação da Anatel, em especial pelos seguintes pressupostos:

- I - função social das redes de telecomunicações;
- II - livre concorrência;
- III - defesa do consumidor;

- IV - repressão de práticas anti-competitivas;
- V - fomento à sustentabilidade econômico-financeira do setor;
- VI - vedação de subsídios cruzados;
- VII - acesso não discriminatório, a preços e condições justos e razoáveis, à infraestrutura de suporte e a redes de telecomunicações;
- VIII - estímulo à diversificação na oferta dos serviços de telecomunicações;
- IX - redução das barreiras à entrada;
- X - uso eficiente do espectro de radiofrequências;
- XI - estímulo à pesquisa e desenvolvimento tecnológico e industrial do setor;
- XII - boa-fé e transparência.

Art. 3º.

CONTRIBUIR

Contribuição do Sinditelebrasil:

Alterar a definição de mercado relevante para:

Mercado Relevante: Mercado composto por bens e/ou serviços substitutos e delimitado pela menor área geográfica possível

Justificativa:

O Título II e o Anexo II do PGMC apresentam as “diretrizes para definição dos mercados relevantes” em suas dimensões produto e geográfica. De acordo com o texto, os mercados identificados serão passíveis de regulação ex ante (por meio de Medidas Regulatórias Assimétricas), a fim de resolver possíveis falhas concorrenciais e promover estímulos adequados à realização de investimentos.

É necessário o alinhamento do conceito e da metodologia de mercado relevante ao usado na doutrina de Defesa da Concorrência. Ao estudarmos os textos da Consulta Pública e o documento de Análise fica evidente uma inversão do procedimento habitual para identificação de mercados com falhas concorrenciais. A Anatel trata o conceito de “mercado relevante” como o “mercado que deve receber regulação ex ante”. Este uso do termo “mercado relevante” torna sua aplicação bastante confusa diante do significado habitual e já consolidado que a literatura e jurisprudência antitruste emprega.

Em linhas gerais, na Defesa da Concorrência, o termo “mercado relevante” refere-se às dimensões produto e geográfica onde os diversos ofertantes de produtos e serviços substitutos concorrem entre si (“unidade de análise”), independente de haver ou não problemas concorrenciais.

De maneira bastante genérica, o PGMC elenca sete critérios levados em consideração para identificação dos “mercados relevantes” (Artigo 5º):

- I. Existência de ativos de difícil replicação;

- II. Presença de ativos que agregam valor em serviços de telecomunicações;
- III. Acentuada/elevada interdependência dos mercados de varejo e de atacado;
- IV. Evidência de falhas de mercado;
- V. Ausência de perspectiva de competição de longo prazo;
- VI. Possibilidade de exercício de poder de mercado;
- VII. Existência de barreiras à entrada.

A despeito do texto não deixar claro se existe uma hierarquia ou ponderação na utilização destes critérios, a presença de alguns itens demonstra a inversão do procedimento habitual. Usualmente, primeiro é identificado o mercado relevante e, numa etapa posterior, analisado o risco de que alguma empresa estabelecida no mercado previamente definido consiga exercer poder de mercado. Ao estabelecer que “a identificação dos Mercados Relevantes levará em consideração” critérios como a “evidência de falhas de mercado” e a “possibilidade de exercício de poder de mercado”, o PGMC adota uma inversão desta ordem, estabelecendo que os “mercados relevantes” sejam definidos de acordo com os riscos concorrenciais previamente identificados.

Na prática, como evidencia a aplicação do PGMC feita no documento de Análise, as dimensões dos mercados onde as diversas empresas do setor de telecomunicações competem pelo fornecimento de produtos/serviços substitutos já estão pré-estabelecidas pela Anatel . A forma como é empregado o conceito de “mercado relevante”, tanto na Consulta Pública quanto no documento de Análise, bem como a análise feita para delimitação dos mercados em sua dimensão produto, evidenciam que não foi realizada uma importante discussão preliminar acerca de quais produtos e tecnologias devem ser considerados substitutos mercado a mercado e, portanto, concorrentes. Este debate deve preceder a definição dos mercados com problemas concorrenciais (ou seja, os mercados que merecem regulação ex ante), até para que este segundo aspecto não contamine o primeiro. Ao fazer a definição do “mercado relevante” com os critérios elencados no Artigo 5º (embora o uso destes critérios não fique claro no documento de Análise), o PGMC já está pré-definindo os limites dos mercados de acordo com as falhas identificadas.

Além disso, a disposição dos produtos considerados “para identificação dos Mercados Relevantes” no Artigo 6º do PGMC e as dimensões produto efetivamente adotadas pela Anatel no documento de Análise sugerem que a Agência está definindo a limitação dos mercados de acordo com uma visão muito mais associada ao lado da oferta (tecnologias de produção) do que ao lado da demanda (substituição de tecnologias e produtos), como seria de se esperar ao evocarmos a literatura de defesa da concorrência.

Tendo em vista que o próprio PGMC estabelece que “o mercado será considerado relevante segundo os princípios usuais da lei e da regulamentação de concorrência no Brasil” , cabe destacar que o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal no Brasil define:

“O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do ‘monopolista hipotético’, o mercado relevante é definido como o menor grupo de

produtos e a menor área geográfica necessária para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preços.’”

Isto é, a definição do mercado relevante indicada pelo Guia não contempla critérios que prevejam existência de falhas ou riscos à concorrência. Definir o mercado relevante representa apenas a etapa inicial da análise, e os riscos de que algum agente exerça poder de mercado são analisadas somente após a definição do mercado, em outras quatro etapas subsequentes. As etapas de análise esquematizadas na página 7 do Guia, e reproduzidas na Figura 2 e Figura 3, evidenciam a hierarquização desses procedimentos.

Figura 2. Etapas de análise econômica de atos de concentração horizontal

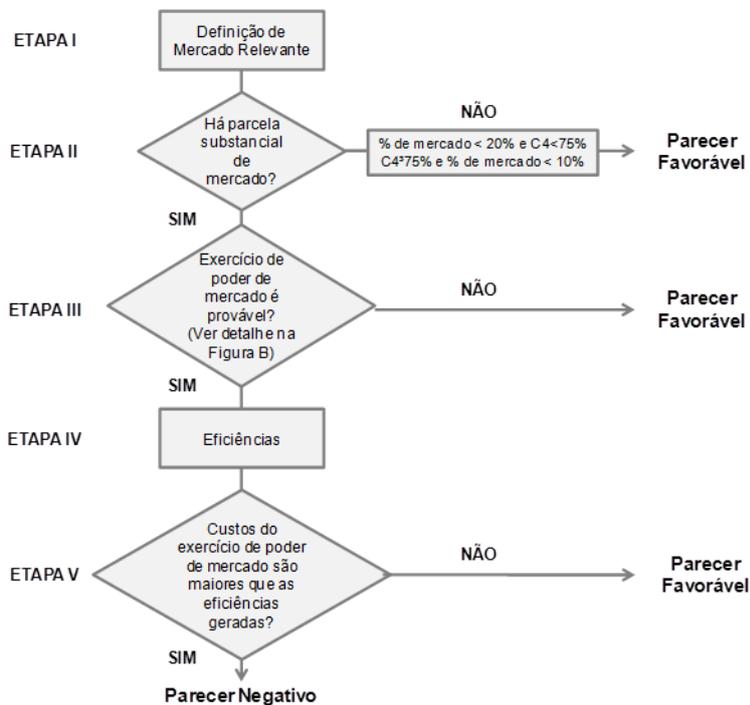
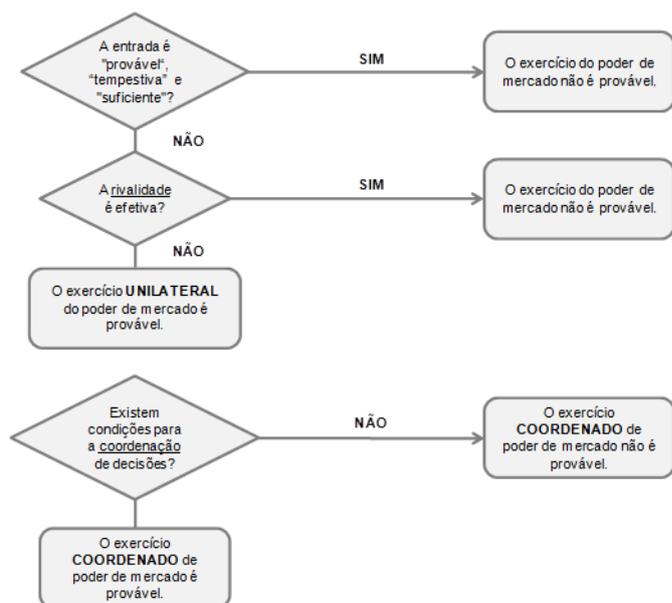


Figura 3. Detalhes da etapa III- Exercício de Poder de Mercado



CAPÍTULO III DAS DEFINIÇÕES

Art. 3º. Para fins deste Plano, além das definições constantes da legislação e regulamentação, aplicam-se as seguintes definições:

I - Base de Dados de Atacado (BDA): sistema informatizado de acesso remoto que contém base de dados sobre ofertas e demandas de produtos do Mercado de Atacado e que permite o gerenciamento comercial e logístico dos pedidos realizados por Grupos demandantes e os contratos firmados entre as partes;

II - Desagregação de Canais Lógicos (*bitstream*): desagregação lógica da rede que liga a terminação do assinante ou usuário até um ponto de concentração escolhido pela Prestadora solicitante;

III - Desagregação Plena do Enlace Local (*Full Unbundling*): disponibilidade pela prestadora a outra prestadora de serviços de telecomunicações de interesse coletivo de todo o espectro de frequências inerente ao par metálico de acesso;

IV - Entidade Comparadora: entidade que presta serviços para o usuário final ao realizar a comparação das ofertas de serviços disponibilizadas pelas Prestadoras;

V - Entidade Representante: entidade organizada por Grupos sem PMS em Mercados Relevantes de Atacado com a finalidade de defesa de seus respectivos interesses dentro do âmbito estabelecido pela Anatel;

VI - Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado: entidade independente específica para acompanhamento das ofertas de Produtos no Mercado de Atacado e controle de solicitações, podendo atuar inclusive como câmara de mediação e de arbitragem para solução de conflitos associados às ofertas de atacado;

VII - Grupo: Prestadora de Serviços de Telecomunicações individual ou conjunto de Prestadoras de Serviços de Telecomunicações que possuam relação de controle, como controladoras, controladas ou coligadas, aplicando-se os conceitos do Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de

Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 4 de fevereiro de 1999;

VIII - Grupo de Implementação das Bases de Dados de Atacado (GIBDA): Grupo, de caráter temporário, criada e coordenada pela Anatel, visando a implementação das Bases de Dados de Atacado;

IX - Infraestrutura: servidão administrativa, duto, conduto, poste e torre, de propriedade, utilizado ou controlado, direta ou indiretamente, por Prestadora de serviços de telecomunicações;

X - Infraestrutura de Rede de Transporte: compreende os elementos ativos e passivos utilizados no suporte à interligação de centrais ou exploração industrial (prédios e *sites*; containeres e armários remotos; distribuidores primários e secundários de conexões elétricas e óticas; dutos, condutos, caixas de passagem e emenda; torres e fibras apagadas);

XI - Infraestrutura para Acesso em Rede Fixa: compreende os elementos ativos e passivos utilizados desde a central até o usuário (prédios; armários remotos; distribuidores primários e secundários de conexões elétricas e óticas; postes, dutos, condutos, caixas de passagem e emenda; torres e fibras apagadas);

XII - Infraestrutura para Acesso em Rede Móvel: compreende os elementos ativos e passivos utilizados desde a central até a Estação Rádio Base (prédios e *sites*; containers e armários remotos; distribuidores primários e secundários de conexões elétricas e óticas; dutos, condutos, caixas de passagem e emenda; torres e fibras apagadas);

XIII - Medidas Regulatórias Assimétricas: medidas adotadas pelo Órgão Regulador que incidem de forma diferenciada sobre Grupo específico atuando em Mercado Relevante, com o objetivo de minimizar o risco de exercício de Poder de Mercado e de incentivar e promover a livre, ampla e justa competição;

XIV - Mercado: espaço composto pela oferta e demanda de serviços de telecomunicações, redes, infraestruturas, equipamentos, atividades ou por outros insumos necessários à prestação de serviços de telecomunicações, delimitado por uma área geográfica determinada;

XV - Mercado de Atacado: Mercado cujas ofertas estejam voltadas ao fornecimento de Interconexão, Elementos de Rede, Infraestruturas para as Redes de Acesso Fixo, Móvel e Transporte, equipamentos, atividades e outros insumos necessários à prestação de serviços de telecomunicações;

XVI - Mercado Relevante: Mercado onde há risco de exercício de poder de mercado;

XVII - Mercado de Varejo: Mercado cujas ofertas estejam voltadas ao atendimento das demandas dos usuários finais dos serviços de telecomunicações;

XVIII - Oferta Conjunta de Serviços de Telecomunicações: prestação de diferentes serviços de telecomunicações pelo mesmo Grupo, cuja fruição se dá simultaneamente e em condições comerciais diversas daquelas existentes para a oferta individual de cada serviço;

XIX - Oferta de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado: Oferta pública isonômica e não discriminatória que estabelece todas as condições para contratação de Produtos no Mercado de Atacado, devendo ser homologada pela Anatel e previamente avaliada pela Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado;

XX - Poder de Mercado Significativo (PMS): posição que possibilita

influenciar de forma significativa as condições do Mercado Relevante;

XXI - Produtos no Mercado de Atacado: Exploração de *backhaul*, Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILD), interconexões de Redes de Telecomunicações, capacidade de *backhaul*, desagregação canais lógicos (*bitstream*), Desagregação Plena do Enlace Local (*Full Unbundling*), e infraestruturas compostas por dutos, condutos, postes e torres, nos termos da regulamentação;

XXII - Ponto de Troca de Tráfego (PTT): solução de rede com o objetivo de viabilizar a interligação direta entre Redes de Transporte que utilizam diferentes políticas de roteamento de tráfego;

XXIII - Relatório de Conformidade: documento elaborado pela Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado que atesta que as Ofertas de Referência de Produtos de Atacado estão em conformidade com os critérios estabelecidos pela Anatel.

Art. 4º.

CONTRIBUIR

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Sugerimos que os critérios e metodologias previstos no PGMC e no documento de Análise sejam revistos e passem a contemplar de forma clara esta importante distinção – sobretudo na etapa de definição das medidas regulatórias assimétricas que podem ser adotadas para cada detentor de PMS.

Justificativa:

A construção de um arcabouço regulatório que vise definir e impor medidas regulatórias assimétricas com base no conceito de Poder de Mercado Significativo deve considerar a distinção entre “deter poder de mercado” e “exercer de forma abusiva poder de mercado” – tal como é feito na literatura de defesa da concorrência. O próprio Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal prevê que uma das etapas de análise da competição de um mercado seja avaliar a probabilidade de que a empresa detentora de poder de mercado exerça tal poder.

Esta diferenciação, usual na literatura e prática de defesa da concorrência, é feita porque, de fato, os efeitos lesivos à sociedade estão ligados ao efetivo exercício de poder de mercado, e não simplesmente à detenção de tal poder por alguma empresa. Um agente que detenha poder de mercado e que consiga exercê-lo irá conseguir impedir o crescimento (e a entrada) de concorrentes, aumentando seu preço acima de níveis competitivos e auferindo lucros econômicos elevados. Por outro lado, uma empresa que detenha poder de mercado, mas que não consiga exercê-lo – por exemplo, por conta da contestabilidade imposta por outros players, não conseguirá elevar seus preços acima dos níveis competitivos e, conseqüentemente, não obterá lucros econômicos positivos.

A distinção destes conceitos em um arcabouço regulatório baseado em Poder de Mercado Significativo deve seguir os mesmos preceitos. Isto se torna ainda mais relevante quando se trata de um setor como o de telecomunicações, onde algumas regiões geográficas não geram lucros para as empresas que lá atuam, e estas só estão comercializando seus serviços nestas localidades por conta do processo de universalização imposto pelo próprio regulador.

Nas localidades onde os preços cobrados já são controlados por conta da regulamentação que

rege o processo de universalização e cuja densidade demográfica e perfil de consumo tornam a operação da empresa deficitária, não há possibilidade de se auferir lucros econômicos, o que descaracteriza o exercício de poder de mercado.

Portanto, mesmo que estas empresas sejam caracterizadas como detentoras de PMS nestas localidades, não é razoável supor que elas consigam exercer tal poder de mercado. Consequentemente, impor medidas regulatórias assimétricas – em adição às medidas regulatórias relacionadas às políticas de universalização – sobre as operações destas empresas, nestas regiões, terá o efeito de tornar tais operações mais custosas e ineficientes.

Vale destacar que se os referidos mercados vierem a se desenvolver e passarem a dispor de tecnologias e demanda capazes de conferir lucro econômico aos detentores de PMS, o PGMC já prevê revisões periódicas dos mercados regulados, o que possibilitaria a Anatel revisar a probabilidade de exercício de poder de mercado e adotar as medidas regulatórias cabíveis. Além disso, a existência de uma ativa defesa da concorrência brasileira, por meio do SBDC, revela que tais empresas são passíveis de punição pela legislação antitruste caso haja qualquer prática de condutas anticompetitiva (como recusa de fornecimento de um serviço ou discriminação de preços), o que dilui a necessidade de um esforço de regulação ex ante.

A despeito da importância da separação dos conceitos de deter e exercer PMS, o PGMC e o documento de Análise elaborados pela Anatel não abordam este aspecto quando definem e implementam seus critérios e metodologias. Os textos não fazem qualquer distinção quanto à identificação de PMS ou quanto às medidas regulatórias assimétricas que recairão sobre as operações que fazem parte da política federal de universalização dos serviços de telecomunicações.

TÍTULO II

DOS MERCADOS RELEVANTES

CAPÍTULO I

DAS DIRETRIZES PARA DEFINIÇÃO DOS MERCADOS RELEVANTES

Art. 4º. Para fins de definição dos Mercados Relevantes a Anatel considerará a composição das seguintes dimensões:

I - Produto: conjunto de serviços de telecomunicações, redes, infraestruturas para redes de acesso e transporte, equipamentos, atividades ou outros insumos ofertados que possuem significativo grau de substitutibilidade do ponto de vista de seus Usuários ou de seus ofertantes, em função de suas características, preços e utilidades;

II - Geográfica: área geográfica urbana onde as ofertas dos produtos necessários à prestação de serviços de telecomunicações são intercambiáveis para os usuários, respeitada a regulamentação setorial vigente;

Art. 5º.

CONTRIBUIR

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Sugerimos que a Anatel reveja o uso do conceito de “mercado relevante” e sua metodologia de definição, alinhando-se às práticas usuais e bem sucedidas da doutrina antitruste.

Justificativa:

Mesma Justificativa apresentada para a nossa contribuição referente à alteração da definição de mercado relevante. O Título II e o Anexo II do PGMC apresentam as “diretrizes para definição dos mercados relevantes” em suas dimensões produto e geográfica. De acordo com o texto, os mercados identificados serão passíveis de regulação ex ante (por meio de Medidas Regulatórias Assimétricas), a fim de resolver possíveis falhas concorrenciais e promover estímulos adequados à realização de investimentos.

É necessário o alinhamento do conceito e da metodologia de mercado relevante ao usado na doutrina de Defesa da Concorrência. Ao estudarmos os textos da Consulta Pública e o documento de Análise fica evidente uma inversão do procedimento habitual para identificação de mercados com falhas concorrenciais. A Anatel trata o conceito de “mercado relevante” como o “mercado que deve receber regulação ex ante”. Este uso do termo “mercado relevante” torna sua aplicação bastante confusa diante do significado habitual e já consolidado que a literatura e jurisprudência antitruste emprega.

Em linhas gerais, na Defesa da Concorrência, o termo “mercado relevante” refere-se às dimensões produto e geográfica onde os diversos ofertantes de produtos e serviços substitutos concorrem entre si (“unidade de análise”), independente de haver ou não problemas concorrenciais.

De maneira bastante genérica, o PGMC elenca sete critérios levados em consideração para identificação dos “mercados relevantes” (Artigo 5º):

- I. Existência de ativos de difícil replicação;
- II. Presença de ativos que agregam valor em serviços de telecomunicações;
- III. Acentuada/elevada interdependência dos mercados de varejo e de atacado;
- IV. Evidência de falhas de mercado;
- V. Ausência de perspectiva de competição de longo prazo;
- VI. Possibilidade de exercício de poder de mercado;
- VII. Existência de barreiras à entrada.

A despeito do texto não deixar claro se existe uma hierarquia ou ponderação na utilização destes critérios, a presença de alguns itens demonstra a inversão do procedimento habitual. Usualmente, primeiro é identificado o mercado relevante e, numa etapa posterior, analisado o risco de que alguma empresa estabelecida no mercado previamente definido consiga exercer poder de mercado. Ao estabelecer que “a identificação dos Mercados Relevantes levará em consideração” critérios como a “evidência de falhas de mercado” e a “possibilidade de

exercício de poder de mercado”, o PGMC adota uma inversão desta ordem, estabelecendo que os “mercados relevantes” sejam definidos de acordo com os riscos concorrenciais previamente identificados.

Na prática, como evidencia a aplicação do PGMC feita no documento de Análise, as dimensões dos mercados onde as diversas empresas do setor de telecomunicações competem pelo fornecimento de produtos/serviços substitutos já estão pré-estabelecidas pela Anatel . A forma como é empregado o conceito de “mercado relevante”, tanto na Consulta Pública quanto no documento de Análise, bem como a análise feita para delimitação dos mercados em sua dimensão produto, evidenciam que não foi realizada uma importante discussão preliminar acerca de quais produtos e tecnologias devem ser considerados substitutos mercado a mercado e, portanto, concorrentes. Este debate deve preceder a definição dos mercados com problemas concorrenciais (ou seja, os mercados que merecem regulação ex ante), até para que este segundo aspecto não contamine o primeiro. Ao fazer a definição do “mercado relevante” com os critérios elencados no Artigo 5º (embora o uso destes critérios não fique claro no documento de Análise), o PGMC já está pré-definindo os limites dos mercados de acordo com as falhas identificadas.

Além disso, a disposição dos produtos considerados “para identificação dos Mercados Relevantes” no Artigo 6º do PGMC e as dimensões produto efetivamente adotadas pela Anatel no documento de Análise sugerem que a Agência está definindo a limitação dos mercados de acordo com uma visão muito mais associada ao lado da oferta (tecnologias de produção) do que ao lado da demanda (substituição de tecnologias e produtos), como seria de se esperar ao evocarmos a literatura de defesa da concorrência.

Tendo em vista que o próprio PGMC estabelece que “o mercado será considerado relevante segundo os princípios usuais da lei e da regulamentação de concorrência no Brasil” , cabe destacar que o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal no Brasil define:

“O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do ‘monopolista hipotético’, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessária para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preços.”

Isto é, a definição do mercado relevante indicada pelo Guia não contempla critérios que prevejam existência de falhas ou riscos à concorrência. Definir o mercado relevante representa apenas a etapa inicial da análise, e os riscos de que algum agente exerça poder de mercado são analisadas somente após a definição do mercado, em outras quatro etapas subsequentes. As etapas de análise esquematizadas na página 7 do Guia, e reproduzidas na Figura 2 e Figura 3, evidenciam a hierarquização desses procedimentos.

Figura 2. Etapas de análise econômica de atos de concentração horizontal

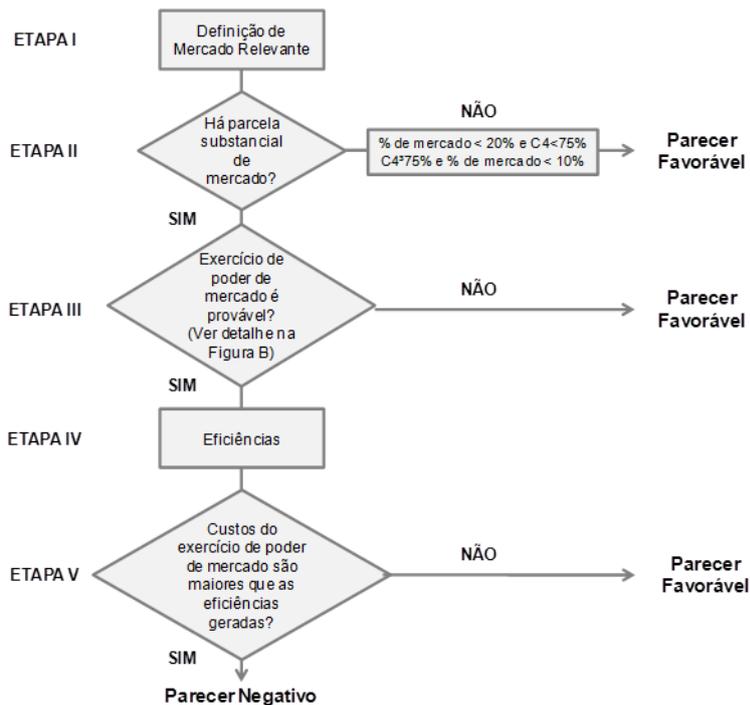
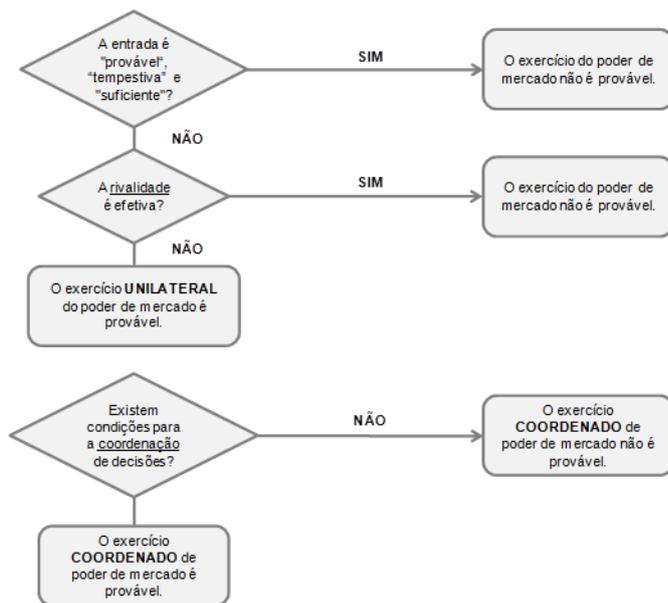


Figura 3. Detalhes da etapa III- Exercício de Poder de Mercado



Art. 5º. Os Mercados Relevantes serão identificados, analisados e acompanhados pela Anatel para fins de eventual adoção de Medidas Regulatórias Assimétricas e verificação da sua eficácia para o incentivo e a promoção da competição.

Parágrafo único. A identificação dos Mercados Relevantes levará em consideração, dentre outros, os seguintes critérios:

- I - Existência de ativos de difícil replicação;

- II - Presença de ativos que agregam valor em serviços de telecomunicações;
- III - Acentuada/elevada interdependência dos mercados de varejo e de atacado;
- IV - Evidência de falhas de mercado;
- V - Ausência de perspectiva de competição de longo prazo;
- VI - Possibilidade de exercício de poder de mercado;
- VII - Existência de barreiras à entrada.

Art. 6º.
[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil: Solicitamos que o artigo 6º seja totalmente revisto, em função das justificativas abaixo. Os produtos foram inadequadamente identificados. A falta de rigor na abordagem à definição de mercado traz o risco de termos mercados definidos inadequadamente; por exemplo, não está claro se a substitutibilidade da oferta está incluída no raciocínio da Anatel sobre definição de mercado. São tratados como um mesmo produto, serviços de natureza bem distintos.

Em todos os países estudados pela PWC, as leased lines e os serviços concorrentes de banda larga foram posicionados em mercados separados (ou tratados efetivamente como tais), tanto no nível de atacado quanto no de varejo. Na verdade, no modelo da União Europeia e na sua aplicação por cada um dos órgãos reguladores, a questão de sua substitutibilidade é considerada e analisada explicitamente, tendo-se concluído em todos os casos que o posicionamento em mercados separados seria apropriado pelos motivos descritos acima.

Justificativa:

A questão da substitutibilidade de produtos não está corretamente endereçada na Proposta do PGMC.

No que se refere à dimensão de produto, o PGMC declara que os produtos que possuem um grau significativo de substitutibilidade do lado da demanda ou da oferta são colocados num mesmo mercado de produto, por causa de suas características, preços e usos. Ao colocar a substitutibilidade como ponto central de sua abordagem de definição de mercado, de um modo geral, a Anatel adota uma abordagem adequada. Porém dada a importância da definição de mercado, acreditamos que o processo de definição destes mercados deva ser aprimorado e mais específico. De um modo geral, acreditamos que uma descrição mais abrangente e extensa do papel e do processo de definição de mercado estaria assegurada. Por exemplo, observamos que a substitutibilidade do lado da oferta não está definida adequadamente, nem é mencionada no Anexo II. Uma definição mais profunda da abordagem de definição de mercado estaria respaldada pela experiência internacional, ou seja, os órgãos reguladores da União Europeia e da Austrália dedicam várias páginas e/ou diretrizes que devem ser seguidas para descrever e explicar a sua abordagem à definição de mercados. Como discutido abaixo, a falta de rigor na abordagem à definição de mercado traz o risco de termos mercados definidos inadequadamente; por exemplo, não está claro se a substitutibilidade da oferta está incluída no raciocínio da Anatel sobre definição de mercado.

Fundamentalmente, também recomendaríamos a adoção do Teste do Monopolista Hipotético

(ou teste SSNIP). Este teste é um modelo conceitual estabelecido para a definição de mercado, utilizando o conceito de substituição para chegar a uma definição sistemática dos mercados. O teste está ilustrado na figura 6 do relatório da PWC.

Segundo o teste SSNIP, para definir o mercado de produto, devemos começar a partir do produto mais restrito possível ('produto candidato') e perguntar o que aconteceria se houvesse um aumento de preço pequeno, porém significativo (5 a 10%), e de caráter não transitório (SSNIP), acima do nível de competitividade desse produto, supondo-se que os preços de todos os outros bens ou serviços permanecessem constantes (conhecido como 'aumento relativo de preço'). Se o referido aumento de preço implicar lucro, deduz-se que o produto candidato constitua a totalidade do mercado relevante, uma vez que a adoção de outras alternativas mostrou-se insuficiente para deter o aumento de preço; ou seja, valeria a pena monopolizar o mercado do referido produto. Porém, caso o aumento de preço se deparar com operações de troca suficientes para eliminar a lucratividade do aumento de preço, o suposto mercado é ampliado de modo a incluir os bens ou serviços adotados pelos consumidores. Em seguida o teste é repetido com a definição ampliada, até que o aumento de preço torne a ser lucrativo, definindo-se então o mercado relevante em questão.

Ao realizar o SSNIP em determinados contextos, é importante que o preço de referência – o preço em relação ao qual o teste SSNIP é conduzido – esteja em linha com o nível competitivo de preços. Isso porque qualquer outro preço gerará impressões enganosas em relação às verdadeiras fronteiras do mercado. Mais especificamente, se o preço de referência for demasiadamente elevado, qualquer aumento posterior acima desse nível pode motivar um certo grau de substituição sugerindo que os dois produtos sejam substitutos quando na realidade não o seriam se o teste tivesse sido realizado utilizando preços no nível competitivo (fenômeno conhecido como a "Cellophane fallacy").

Mais informações sobre a substituição no lado da oferta:

Tipicamente, a definição de mercado enfoca a substituição no lado da demanda. A mesma limitação competitiva básica poderá advir da substituição no lado da oferta. Mais especificamente, a substitutibilidade na ponta da oferta é o grau no qual outros fornecedores, além daqueles que oferecem o produto/serviço em questão, trocariam sua linha de produção prontamente, de forma imediata ou no curto prazo, e ofereceriam os produtos ou serviços relevantes sem incorrer em custos adicionais. Isso, novamente, limitará o comportamento de precificação dos fornecedores do bem/serviço em questão. O grau de substitutibilidade pelo lado da oferta poderá depender, por exemplo, do fato de os serviços e produtos em questão dependem de equipamento ou infraestrutura especializada e de como o serviço alcança o consumidor.

A substitutibilidade no lado da oferta não deve ser confundida com 'concorrência empotencial' a qual representa uma limitação separada e considerada na análise da concorrência dentro do mercado definido. A diferença entre substitutibilidade no lado da oferta e concorrência em potencial reside no fato de que a substituição na ponta da oferta reage prontamente a um aumento de preço, enquanto que um ingresso em potencial se aplica quando existem custos e prazos significativos para a entrada no mercado (ainda assim, impondo uma limitação às empresas existentes).

Deste modo, é importante observar que a definição de mercado é um meio para se alcançar um fim e não um fim em si mesma. O objetivo final é analisar o nível, a natureza e a concorrência nos mercados. Podemos considerar diversas limitações na precificação das

empresas na etapa de definição de mercado e/ou na etapa de poder de mercado. Deste modo, haverá alguma sobreposição na análise de definição de mercado e na concorrência nesse mercado. Isso poderá dificultar a análise quando se atribui muita importância à precisão no delineamento dos mercados.

A utilização do teste SSNIP é intensamente respaldada pela experiência internacional. O modelo da União Europeia e a sua aplicação por todos os seus 27 países está baseado no uso de princípios de concorrência para definir e analisar mercados, com o teste SSNIP sendo contemplado nas diretrizes da Comissão Europeia e em todas as abordagens utilizadas por órgãos reguladores nos Estados Unidos e Austrália, entre outros países. De um modo mais amplo, os órgãos reguladores que possuem um modelo de análise para a concorrência incorporaram o conceito de substitutibilidade em suas avaliações de definição de mercado.

Outras formas de ampliação de mercado

Existem diversas abordagens que podem ser aplicadas para agregar mercados de uma forma sensata a qual, se apenas baseada na substituição do lado da demanda – ou da oferta --, geraria uma definição insuficiente. As abordagens incluem restrições comuns de preços, agrupamentos de mercado, homogeneidade das condições de demanda/oferta e cadeias de substituição.

Restrições comuns de preços - geralmente são relevantes à definição de mercado geográfico e existem quando um preço uniforme através das regiões gera concorrência de facto, através daquilo que, de outra forma, seriam diferentes mercados regionais. Por exemplo, um preço nacional uniforme para ligações telefônicas significará que áreas que, de outra forma, seriam diferentes limitam-se recíproca e eficazmente em sua precificação, uma vez que qualquer alteração de preço na região será acompanhada de uma alteração de preço em outras regiões, independentemente da substitutibilidade ou das diferenças nas condições competitivas subjacentes.

A ideia de agrupamentos de mercados reconhece que a composição exata dos mercados relevantes pode depender da forma através da qual os produtos são geralmente fornecidos aos consumidores, do comportamento e das atitudes do consumidor. Por exemplo, nos casos em que o consumidor adquire uma cesta ou conjunto de bens, sendo que o enfoque geral da concorrência está no preço do conjunto, em contraposição aos preços dos elementos que o constitui, uma definição de conjunto de mercado poderá ser mais adequada, embora os elementos individuais dos conjuntos não sejam substitutos. Por exemplo, o SMS (short message service) e voz são geralmente fornecidos em conjunto, o que significa que poderiam ser considerados como se constituíssem um único mercado.

Também poderá ser adequado que produtos não associados através da substituição do lado da demanda ou da oferta sejam colocados num mesmo mercado econômico se as suas condições de oferta ou demanda forem suficientemente homogêneas. Esta questão é discutida no contexto dos mercados geográficos.

Cadeias de substituição - existem quando dois produtos (ou áreas) não são substitutos diretos, mas exercem restrições de preço entre si em virtude da presença de um terceiro produto (área) que “se coloca no meio desses produtos (áreas)” e que se constitui substituto direto de cada um deles. Um bom exemplo deste caso é o fato que um automóvel de luxo pode não ser um substituto de um carro econômico, porém, um aumento no preço do automóvel de luxo poderá causar um aumento na procura de automóveis de tamanho médio, o que, por sua vez, motiva

alguns consumidores a adotar automóveis mais econômicos. Portanto, a presença do automóvel de tamanho médio irá agrupar efetivamente todos os três tipos de automóvel em um mesmo mercado.

O emprego dessas abordagens para agregar os mercados de forma racional está respaldado pela experiência internacional. A Ofcom do Reino Unido adota essas abordagens em suas revisões de mercado, refletindo o fato de que os mercados de telecomunicações possuem características especiais, as quais devem ser levadas em conta no momento da definição de mercados.

9

A adoção pela Anatel de uma abordagem mais rigorosa à definição de mercado, baseada num modelo conceitual consagrado como teste SSNIP contribuiria para evitar o risco de arbitrariedade durante a definição de mercados, mais especificamente, por incluir produtos “a mais” ou “a menos” como substitutos. Conforme discutimos no próximo subparágrafo, esse risco se materializou na definição dos mercados relevantes feita pela Anatel para os fins do PGMC.

Outras questões a respeito da abordagem da Anatel

No Anexo do documento da consulta pública do PGMC, a Anatel declara que se deve determinar se um produto faz parte de um ‘two-sided market’ (mercado bilateral) e, nesse caso, o mesmo deverá ser considerado como mercado único. Os ‘two-sided markets’ são uma característica de muitos mercados, inclusive o das telecomunicações. Porém, seria útil se a Anatel fornecesse mais pormenores sobre o seu raciocínio e abordagem a esta questão. Também observamos que, às vezes e por convenção, ignora-se a bilateralidade nos mercados de telecomunicações. Por exemplo, o mercado de telefonia móvel é considerado como ‘two-sided market’, pelo fato de ser uma plataforma através da qual as pessoas que fazem ligações e as que as recebem interagem e na qual a precificação em ambos os lados do mercado afeta o grau de utilização. Para fins regulatórios, o lado do mercado que recebe as ligações -- terminação -- é geralmente tratado como um mercado separado, tanto pela Anatel quanto pela prática internacional.

Outro aspecto técnico relacionado com a definição de mercado é o fato de a Anatel aparentemente restringir a definição de mercado ao caso de substituição simétrica [consultar 3.1 no Anexo]. Aparentemente, essa abordagem deixa de considerar importantes limitações competitivas que alguns produtos impõem sobre outros, ainda que a recíproca não seja verdadeira. Vale a pena recapitular novamente que a definição de mercado é um meio para se chegar a um fim, ou seja, as limitações competitivas devem ser consideradas de forma adequada para que o poder de mercado possa ser determinado com exatidão.

O mercado relevante deve ser um conjunto de produtos substitutos próximos

A consequência em potencial de não se dispor de uma definição e em seguida aplicar uma rigorosa abordagem à definição de mercado será a tendência de chegar a mercados definidos que não representam o cenário de substitutos próximos, tanto na ponta da procura quanto na da oferta. O erro pode advir sob a forma de mercados definidos de forma muito limitada ou demasiado ampla. Nos casos em que os mercados são definidos de forma muito limitada, os produtos substitutos próximos, tanto do lado da demanda quanto da oferta são deixados fora do mercado relevante, e isso levaria a uma análise equivocada da concorrência na etapa

subsequente, uma vez que importantes limitações competitivas não estariam sendo consideradas de forma adequada. Por exemplo, o cálculo de participações de mercado, ao não incluir as participações de empresas que fornecem produtos substitutos, incorreria em exagero das participações de mercado e do poder de mercado das empresas atuantes no mercado definido.

A nossa preocupação não é meramente teórica. Por exemplo, a Anatel define o mercado de varejo através da oferta de sinais de comunicação, independentemente de suas velocidades. Entendemos que esse mercado deva ser constituído de todos os serviços de dados com velocidade superior a 64 kpbs. Isso incluiria desde os serviços de ADSL residenciais até as linhas corporativas dedicadas, de elevada largura de banda. Tomando por base os primeiros princípios e a prática internacional, devemos questionar essa definição de mercado, uma vez que esses produtos não são substitutos próximos. Primeiramente e com base nos primeiros princípios, a aplicação correta do teste SSNIP não teria como resultado essa constelação de produtos num mesmo mercado. As características e o uso pretendido desses produtos são muito diferentes, e os preços refletem essa diferença.

Deste modo, um aumento de 5 a 10% no preço da banda larga residencial não levaria os consumidores a fazer troca material e adotar as linhas dedicadas (leased lines). E o inverso seria verdadeiro: os usuários corporativos de linhas dedicadas não passariam para a banda larga ADSL, se o preço das linhas dedicadas fosse aumentado de 5 a 10%. De acordo com o teste SSNIP, isso significaria que esses produtos não deveriam ser considerados como substitutos suficientemente próximos para que fossem posicionados em um mesmo mercado.

A experiência internacional na definição de mercados de dados respalda esta análise e a sua conclusão. Em todos os países que examinamos, as leased lines e os serviços concorrentes de banda larga foram posicionados em mercados separados (ou tratados efetivamente como tais), tanto no nível de atacado quanto no de varejo. Na verdade, no modelo da União Europeia e na sua aplicação por cada um dos órgãos reguladores, a questão de sua substitutibilidade é considerada e analisada explicitamente, tendo-se concluído em todos os casos que o posicionamento em mercados separados seria apropriado pelos motivos descritos acima.

Assim, de um modo geral, encorajaríamos a Anatel a conduzir exercícios meticolosos em definição de mercado, orientados para o conceito da substitutibilidade, tanto do lado da oferta como da demanda.

Uma proposta de adoção de metodologia

A Anatel define os mercados no âmbito do varejo e do atacado. Neste ponto, está alinhada com a prática internacional. Porém, a Anatel não esclarece no PGMC o significado e as implicações de se definirem mercados em níveis funcionais diferentes, assim como qualquer interação entre eles. Em suma, a sequência adequada da definição de mercado de varejo e de atacado, a análise de poder de mercado e os remédios são muito importantes.

O entendimento das interações entre os mercados de atacado e de varejo deverá constituir a base da análise de mercado ex ante. Acreditamos que a abordagem a seguir seja a mais adequada para a definição e análise dos mercados de atacado e de varejo. Esta abordagem também representa a parte central do modelo adotado pela União Europeia e de suas aplicações pelos órgãos reguladores europeus.

Os mercados devem ser definidos primeiramente no âmbito do varejo e depois no âmbito do

atacado. A definição de mercados de varejo, por força da lógica, antecede a definição dos mercados de atacado. Isto se deve ao fato de a demanda de serviços de atacado ser uma demanda derivada, ou seja, o nível de demanda de insumos de atacado depende da demanda de produtos e/ou serviços de varejo. A definição de um mercado de varejo provavelmente influenciará a definição do mercado e, por sua vez, qualquer análise de PMS nos mercados de atacado relacionados.

Uma vez definidos os mercados, o próximo passo é identificar se esses mercados são 'mercados relevantes' para fins de regulamentação ex ante. Apesar do fato de discutirmos este passo em mais detalhes na próxima seção, essa identificação verifica, em sua essência, se o mercado é imediatamente suscetível à regulamentação ex ante, à luz de sua estrutura e das restrições impostas pela lei de concorrência ex post. Caso se conclua que o mercado em questão não seja potencialmente caracterizado por falhas de concorrência, cujo melhor remédio é a intervenção ex ante, o mesmo não será identificado para fins da análise competitiva -- ou seja, dessa forma, nenhum remédio pode ser aplicado. A realização dessa avaliação geralmente exigirá uma análise da concorrência no fornecimento do serviço em questão de uma ponta à outra, ou seja, abrangendo o mercado de varejo e o mercado de atacado implícito. Isso ocorre porque, em virtude da integração vertical, e na falta de regulamentação, será um caso típico no qual nenhum mercado real de atacado existirá. Mais exatamente, o mercado de atacado será constituído pelo autofornecimento por operadoras integradas verticalmente.

Contudo, quando da análise da competitividade desses mercados, os mercados de atacado devem ser analisados antes dos mercados de varejo. Isto é devido à necessidade de avaliar se a aplicação de remédios no nível do atacado elimina o poder de mercado do varejo e a necessidade da aplicação de remédios de varejo, o que reflete o princípio de que a regulamentação do atacado deve ser considerada em primeiro lugar, como forma de corrigir eventuais falhas de mercado, antes da imposição de intervenções no mercado de varejo. Isto se deve ao fato de que os remédios para os serviços de varejo somente devem ser impostos nos casos em que se considera que medidas relevantes de atacado poderiam ser incapazes de promover uma concorrência eficaz. Com a intervenção na esfera do atacado, inclusive com remédios que podem afetar os mercados de varejo, a cadeia de valor permanece aberta, o tanto quanto é possível, ao processo de concorrência normal, propiciando, como resultado, uma forma de concorrência mais significativa e sustentável. Esta ênfase na regulamentação dos mercados de atacado é também respaldada pela abordagem fundamental que a Ofcom adotou em sua Revisão Estratégica de Telecomunicações em 2004 (TSR). Dito isso, até o ponto em que a origem dos problemas de concorrência esteja localizada dentro da esfera funcional do varejo, a imposição de remédios de varejo, ao invés de remédios de atacado, pode ser mais adequada.)

Portanto, o próximo passo é considerar os remédios quando se identifica PMS no mercado de atacado. Esta consideração verifica se os remédios são apropriados e proporcionais, incluindo um cuidadoso exame dos custos e benefícios da intervenção regulatória. A concorrência e o PMS nos mercados de varejo são então analisados à luz desses remédios de atacado. Repetindo, os remédios apropriados e proporcionais nos mercados de varejo somente devem ser impostos nos casos em que o PMS seja ainda constatado, e os remédios de atacado não sejam suficientes.

A análise da concorrência em um determinado mercado deve supor que não existe (potencialmente ou atualmente) nenhum remédio para PMS nesse mesmo mercado. Isto se deve ao fato de que a finalidade principal da análise da concorrência é determinar se alguma

regulamentação seria adequada a esse mercado. Portanto, a análise da concorrência nesse mercado necessita considerar um mercado hipotético no qual nenhuma regulamentação ou ameaça de regulamentação existe. Porém, quando da análise da concorrência no mercado de varejo, seria apropriado levar em conta toda e qualquer regulamentação (existente ou proposta) de um serviço de atacado do mercado de atacado que está sendo analisado. Também se deve levar em consideração todos os remédios não PMS restantes quando da análise de mercados, visto que os mesmos continuarão a impactar o mercado durante o período de sua revisão. Voltaremos a discutir este assunto mais adiante neste relatório.

Como já discutimos, na falta de regulamentação, tipicamente, será observado o caso que nenhum mercado real de atacado irá existir. Assim a suposição de não haver nenhuma regulamentação não PMS no mercado em análise, juntamente com a integração vertical, significará que, na prática, a análise da concorrência nos mercados de atacado tipicamente incluirá a análise da concorrência no fornecimento completo (de uma ponta à outra) do serviço de varejo em questão. Entretanto, tendo-se um enfoque em regulamentação nos elos de atacado da cadeia de valor, torna-se importante fazer uma cuidadosa verificação para constatar se os eventuais problemas de concorrência se encontram no nível do atacado ou no do varejo. Por exemplo, preços de varejo excessivamente elevados e a falta de concorrência no mercado de varejo podem ser melhor entendidos como se refletissem uma falta de concorrência na esfera implícita do atacado (por exemplo, preços de acesso elevados) em vez de qualquer coisa intrínseca sobre a esfera de varejo do mercado. A melhor abordagem a esta questão é a intervenção na esfera de atacado, a qual gerará concorrência no varejo. Caso essas medidas não sejam suficientes para tornar um mercado de varejo competitivo, as medidas para o mercado de varejo poderão então ser consideradas.

Análise da abordagem à concorrência e aos remédios.

Ver figura 5 do relatório da PWC encaminhado à essa Agência por meio da CT SINDI 172/11, de 19 de outubro de 2011.

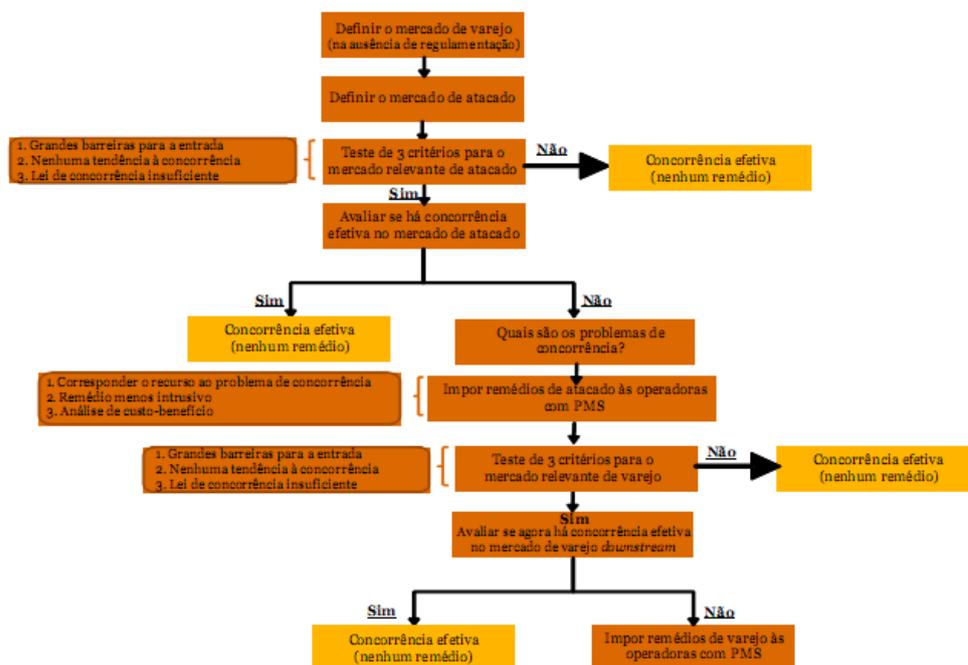


Figura 5 Análise da abordagem à concorrência e aos remédios.

Art. 6º. Para identificação dos Mercados Relevantes serão considerados os seguintes produtos:

I - Mercados de Varejo:

a) Acesso Fixo

1. Originação de chamadas em rede telefônica fixa:

mercado de varejo de oferta de voz, compreendendo apenas a modalidade local do STFC.

2. Oferta de comunicação de outros sinais em rede fixa, , independentemente da velocidade.

b) Originação de chamadas em rede móvel: mercado de varejo de oferta de voz e outros sinais.

c) Oferta de TV por Assinatura: Serviço de TV a Cabo, Serviço TVA, Serviço MMDS e Serviço DTH.

II - Mercados de Atacado:

a) Interconexão:

1. Em redes telefônicas fixas: oferta de elementos de rede fixa necessários à interconexão para a terminação de chamadas telefônicas;

2. Em rede móvel: oferta de terminação de chamadas em redes móveis, incluindo-se as redes do Serviço Móvel Pessoal – SMP e as redes do Serviço Móvel Especializado – SME.

b) Infraestrutura e Redes:

1. Para acesso em rede fixa: oferta de exploração industrial de redes e de infraestrutura para suporte do STFC na Modalidade Local, do SCM e dos Serviços de TV por Assinatura;

2. Para acesso em rede móvel: oferta de infraestrutura de acesso em rede móvel, que é constituída pela RAN (*Radio Access Network*), que inclui, conforme o tipo de tecnologia empregada, Estações Radio Base (ERB), controladores, roteadores e adaptadores de rede, e a respectiva infraestrutura de acesso e controle a essas estações; e

3. De Transporte: oferta de capacidade de transmissão, em transporte local e transporte de longa distância, entre dois pontos de agregação de tráfego (EILD, *backhaul* e *backbone*);

Art. 7º.

CONTRIBUIR

Contribuição do SindiTelebrasil:

Na definição de mercado geográfico, a Anatel levanta diversas opções como forma de segmentação. O documento principal do PGMC define:

I – Território Nacional;

II – Região do PGO (Plano Geral de Outorgas) / PGA (Plano Geral de Autorização);

III - Setor PGO;

IV – Numeração de Áreas;

V - Áreas de Registro;

VI - Municipalidades, e

VII - Localização.

Contudo, nos documentos [anexos] ao PGMC, a Anatel escolhe provisoriamente a municipalidade como a unidade relevante de granularidade. No Anexo, a fundamentação lógica parece ser “Caso não exista nenhum dado, a delimitação geográfica deverá incluir a menor área geográfica capaz de possibilitar a análise do risco do exercício de poder de mercado e evitar que delimitações menos desagregadas deem a falsa ideia de uma concentração de mercado excessiva.”

Esta abordagem à definição de mercado geográfico consegue captar de forma adequada a essência da fundamentação lógica para os mercados geográficos subnacionais, ou seja, reconhecer os diferentes padrões de concorrência subjacente ao longo de todo o país, que, de outro modo, seriam ignorados em uma definição nacional de mercado. O emprego da municipalidade como unidade geográfica traz um equilíbrio sensato entre a exatidão e a praticabilidade. (Uma unidade abaixo do nível da municipalidade poderia não ser justificada com base na precificação uniforme através da municipalidade; ou seja, uma limitação comum de preço.)

Porém, observamos que a segmentação geográfica não é conceitualmente adequada em certos mercados de produtos. Este é o caso da telefonia móvel, tanto em origem quanto em terminação, cujos limites geográficos são, por definição, o roll out da rede de cada operadora. A própria definição de mercado de produto incluirá então áreas geográficas onde exista mais de uma operadora.

No âmbito internacional, os órgãos reguladores reconhecem cada vez mais a necessidade de uma abordagem mais sofisticada para a definição de mercado geográfico para alguns mercados, de modo a refletir os diferentes padrões de concorrência que surgem através de todo o país. A Ofcom traz um exemplo de sua aplicação bem sucedida. Os mercados subgeográficos nacionais foram definidos nos mercados de atacado de banda larga (e mercados de linhas locais). A metodologia básica no caso da banda larga foi dividir o Reino Unido em áreas de telefonia da BT (cerca de 6.000) e, então, agregar essas áreas em 3 agrupamentos, tendo por base o fato que as condições competitivas em cada um desses agrupamentos eram homogêneas. O principal componente desse processo foi o método empregado para agrupar essas áreas em mercados geográficos separados, o que basicamente se consistiu na quantidade de redes existentes na área de telefonia em questão (LLU ou cabo). No caso de apenas uma rede (BT), todas as áreas de telefonia foram agrupadas como Mercado 1. No caso de 2-3 redes, as áreas eram agrupadas como Mercado 2; as áreas contendo 3 ou mais redes eram agrupadas como Mercado 3. Como vamos discutir mais adiante, essa medida facilitou a oportunidade de desregular parcialmente o mercado, dentro dos limites do modelo regulatório.

Em Portugal, a ANACOM também adotou uma abordagem semelhante na segmentação geográfica de mercados de atacado de banda larga. Especialmente em termos da unidade de granularidade geográfica, a ANACOM considerou a municipalidade, porém, em última análise, adotou o critério de pontos de serviço. Vale observar neste caso que a opção para definir um mercado geográfico em termos da área de cobertura das áreas de telefonia parece ser um meio-termo adequado entre níveis de granularidade e praticabilidade.

Justificativa: Já apresentada junto com a contribuição.

Art. 7º. Para fins de identificação dos Mercados Relevantes poderão ser

utilizadas as seguintes áreas geográficas, considerando as especificidades da análise do mercado de cada produto:

- I - Território Nacional;
- II - Região do PGO/PGA;
- III - Setor do PGO;
- IV - Áreas de Numeração;
- V - Áreas de Registro;
- VI - Municípios; e
- VII - Localidades.

Art. 8º.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 8º. Para fins de definição dos Mercados Relevantes a Anatel poderá avaliar outros Produtos e outras Áreas Geográficas com o objetivo de promover a livre, ampla e justa competição.

Art. 9º.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Sugerimos a revisão do capítulo como um todo.

Justificativas:

As considerações feitas pelo SindiTelebrasil no início desta CP deixam claro que a Agência não faz nenhuma diferenciação entre poder de mercado significativo e uso abusivo da situação de dominância. A ANATEL não dá tratamento adequado a situações onde a empresa dominante não exerce nenhum poder de mercado, nem apresenta nenhum estudo avaliando os impactos do exercício do poder de mercado significativo. Ademais, a ANATEL não apresenta nenhuma consideração sobre a perspectiva de futuro que é a dimensão chave do PMS. Não há priorização clara dos critérios utilizados para definir PMS, o que resulta em decisões arbitrárias. Existem inconsistências na avaliação dos critérios de PMS entre mercados. Como já enfatizamos, nas áreas onde a oferta de produtos existe por causa das exigências regulatórias de concessão, e não em função da atratividade de mercado, a ANATEL equivocadamente considera a concessionária como detentora de PMS e sujeita as medidas assimétricas, mesmo sem que ela exerça nenhum tipo de poder abusivo de mercado.

Transcrevemos abaixo um trecho do relatório da Tendências Consultoria, encaminhado à essa Agência como parte das contribuições do Sinditelebrasil, por meio da CT 172/11, de 19 de outubro de 2011, que tem por finalidade apresentar algumas contribuições para a identificação

de Grupo com PMS. Registre-se o alinhamento da posição da referida consultoria com a argumentação acima.

“ Definição da hierarquia e da metodologia de uso dos critérios

O Título III e o Anexo II do PGMC abordam a metodologia de identificação dos grupos detentores de PMS em cada “mercado relevante”, elencando sete critérios que devem adotados neste procedimento:

- 1. Participação de mercado*
- 2. Presença de economias de escala*
- 3. Presença de economias de escopo*
- 4. Controle sobre infraestrutura cuja duplicação não seja economicamente viável*
- 5. Poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços*
- 6. Atuação concomitante nos mercados de atacado e varejo*
- 7. Acesso privilegiado a fontes de financiamento*

Em linhas gerais, os critérios propostos são os usuais se levarmos em consideração a estrutura de análise antitruste comumente aplicada em casos de atos de concentração. Por outro lado, não há no texto do PGMC uma hierarquização ou ponderação desses critérios, sugerindo que eles devam possuir, invariavelmente, o mesmo peso qualquer que seja o mercado analisado. A princípio, esta hipótese parece bastante forte, principalmente diante da heterogeneidade dos segmentos que compõem a indústria de telecomunicações.

Adicionalmente, fazendo um paralelo com a Figura 3 acima, os itens 2 a 7 poderiam ser interpretados como fatores contemplados em uma análise de existência de barreiras à entrada. Desta forma, tais itens poderiam ser condensados e substituídos por um único chamado de “análise de entrada” ou “análise de barreiras à entrada”, dado que cada mercado tem sua especificidade. Outra falha observado nesse paralelo recai sobre a ausência de um estudo de potenciais competidores (ou rivalidade), o que torna a análise de PMS proposta pela Anatel deficitária no que se refere a correta identificação de exercício de poder de mercado.

Neste sentido, vale deixar explícito e adotar a “regra da razão” que estabelece que, apesar dos critérios elencados para identificação de PMS serem sempre os mesmos, seu uso e importância variam mercado a mercado. Ou seja, na análise de cada mercado relevante os critérios escolhidos – a partir de uma lista fixa e predeterminada – podem variar de acordo com a razoabilidade de seu uso, dada as características do mercado em questão.

Além disso, a metodologia de implementação de cada um destes parâmetros não foi devidamente abordada e fundamentada no texto do PGMC. Por exemplo, questões como as variáveis que podem ou devem ser usadas como proxies são fundamentais para a aplicação e o sucesso da análise, embora não tenham sido citadas nos documentos divulgados com a Consulta. A necessidade e suficiência dos critérios também não foram abordadas, embora no documento de Análise eles tenham sido assumidos, invariavelmente, como necessários e não

suficientes, mesmo não havendo devida fundamentação para tal.

A falta de uma análise acerca da melhor metodologia de implementação destes critérios pode torná-los ineficientes, apesar de razoáveis sob um primeiro olhar. Desta forma, sugerimos que a Anatel promova estudos com o intuito de tornar explícito nos textos do PGMC a hierarquia e a metodologia de uso destes parâmetros, adotando até mesmo metodologia semelhante à aplicada pelo Guia de Análise de Atos de Concentração da SEAE/SDE.

3.2.2 Alguns cuidados com os critérios adotados devem ser considerados

Certos critérios adotados para definição de PMS demandam cuidados especiais no seu uso:

1. Participação de mercado: este é o critério mais empregado em análises de defesa da concorrência por constituir uma proxy razoável para mensurar a posição de um player dentro do mercado. Faturamento da empresa e volume de vendas são as principais medidas utilizadas para cálculo de market share, embora outras também possam ser empregadas.

Apesar de não estabelecer quais variáveis serão usadas para o cálculo do share de mercado, o PGMC proposto define 20% como valor crítico da participação no “mercado relevante” para que um grupo passe a ser considerado apto a deter PMS. Diferentemente, a Comissão Europeia define outro corte: empresas com parcela de mercado abaixo de 25% não são consideradas detentoras de PMS (condição suficiente). Por outro lado, parcelas superiores a 25% não é uma condição suficiente para exercício de PMS, devendo outras etapas de análise serem avaliadas. Na prática, o guia de 2002 menciona que, na grande maioria das decisões da Comissão, o problema de exercício de poder de mercado ocorria em mercados cuja concentração era superior a 40%. Em linhas gerais, um primeiro corte pode ser útil quando se tem um grande número de “mercados relevantes” para se avaliar, mas é preciso que ele seja determinado com base em estudos que indiquem o patamar correto a ser usado no referido setor. Apesar do texto do PGMC não fundamentar a escolha dos 20%, o documento de Análise sugere que foi utilizado o mesmo corte de 20% usado em análises de ato de concentração pelo SBDC (Figura 2). Entretanto, não há no documento uma discussão sobre a razoabilidade desta escolha para as características competitivas dos mercados de telecomunicações.

Vale ressaltar também que este corte considera a aplicação do Guia em análises de diversos setores e que os 20% servem apenas como um parâmetro de sinalização para que o SBDC inicie uma avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado. Ou seja, é um parâmetro conservador usado como um sistema de alerta para qualquer mercado de qualquer setor que possa ser analisado pelo SBDC. Se após um ato de concentração um grupo passa a deter mais de 20% de market share, isto significa que os agentes do SBDC devem analisar este ambiente competitivo, como possibilidade de entrada e rivalidade (Figura 3) Ao estabelecer um critério semelhante, mas de uso específico para os mercados de telecomunicações, seria importante que a Anatel analisasse características específicas da indústria em questão e avaliasse um valor crítico adequado para ela.

Além disso, conforme especificado no Anexo II do PGMC, a própria Anatel estabelece que este critério não pode ser usado como um critério absoluto, devendo ser consideradas a estabilidade desta participação de mercado no tempo e a diferença entre as participações dos diversos players, o que nem sempre ocorre:

“O critério de participação de mercado não será por si só um critério absoluto, mas serão

considerados ainda a estabilidade desta participação de mercado no tempo e a diferença entre as participações de mercado entre o Grupo detentor de PMS e o conjunto de Grupos não detentores de PMS.”

Desta forma, é preciso relativizar o market share das empresas em relação à participação das suas concorrentes, bem como levar em consideração a evolução das participações de mercado nos anos anteriores e as perspectivas futuras que possam impactar significativamente a estrutura atual de share.

Uma medida que poderia ser utilizada para balizar o share relativo das empresas é o índice HHI , que faz parte do Guia de análise de concentração do Federal Trade Commission (EUA) e é comumente utilizado pelas autoridades antitruste brasileiras . Embora o Anexo II do PGMC cite a importância desta análise relativa de participação de mercado – além da própria análise da estabilidade destas participações ao longo do tempo –, o documento não estabelece quais critérios e metodologias devem ser utilizados nestes quesitos.

2. Economias de escala e de escopo: vale ressaltar que estes critérios de análises não são triviais quando feitos no plano empírico de uma indústria, já que se referem às estruturas de custos das firmas e as informações exatas nem sempre estão disponíveis. Quanto à sua aplicação pela Anatel, mais uma vez, as informações relacionadas a estes parâmetros não foram devidamente apresentadas pelo texto do PGMC. Por exemplo, a presença de economias de escala deve ser relativizada com o tamanho do mercado, ou seja, tal aspecto só tem caráter prejudicial à concorrência se o tamanho do mercado for pequeno em relação à produção necessária para a apropriação destas economias.

Além disso, é importante ressaltar que o setor é intensivo em escala e capital. Desta forma, é necessário avaliar o balanço entre os efeitos positivos da ampliação da concorrência e os efeitos positivos do aproveitamento das economias de escala.

No setor de telecomunicações, dado o fenômeno de convergência tecnológica, cada vez mais inúmeros serviços de comunicações são agrupados na mesma plataforma, bem como diferentes tecnologias de rede são usadas na oferta do mesmo produto/serviço. Por isso, é natural que economias de escopo estejam presentes no setor, mas isto não representa um fator negativo de diferenciação dos players. O mercado pode estar simplesmente se estabelecendo na concorrência pela oferta de um conjunto de serviços (como no caso dos triple-play e quadri-play), ou seja, a entrada de qualquer concorrente neste mercado representa sua entrada nos mercados correlatos.

Tendo estes aspectos em mente, não fica claro na proposta da Anatel o que configuraria um aspecto negativo para mensurar condições de exercício de poder de mercado (PMS) na presença de economias de escala e/ou escopo. No documento de aplicação do PGMC (que será discutido na seção 4), a Agência adota diferentes critérios de medida desses quesitos para os diferentes “mercados relevantes”.

3. Controle sobre infraestrutura cuja duplicação não seja economicamente viável: caracteriza, do ponto de vista da Agência, uma condição que pode colocar uma empresa em posição dominante no mercado. Mas vale ressaltar, dado que o texto do PGMC não cita isto de forma direta, que a convergência tecnológica (amplamente aceita na literatura sobre o setor) tem permitido o desenvolvimento de infraestruturas alternativas por diversos players.

O fenômeno da convergência tecnológica pode ser entendido como o conjunto de inovações

que tem possibilitado diferentes plataformas tecnológicas concorrerem entre si na oferta dos diversos serviços de telecomunicações, transferindo a competição do âmbito intraplataformas para o âmbito interplataformas. Novas tecnologias têm tornado cada vez mais economicamente viável a formação de infraestruturas alternativas. Um fator que comprova isso é o investimento significativo em redes próprias, principalmente em mercados de rápida expansão de consumidores.

Pode-se dizer que, em linhas gerais, que o processo de convergência tecnológica, mais do que exigir novos e sofisticados mecanismos de regulação, abre espaço para uma considerável redução do grau de intervenção sobre o setor, na medida em que favorece uma maior competição nos diferentes serviços de comunicação eletrônica. Evidências do próprio mercado tem mostrado que os competidores tem conseguido realizar investimentos na duplicação da infraestrutura. Assim, o uso deste critério na determinação de PMS está tornando-se pouco significativo ou mesmo insignificante em alguns mercados, dado que o conceito de essential facility tem perdido relevância na indústria de telecomunicações.

4. Acesso privilegiado a fontes de financiamento: é um quesito bastante controverso. Por um lado, acesso privilegiado a fontes de financiamento permite ações que levam ao fechamento do mercado (por exemplo, por meio de preço predatório), prejudicando a competição no curto prazo e eliminando concorrentes. Por outro, o estabelecimento de uma situação de monopólio no longo prazo, após a eliminação dos demais concorrentes, só seria possível se outras características de mercado, como elevadas barreiras à entrada e sunk costs, não permitissem que novos entrantes contestassem esse mercado. Desta forma, esse critério só será relevante na análise de PMS se associado a outras características que o torne prejudicial à concorrência, não podendo ser considerado um fator determinante de forma isolada”

O Sinditelebrasil também questiona a inclusão do critério de eficiências econômicas como critério de poder de mercado e ensejaria a submissão dos agentes ao regime estabelecido pelo Plano. Por essa razão, solicitamos que na revisão dessa proposta de Plano sejam eliminados da lista de critérios aqueles que tratam de eficiências econômicas.

Isso é um contra-senso absoluto com qualquer política de defesa da concorrência numa indústria de rede.

Em primeiro lugar, porque a existência de ganhos de escala e escopo é um fenômeno ínsito a quase todos os mercados de massa e, mais notadamente, em relação aos serviços de telecomunicações. Indústrias de rede apresentam ganhos de escala e sempre apresentarão. Essa não é uma realidade distintiva de um agente de mercado, mas uma característica da atividade. A presença de ganhos de escopo, por sua vez, decorre diretamente da existência de tecnologias convergentes nos mercados de que se trata agora. Ganhos de escopo existirão em grau crescente até que os serviços de telecomunicações convirjam para um escopo único.

Em verdade, a presença de fatores de eficiência econômica num ambiente minimamente competitivo tem com consequência a redução de preços finais ao consumidor. Isso não é novidade. Novidade é a proposta de PGMC pretender que a eficiência produtiva dos Grupos com PMS seja anulada porque se darão aos novos entrantes praticamente uma reserva de mercado no que se refere ao uso da capacidade que lhes será cedida.

Prova maior de que eficiências econômicas são tidas como elementos positivos para a legislação concorrencial está na Lei nº 8.884/94. Além do já mencionado § 1º do Artigo 20,

que considera que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação aos seus competidores não caracteriza dominação de mercado, também o artigo 54, § 1º, inciso I, letra c, tem como uma das “*válvulas de escape*” legitimadoras de atos de concentração a obtenção de eficiências.

Não há regra legal alguma que autorize o estado a impor obrigações e restrições a uma empresa pelo simples fato de que a atividade ou a operação de um grupo econômico possui ganhos de escala e escopo. Se assim fosse, o desenvolvimento econômico nacional estaria seriamente ameaçado, dados que os ganhos de escalas são ínsitos a praticamente qualquer atividade e os ganhos de escopo surgem da otimização de processos produtivos.

Da importância de avaliar o PMS em sua totalidade e de forma integrada

Em seu Anexo, o PGMC relaciona uma gama de critérios a serem considerados quando da avaliação do PMS das operadoras em um mercado definido. São eles:

- Participação de mercado
- Economias de escala
- Economias de escopo
- Controle da infraestrutura cuja duplicação não é viável economicamente
- Poder de negociação (o qual a Anatel parece ter interpretado mal)
- Integração vertical
- Acesso privilegiado a fontes de financiamento

De um modo geral, concordamos com a Anatel quanto à razoabilidade desses critérios. Vale a pena observar que o modelo econômico implícito que sustenta esses tipos de critérios é o paradigma SCP (‘estrutura-conduta-desempenho’), que afirma que a estrutura tende a determinar a conduta, a qual, por sua vez, tende a conduzir o desempenho do mercado. O modelo da União Europeia considera um conjunto semelhante, porém de gama muito mais ampla de critérios de ‘estrutura-conduta-desempenho’ para a determinação de PMS [ampliado por órgãos reguladores como a Ofcom – sendo a lucratividade um dos exemplos]. (Entretanto, não devemos ignorar o fato de que o modelo de SCP apresenta limitações por ignorar associações inversas, digamos entre conduta e estrutura.)

Contudo, embora os critérios da Anatel relativos ao PMS sejam razoáveis de um modo geral, a sua implementação apresenta falhas. Em primeiro lugar, a Anatel parece atribuir pesos iguais a cada critério de avaliação de PMS. O peso que os reguladores atribuem aos critérios será diferente dependendo do mercado, e acreditamos que os órgãos reguladores devam ser explícitos sobre quais os critérios que julgaram importantes em uma dada avaliação e o motivo. Por exemplo, a Ofcom declara em suas decisões quais critérios são ou foram particularmente importantes em suas decisões, por exemplo, em sua revisão do mercado de atacado de acesso local, afirmando o seguinte: “identificamos os seguintes critérios como particularmente relevantes para a nossa análise do mercado WLA (wholesale local access): participações de mercado; barreiras à entrada e expansão; economias de escala e de escopo; e poder de compensação do comprador”. **Em outras palavras, a Ofcom não atribui pesos iguais a todos os critérios ao realizar uma avaliação da concorrência. O peso relativo de**

cada critério poderá variar de mercado para mercado, com base nas características particulares de cada um deles.

Mais fundamentalmente, a Anatel adota uma abordagem de lista de verificação (check-list) na determinação do PMS. Conduzir uma abordagem deste tipo traz o risco de arbitrariedade, uma vez que o motivo de identificação de PMS não fica esclarecido.

Uma análise de mercado adequada não pode resumir-se a um simples procedimento de check-list. Em vez disso, é uma avaliação específica da força do poder de mercado que as empresas podem apresentar em um mercado específico e que, frequentemente, requer tipo de julgamento; na economia ou na lei não existe uma linha claramente delineada para o teste de dominância. Os critérios da Anatel deveriam ser vistos como informativos úteis dessa avaliação, ao invés de ser taxativos em si próprios. Os órgãos reguladores deveriam fazer uma avaliação completa e integrada, a qual, geralmente, requer algum tipo de julgamento. É certo que a abordagem de check-list deve ser evitada em favor de uma avaliação narrativa, respaldada por análise e comprovações. Isso condiz com a experiência internacional exemplificada pelos órgãos reguladores da União Europeia.

Também foi ressaltado pelas autoridades reguladoras, de concorrência e pela Comissão Europeia (EC) que a escolha de critérios na avaliação da competitividade depende dos mercados específicos que estejam sendo revisados, assim como do contexto específico de cada país. O resultado é que os órgãos reguladores precisam ter discernimento suficiente na seleção dos critérios, de sua importância relativa e da interpretação dos resultados, que identificariam uma operadora como dominante ou não.

Conforme já abordamos ao longo destas contribuições o Sinditelebrasil entende que os critérios de avaliação de PMS devem ser restritos ao âmbito do mercado e não no nível do Grupo.

Conforme discutimos, concorrência e PMS são analisados mercado a mercado, para captar a natureza e o grau de concorrência em um mercado definido. Da mesma forma, ao avaliarmos os critérios de PMS, seria adequado conduzir essa avaliação na esfera do mercado e não no nível do Grupo. Por exemplo, quando da avaliação das economias de escala, é importante que a mesma relate se o serviço no mercado em questão possui tecnologia caracterizada por economias de escala. Não seria apropriado verificar se o Grupo, como um todo, possui economias de escala; isso seria particularmente errôneo se o mercado em questão possuísse economias de escala limitadas, mesmo que as mesmas existissem no âmbito do Grupo.

A participação de mercado é um indicador de dominância e não uma medida precisa

De um modo geral, a proposta de PGMC reconhece o papel da participação de mercado ao declarar:

“Este critério diz respeito à detenção de uma participação superior a 20% do Mercado Relevante. a) O critério de participação de mercado não será por si só um critério absoluto, mas serão considerados ainda a estabilidade desta participação de mercado no tempo e a diferença entre as participações de mercado entre o Grupo detentor de PMS e o conjunto de Grupos não detentores de PMS.”

Geralmente, se aceita que uma variedade de diferentes estruturas de mercado possa ainda ser economicamente eficiente e que a ‘contestabilidade’ de um mercado, isto é, seu potencial de abertura à entrada ou substituição do produto deve ser levada em conta quando da avaliação

da estrutura de um dado mercado. De modo alinhado a esta opinião, além da rivalidade direta entre os concorrentes, outras forças que moldam a concorrência devem ser levadas em conta de modo adequado, conforme discutimos acima.

Nos primórdios da lei da concorrência, a avaliação de poder de mercado e da concorrência real era estreitamente associada a uma análise (quantificável) da participação de mercado da empresa investigada. Contudo, conforme diz o PGMC, de um modo geral, se reconhece que a participação de mercado por si só não é conclusiva.

A participação de mercado deve ser vista como um indicador em vez de uma medida de poder de mercado. Na prática da Comissão Europeia (EC), e na sua implementação por órgãos reguladores, as preocupações de dominância única geralmente surgem quando as participações de mercado são superiores a 40%, sendo as participações de mercado superiores a 50% consideradas como evidência da existência de uma posição de dominância. Contudo esta suposição é refutável, e as diretrizes da EC ressaltam que a existência ou não de uma posição dominante não pode ser estabelecida somente com base na participação de mercado, e que deve-se conduzir uma análise minuciosa e completa antes de se chegar a alguma conclusão a respeito da existência de PMS. A este respeito, a escolha de 20% como o limiar que dá origem à preocupação sobre PMS contrasta fortemente com a prática internacional com relação ao nível de participação de mercado que faz surgir à preocupação de dominância /PMS.

Conforme observado pelo PGMC, o motivo fundamental de que as participações de mercado podem ser uma medida enganosa de concorrência é que essas participações são uma imagem estática do mercado que não reflete a presença ou a ausência de barreiras à entrada. Quando não há barreiras significativas ao ingresso, a participação de mercado é essencialmente irrelevante; nenhuma empresa, independentemente do tamanho de sua participação de mercado, poderá exercer poder de mercado significativo em nenhum momento.

Em segundo lugar, a participação de mercado é uma medida particularmente imprópria da concorrência em um mercado que emerge de um ambiente monopolista regulamentado, visto que a participação de mercado da incumbente tende a minimizar o grau de concorrência durante a transição para a concorrência e tende a subestimar a importância competitiva futura de um concorrente. Um mercado que tenha sido recentemente um monopólio protegido pode mostrar-se muito mais concentrado do que em um mercado igualmente competitivo sem um histórico de regulamentação. As participações de mercado dependem do passado, isto é, dependem das participações de mercado do passado, mesmo que o mercado seja altamente competitivo no momento. Uma empresa que precifica competitivamente não precisará perder clientes para os concorrentes; se a empresa realiza a precificação de modo a refletir a ameaça competitiva, não haverá incentivo para que os seus clientes existentes a abandonem. Os clientes, não obstante, recebem os benefícios da concorrência mesmo que a participação de mercado da empresa não se modifique. Em outras palavras, uma foto instantânea das participações de mercado atuais pode ser muito enganosa em relação às verdadeiras forças da concorrência que atuam no mercado, especialmente no contexto de mercados recém liberalizados, onde, por definição, a empresa terá a maior parte dos clientes por um dado período.

A posição comum do Grupo de Órgãos Reguladores Europeus (ERG) a respeito do conceito de poder de mercado significativo contextualiza de forma apropriada as participações de mercado ao declarar que:

As participações de mercado, por mais importantes que sejam, são, um critério como qualquer outro – não são conclusivas por si sós. A relevância econômica das participações de mercado como indicadores na avaliação da dominância única provém da teoria econômica e da evidência empírica sobre a relação entre participações de mercado e lucratividade (em termos de margens de preço-custo). Embora a teoria e o empirismo indiquem que existe uma correlação positiva entre participações de mercado e cada margem de preço-custo, não há uma relação nitidamente definida entre uma determinada participação de mercado e a existência de dominância...

‘[...] Deve-se mencionar que uma posição de dominância não pode ser estabelecida a partir de um único critério, mas de uma combinação de critérios’

Os órgãos reguladores da União Europeia aplicam na prática esta abordagem em suas decisões. Essa abordagem também encontra respaldo além da União Europeia; os órgãos reguladores da Austrália, Estados Unidos, entre outros, também consideram a participação de mercado como um indicador de dominância e não como um determinante por si só.

A despeito dessas limitações, a participação de mercado permanece sendo um importante indicador de dominância, sendo que uma participação de mercado significativa pode ser considerada necessária, mas não uma condição suficiente para a identificação da dominância. Deste modo, fica enfatizada a importância de um produto e de um mercado geográfico corretamente definidos. Por exemplo, se os mercados geográficos são definidos em um nível demasiado agregado, poderá haver uma tendência ao exagero em relação ao poder de mercado de uma empresa. Isso ocorre porque condições competitivas diferentes entre certas áreas: as obrigações de cobertura podem ter estipulado um roll out em áreas não econômicas, enquanto que a concorrência pode ser muito mais intensa nas áreas mais lucrativas. No caso de um mercado geográfico combinado, uma simples comparação de participações de mercado pode ser enganosa. Em todo caso, uma participação de mercado elevada em uma área na qual o roll out tenha sido estipulado por obrigações de cobertura também exageraria a avaliação de mercado, um assunto que discutiremos mais adiante.

Como também já frisamos em abordagens anteriores, voltamos a registrar que não deve haver designação de PMS nas áreas em que a regulamentação não-PMS impõe uma limitação adequada.

O PGMC [documentos do anexo] define os grupos de PMS nas áreas em que a operadora incumbente é a única player devido ao fato de que a mesma deve fornecer serviços para atender aos requisitos da concessão. Contudo, como já discutimos é importante não ignorar o impacto de outras regulamentações existentes sobre a habilidade de usar algum poder de mercado. Nesse contexto, a regulamentação relacionada com a concessão que é imposta às operadoras coloca efetivamente um limite máximo de preços nos serviços básicos. Visto que essa regulamentação existe e continuará a existir, independentemente de qualquer constatação de PMS, é lógico que esse fato seja levado em consideração quando da avaliação do PMS no mercado em questão.

E, se após levar em conta outra regulamentação, o PMS continua a ser a constatação adequada, seria sensato então adotar uma abordagem proporcional aos remédios pertinentes a essas circunstâncias. Discutimos este assunto em mais detalhes no próximo item, no contexto de remédios.

De uma forma ainda mais generalizada, neste e em outros casos, é importante empregar a

mesma abordagem e a estrutura analítica que delineamos, passando pelos procedimentos de forma significativa para assegurar que tenhamos adotado uma abordagem regulatória adequada.

A adequação de se levar em conta outra regulamentação independentemente de uma constatação de PMS é respaldada pela experiência internacional. No modelo da União Europeia, por exemplo, exige-se que os órgãos reguladores adotem uma abordagem 'greenfield modificada' na determinação do efeito da regulação do PMS. O aspecto 'greenfield' significa que toda regulamentação de PMS existente no mercado em questão deve ser ignorada quando da avaliação do PMS nesse mercado. O termo 'modificada' se refere ao fato que outras regulamentações não-PMS que continuarão a existir devem ser levadas em conta.

Por fim, é importante assegurar a coerência e a consistência na avaliação dos critérios através dos mercados. Por exemplo, segundo o Anexo, considera-se que uma operadora possua acesso privilegiado a financiamento em alguns mercados, enquanto que em outros mercados, não se considera que a mesma possua acesso privilegiado ao capital. Isso é incoerente pelo fato de que o capital é obtido no nível do Grupo.

TÍTULO III

DO PODER DE MERCADO SIGNIFICATIVO (PMS)

CAPÍTULO I

DOS CRITÉRIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE GRUPO COM PODER DE MERCADO SIGNIFICATIVO

Art. 9º. Para identificação de Grupo com PMS em Mercado Relevante, em determinado produto dentro de área geográfica específica, a Anatel levará em consideração os seguintes critérios:

- I - participação de mercado;
- II - presença de economias de escala;
- III - presença de economias de escopo;
- IV - controle sobre infraestrutura cuja duplicação não seja economicamente viável;
- V - poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços;
- VI - atuação concomitante nos mercados de atacado e varejo;
- VII - acesso privilegiado a fontes de financiamento.

§ 1º A Anatel deverá adotar as diretrizes metodológicas, conforme disposto no Anexo II deste regulamento, para identificação dos Grupos com PMS nos Mercados Relevantes.

§ 2º Os critérios acima deverão ser considerados em conjunto para a

identificação do Grupo com PMS no Mercado Relevante.

§ 3º Além dos critérios acima listados, a Anatel poderá adotar outros critérios pertinentes em função da identificação de peculiaridades do Mercado Relevante em análise.

Art. 10.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 10. A identificação de Grupo com PMS em Mercado Relevante será feita por meio de publicação de Ato exclusivo do Conselho Diretor da Anatel, sendo a relação dos Grupos com PMS em cada mercado, bem como as análises que a fundamentam, submetidas previamente à Consulta Pública.

Parágrafo único. A Anatel deverá rever a cada 2 (dois) anos o Ato que identifica os Grupos com PMS em Mercado Relevante.

Art. 11.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

O SindiTelebrasil solicita que a proposta de estabelecimento de medidas assimétricas seja totalmente revisada, pois não é cabível que sob o discurso de estabelecer a competição a ANATEL impinja aos Grupos que detenham PMS obrigações de investimentos, que aumentem seus custos operacionais, que sejam obrigados a estabelecer em suas redes reservas operacionais para que possam cedê-las a terceiros e de forma tarifada, como previsto neste regulamento em seu Anexo I.

Ademais, reiteramos todos os comentários já feitos ao longo dessa proposta de PGMC com respeito à definição de medidas assimétricas. Tais medidas devem ter objetivos e metas, devem ser avaliadas os efeitos colaterais sobre o mercado com um todo, a sua proporcionalidade em relação às falhas que se pretende corrigir.

Para que não tenhamos que reescrever todos os nossos comentários sobre este tema, solicitamos que a ANATEL considere as argumentações e justificativas apresentadas no início dessa Consulta Pública. De qualquer forma, a seguir apresentamos mais argumentações sobre este tema.

Justificativa:

Da forma como está sendo proposta, as medidas assimétricas objetivam proteger entrantes e não os consumidores.

O que o PGMC faz é criar a figura do entrante com mercado garantido, um agente que,

independentemente de seus esforços, ingressará num mercado em detrimento das empresas que, legitimamente, haviam conquistado clientela e investido em seus ativos.

Trata-se pura e simplesmente de engessar o competidor que se mostra eficiente, que realizou investimentos e que vem prestando serviços adequadamente à população, aumentando seus custos, para introduzir outros potenciais competidores (que podem nem mesmo vir a existir) que podem se valer de sua parcela cativa de infraestrutura, a ser disponibilizada pelo Grupo com PMS com preços cautelarmente definidos pela Agência.

A obrigatoriedade de cessão de capacidade equivale a um descabido controle de estruturas, vez que se trata do desfazimento de ativos que permitem o exercício da atividade pelos grupos com PMS. E isso terá o inevitável efeito de aumento de preços ao consumidor final, vez que o PGMC criou um custo de transação aos Grupos com PMS e aos consumidores, A atividade que é até hoje exercida em regime de eficiência terá de ser submetida a um complexo regime de cessão de capacidade que implicará em vultosos custos às empresas (sendo certo que tais custos podem vir a ser repassados aos preços finais) e não necessariamente resultará em maior opção de escolha aos consumidores. Tratar-se-á simplesmente garantir uma espécie de reserva de mercado a agentes que não se mostram eficientes a ponto de obter o mercado conquistado pelos grupos com PMS.

Ademais, as medidas regulatórias propostas não atendem aos objetivos elencados nos incisos do referido artigo, ensejando aperfeiçoamentos que permitam melhor adequação entre objetivos e procedimentos.

Medidas assimétricas devem ser impostas somente às empresas com probabilidade de exercício de PMS

É importante que as medidas assimétricas sejam pensadas levando em consideração a distinção entre empresas que detêm PMS e que podem exercer este poder de mercado e empresas que, apesar de detê-lo, não conseguirão exercer tal poder.

Embora a etapa de definição dos agentes com PMS em cada mercado relevante possa ter revelado uma série de empresas nesta condição, nem todos os casos apresentarão probabilidade significativa de que a empresa exerça seu poder de mercado. Isto pode ocorrer devido à rivalidade e contestabilidade do mercado – que estimula o crescimento e a entrada de concorrente caso a empresa com PMS tente exercê-lo – ou por conta da impossibilidade de que a empresa com PMS obtenha lucros econômicos, dada a própria regulação já existente e as características da demanda.

Os dois aspectos devem ser levados em consideração pelo regulador no momento de definir as medidas regulatórias assimétricas que serão impostas ao mercado, mas o segundo ponto merece uma atenção especial da Anatel, conforme apontado anteriormente. Isto porque devido à política pública de universalização dos serviços de telecomunicações, uma série de regiões brasileiras é atendida por empresas que só expandiram seus serviços por conta dos compromissos assumidos com o Governo. Ou seja, trata-se de regiões que não geram rentabilidade (ou lucros econômicos) para as operadoras devido ao perfil de consumo local (por exemplo, baixa densidade populacional) e à própria regulação já imposta a elas no âmbito da universalização.

Impor nestes mercados medidas regulatórias assimétricas (adicionais às medidas do processo de universalização) pode ser ineficiente por não torná-los atrativos o suficiente para outras

empresas e ainda tornar mais custosa à operação das empresas estabelecidas. Neste sentido, sugerimos que o texto do PGMC e seus anexos prevejam de forma clara esta possibilidade e que sua implementação de fato leve este aspecto em consideração.

Novamente, vale destacar que se os referidos mercados vierem a se desenvolver após uma primeira análise e passarem a conferir lucro econômico aos detentores de PMS, o próprio PGMC já prevê revisões periódicas dos mercados regulados, o que possibilita a futura adoção das medidas regulatórias cabíveis. Além disso, outras condutas anticompetitivas que poderiam ser adotadas por estas empresas nos mercados de universalização, como recusa de fornecimento de um serviço ou discriminação de preços, já são passíveis de punição pela legislação antitruste nacional, o que dilui a necessidade de um esforço de regulação ex ante.

Análise da correspondência entre falhas de mercado e medidas assimétricas

As medidas regulatórias assimétricas somente serão bem sucedidas se conseguirem corrigir ou atenuar as falhas concorrenciais que impedem o adequado funcionamento do mercado sem impor novos custos e ineficiências que tornem o resultado líquido irrelevante ou negativo. Desta forma, a definição das medidas assimétricas que serão adotadas mercado a mercado deve ser precedida de um estudo que avalie a correspondência entre as falhas de mercado que se pretende corrigir, a intervenção proposta e os impactos gerados por esta intervenção.

Sem esta análise, o regulador corre um risco significativo de atribuir medidas regulatórias a um mercado e vir a descobrir, com o passar do tempo, que sua intervenção além de não ter sido eficiente ter causado efeitos negativos, como, por exemplo, desestímulo a investimentos. Seja porque não gerou o efeito desejado ou porque ao gerar o resultado pretendido impôs ao mercado custos e ineficiências que não compensam a eliminação da falha.

Quanto ao PGMC, os documentos divulgados no âmbito da Consulta Pública (incluindo o documento de Análise) não demonstram, por exemplo: (i) qual é o risco associado a cada falha de mercado; (ii) que a medida proposta é proporcional a este risco (até porque o risco não foi demonstrado); (iii) a avaliação dos impactos associados a adoção ou não destas medidas; (iv) uma análise dos custos e benefícios de tal intervenção.

Além disso, já existe uma série de medidas regulatórias sobre o setor previstas em outras resoluções e que não foram avaliadas pela Agência quanto aos seus efeitos conjuntos com as intervenções previstas no PGMC. Pelo contrário, o PGMC estabelece que as medidas assimétricas definidas no seu escopo somam-se às demais medidas regulatórias previstas em outras resoluções, destacando no Artigo 12:

“Todos os Grupos com PMS em Mercado Relevante devem observar, além das Medidas Regulatórias Assimétricas previstas neste Plano, outras Medidas Regulatórias Assimétricas estabelecidas nos regulamentos específicos de Serviços para Grupos com PMS nos respectivos Mercados Relevantes.”

Um estudo que avalie de forma conjunta tanto a adequação das medidas regulatórias prevista no PGMC quanto os efeitos sinérgicos destas intervenções com as medidas já existentes é fundamental para o sucesso do arcabouço regulatório. Desta forma, sugerimos que – antes do debate final a respeito do texto que versará sobre as medidas regulatórias assimétricas que serão impostas em cada mercado – tais estudos sejam promovidos pela Anatel, com contribuições dos demais agentes do setor.

Reserva de infraestrutura tende a ser ineficiente

De acordo com o texto do PGMC, os grupos com PMS nos mercados de Atacado de Infraestrutura e Acesso em Comunicação de Dados em Redes Fixas, Atacado de Infraestrutura e Rede de Transporte e Infraestrutura e Redes para Transporte de Longa Distância (que envolva concessionária do STFC na Modalidade Local), devem manter reserva de capacidade física dos elementos de compartilhamento desta infraestrutura.

Na prática, tal medida tem o potencial de criar um desestímulo ao investimento. Mesmo que no curto prazo a competição possa ser estimulada ao permitir que novos entrantes utilizem a infraestrutura das empresas já estabelecidas, no longo prazo, a manutenção desta situação tem o condão de gerar um equilíbrio competitivo no qual o ótimo para as empresas é cessar ou reduzir o investimento em novas redes.

As empresas sem PMS terão o incentivo de não investir em novas infraestruturas, simplesmente esperando que as empresas com PMS ampliem suas redes para que, por conta da obrigação de compartilhamento da infraestrutura, passem a usufruir desta oferta. Por outro lado, as empresas com PMS também terão seus incentivos para ampliação de rede diminuídos, dado que terão que compartilhar sua infraestrutura com seus próprios concorrentes.

Soma-se a isto o fenômeno de convergência tecnológica que tem reduzido a importância do conceito de essential facility na indústria de telecomunicações. O surgimento de novas tecnologias e o acirramento da concorrência entre plataformas tecnológicas distintas pela oferta dos mesmos serviços está reduzindo a importância das infraestruturas e redes físicas e aumentando a competição. Este fenômeno, amplamente aceito na literatura de telecomunicações, reduz o benefício gerado por medidas de reserva de infraestrutura.

Além disso, a medida não está condicionada apenas à capacidade não utilizada pela concessionária. Ou seja, se o grupo estabelecido está usando toda sua capacidade de rede em determinada região, ele é obrigado a investir em capacidade adicional para manter uma reserva que atenda a necessidade de compartilhamento definida pelo PGMC. Isto impõe ao grupo um investimento ineficiente, dado que esta capacidade adicional pode nunca ser usada, e tende a concentrar novas ampliações de infraestrutura apenas nos detentores de PMS, ao contrário do que pretende o arcabouço regulatório. No longo prazo, esta reserva de capacidade pode transformar os grupos com PMS nos únicos provedores de infraestrutura em alguns mercados que se tornariam naturalmente competitivos – já que a capacidade ociosa inibirá investimentos por parte das demais prestadoras – tornando-os cada vez mais fortes no segmento de atacado.

Obrigações de investimento podem gerar dispêndios ineficientes

Outra medida regulatória assimétrica prevista no PGMC refere-se à obrigação de que, em alguns mercados, os grupos com PMS executem certos investimentos. Por exemplo, o PGMC determina a instalação de Ponto de Troca de Tráfego (PTT) por parte do grupo com PMS no mercado de Infraestrutura e Redes de Transporte de Longa Distância, em todas as áreas de registro em que ele atua, determinando inclusive os moldes da operação, a capacidade, a disponibilidade e a localização desses pontos. Além disso, há também a obrigação de que os grupos com concessionárias STFC que atuam em mais de uma região do PGO atuem também nas demais regiões, construindo infraestrutura e redes de transporte nessas localidades.

Estas intervenções pelas quais o regulador define onde, como e quando os investimentos devem ser feitos distorcem uma das principais eficiências atribuídas aos mercados competitivos. Ou seja, a obrigação de que certos investimentos sejam feitos levará as empresas a desviarem recursos destinados a outros investimentos produtivos com o intuito de satisfazer a intervenção regulatória. Este processo gera um risco significativo de que haja uma troca natural de investimentos eficientes (que precisarão aguardar novas oportunidades) por investimentos ineficientes, dado o melhor conhecimento e capacidade da operadora de definir gastos eficientes.

As medidas assimétricas devem ser, portanto, revistas, e devem ser aplicadas em operadoras que detêm PMS somente nos mercados em que elas estejam exercendo de forma abusiva esse seu poder.

PGMC não deixa claro se os remédios em determinados mercados serão aplicados somente a operadoras que possuam PMS nesses mercados; os remédios não devem ser aplicados a operadoras que não detenham PMS num dado mercado, mas que possuam PMS em outros mercados. Como já discutimos, a imposição de remédios em operadoras nos mercados onde as mesmas não possuam PMS é desnecessária e pode provocar falha regulatória; as forças competitivas são suficientemente fortes para dar origem a bons resultados de mercado.

A este respeito, não se deve impor remédios a operadoras que não detenham PMS no mercado em questão, mesmo que tenham PMS em outro mercado. Em uma observação pertinente, para evitar dúvida, o enfoque do PGMC deverá estar orientado às Empresas e não aos Grupos.

Esta abordagem está coerente com a prática internacional. Ficou claro, na maior parte dos regimes regulatórios que foram examinados, que os remédios somente devem ser impostos a operadoras com PMS ou equivalente.

Mais uma vez reforçamos que as medidas assimétricas devem ser apropriadas (isto é, necessitam solucionar problemas específicos de concorrência originados pelo PMS) e proporcionais.

Conforme discutido, a Anatel define critérios para a imposição dos remédios, entre eles:

- “Intervenção proporcional ao risco constatado;
- Avaliação dos impactos das Medidas Regulatórias Assimétricas; e
- Avaliação dos custos e benefícios da intervenção.”

Portanto, em termos de intenção, a Anatel parece considerar a importância da proporcionalidade (a sua adesão a este princípio é comentada mais abaixo). A meta de uma estrutura regulatória adequada é que os remédios devem ser proporcionais, o que significa que não haverá mais intervencionismo do que o necessário para que os objetivos especificados possam ser atingidos. Quando da demonstração da proporcionalidade, deveriam ser apresentadas considerações a respeito dos remédios alternativos e um comentário que o remédio menos oneroso, porém eficaz será selecionado. Este princípio é um elemento central dos muitos modelos regulatórios internacionais, como o da União Europeia e a sua aplicação pelos órgãos reguladores. **A Ofcom do Reino Unido vai mais além e estabelece um princípio explícito que é o da operação sem ‘parcialidade contra intervenções.’**

Contudo o PGMC deixa escapar a etapa fundamental de assegurar-se que os remédios sejam apropriados, o que implica uma rigorosa identificação e descrição dos problemas de concorrência em cada mercado relevante. Discutimos este assunto mais abaixo.

O poder de mercado, em decorrência de monopólio natural, monopólio herdado ou de outro tipo de aquisição de poder de mercado, é uma falha primária de mercado solucionada por uma estrutura regulatória ex ante de controle da concorrência. O poder de mercado é na verdade uma preocupação em virtude dos problemas de concorrência que surgem em consequência. Contudo uma regulamentação inferior à ideal e orientada deficientemente também pode gerar efeitos adversos para a sociedade. Portanto, a política regulatória deve ser formulada e atualizada com mudanças nos níveis de concorrência, tecnologias e necessidades do consumidor.

Após o reconhecimento da potencial necessidade de regulação, como já discutimos, em nossa opinião, deve-se considerar em primeiro lugar se os problemas de concorrência identificados podem ser solucionados de modo mais apropriado e mais eficiente através do uso/ameaça de poderes de concorrência ex post, em vez de remédios ex ante. Confiar nos poderes ex post pode representar a limitação implícita representada pela ameaça crível ou a salvaguarda da ação ex post em resposta a qualquer tendência de abuso do poder de mercado e/ou adoção de medidas contra qualquer situação de conduta anticompetitiva. Essa avaliação é uma pré-condição para a imposição da regulação ex ante, uma vez que um viés desregulatório pode ser adequado a mercados que passam por mudanças dinâmicas, como no caso das telecomunicações no Brasil.

A fundamentação lógica para a imposição de remédios regulatórios ex ante é que o poder de mercado não controlado poderá dar origem a problemas de concorrência. Na falta de regulação, esses problemas de concorrência prejudicarão o processo competitivo e, em última análise, o consumidor. Além disso, a regulação ex ante possibilita a oportunidade de incentivar a concorrência de forma mais ativa, especialmente quando existem pontos de gargalo e/ou na ausência de quaisquer abusos comprováveis de poder de mercado. Isso propicia o motivo subjacente para a intervenção pelo órgão regulador.

Entretanto, a escolha e o aprimoramento dos remédios não é um processo mecânico de fácil entendimento. Em vez disso, é uma decisão complexa que leva em conta inúmeros princípios e considerações.

Em primeiro lugar, supondo que estejamos convencidos que a intervenção ex post provavelmente será inadequada para incentivar a concorrência pretendida, devemos nos assegurar que os remédios ex ante propostos sejam apropriados, porque se orientam diretamente e solucionam os problemas específicos de concorrência que teriam o potencial de acontecer como resultado de um poder de mercado não verificado. Deste modo, o remédio deve ser formulado especificamente para solucionar a questão de concorrência identificada, com um raciocínio explicitado.

A identificação e a definição de problemas de concorrência constituem, portanto, o primeiro passo no processo de definição de remédios. Esse procedimento assegura que o remédio proposto solucionará o problema de concorrência em pauta. Esse exercício evita a parcialidade na seleção de remédios. Relativamente a essa etapa analítica, poderá ocorrer que não possamos observar concretamente um determinado tipo de conduta anticompetitiva mas, em seu lugar, teremos de admitir a hipótese ou nos anteciparmos ao surgimento de um determinado problema de concorrência com base na habilidade e nos incentivos da operadora

que possui PMS de adotar tal comportamento, o qual será identificado através da etapa de análise do mercado.

O poder de mercado em grau significativo pode dar causa a diversos problemas de concorrência, como a recusa de acesso, recusa de interconexão, precificação excessiva, estrutura de preços ineficiente, ineficiência produtiva, superinvestimento, baixa qualidade, agregação, custos de troca, subsídio cruzado, conluio tácito, redução de margem e discriminação de preço e discriminação não relacionada a preço. Cabe ao órgão regulador especificar quais desses problemas estão presentes no mercado, um passo que deve ocorrer logicamente antes da seleção dos remédios.

A abordagem da Anatel deixa de assegurar que os remédios são apropriados porque não analisa e define explicitamente os problemas de concorrência que surgem em decorrência do poder de mercado. A imposição de remédios, portanto, inclina-se a gerar um elevado nível de arbitrariedade e erro de orientação, visto que não se pode saber se os remédios identificados serão eficazes na solução das consequências do poder de mercado.

A este respeito, somos da opinião que a finalidade da regulação de PMS não é punir as operadoras que detêm PMS, e sim gerar uma situação de livre concorrência a longo prazo. Todos os remédios devem guardar coerência com esta meta.

Como no caso da proporcionalidade, o processo de assegurar que os remédios sejam apropriados possui respaldo da experiência internacional, particularmente o modelo da União Europeia e a sua implementação por órgãos reguladores europeus.

Conforme discutiremos abaixo, a falta de uma consideração explícita sobre a adequação dos remédios constantes do modelo da Anatel pode ter contribuído para as decisões da mesma sobre quais os remédios deve aplicar.

Aperfeiçoamento da abordagem ao modelo Retail Minus

No período provisório antes de as ofertas de referência serem aprovadas, a Anatel se propõe a estabelecer os preços de atacado com base no modelo de precificação retail minus. Acreditamos que, de um modo geral, esta seja uma abordagem razoável. No entanto, também somos da opinião que essa abordagem poderia ser aperfeiçoada.

Sobretudo, o nível do minus precisa refletir uma margem apropriada entre os preços de atacado e de varejo. Tipicamente, isso implicaria fazer uma estimativa dos custos eficientes downstream (a jusante) que o provedor de acesso enfrenta. Portanto, recomendaríamos a utilização de um método mais transparente para calcular o nível do minus. Para isso, poderíamos empregar uma análise de custo dos custos downstream da operadora incumbente e/ou uma comparação de indicadores internacionais, o que guarda coerência com a experiência internacional.

É de fundamental importância definir o nível correto de preços para os serviços de atacado. Essa medida forneceria os sinais corretos para decisões de investimento e de entrada, como a decisão entre construir uma infraestrutura própria ou adquirir serviços de atacado de terceiros. Além disso, acreditamos que os perigos da definição de um nível demasiado baixo para os serviços de atacado sejam maiores do que o da definição de um preço excessivamente elevado. Um preço de acesso muito baixo gerará ingressos ineficientes e reduzirá os incentivos para investir em infraestrutura, o qual, como já discutimos, é uma prioridade

fundamental da política para o setor no Brasil. Isso enfatiza a necessidade de maior precisão na definição do minus em uma abordagem como a adotada pela Anatel.

TÍTULO IV

DAS MEDIDAS REGULATÓRIAS ASSIMÉTRICAS

Art. 11. As Medidas Regulatórias assimétricas relacionadas no Anexo I deste Plano serão aplicadas aos Grupos com PMS em cada Mercado Relevante definidos no Ato de que trata o Art. 10.

§ 1º Na atribuição das Medidas Regulatórias Assimétricas considerar-se-á, dentre outros, os seguintes critérios:

- I - Adoção de critérios técnicos, imparciais e não discricionários;
- II - Imposição de um conjunto específico de obrigações em cada Mercado Relevante;
- III - Intervenção proporcional ao risco existente;
- IV - Avaliação dos impactos causados pelas Medidas Regulatórias Assimétricas;
- V - Criação de incentivos ao investimento em Infraestrutura;
- VI - Avaliação do custo e dos benefícios da intervenção.

§ 2º A Anatel deverá rever a cada 4 (quatro) anos as Medidas Regulatórias assimétricas relacionadas no Anexo I deste Plano.

§ 3º A Anatel poderá modificar a relação das Medidas Regulatórias Assimétricas, mediante a alteração do Anexo I deste Plano, desde que previamente submetida à Consulta Pública, caso estas não tenham sido suficientes para incentivar e promover a livre, ampla e justa competição nos Mercados Relevantes.

Art. 12.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Justificativa:

Art. 12. Todos os Grupos com PMS em Mercado Relevante devem observar, além das Medidas Regulatórias Assimétricas previstas neste Plano, outras Medidas Regulatórias Assimétricas estabelecidas nos regulamentos específicos de Serviços para Grupos com PMS nos respectivos Mercados Relevantes.

Art. 13.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

TÍTULO V

DA ORGANIZAÇÃO DOS GRUPOS SEM PMS

Art. 13. Os Grupos sem PMS em Mercados Relevantes de Atacado poderão se reunir para criar uma Entidade Representante de proteção de seus interesses, enquanto competidores dos Grupos com PMS, e que será reconhecida pela Anatel.

Art. 14.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 14. Uma Entidade Representante poderá:

- I - demandar, conjuntamente, as ofertas de atacado dos Grupos com PMS;
- II - ter acesso aos pedidos de suas representadas nos Bancos de Dados de Atacado das Prestadoras com PMS para acompanhamento de atendimentos das demandas;
- III - representar os Grupos sem PMS em seus pleitos junto à Entidade Supervisora e à Comissão de Composição de Conflitos.

§ 1º A Entidade Representante, aberta e plural, não poderá restringir nem a admissão de Prestadoras de Grupos sem PMS nem a participação destas nas atividades internas, em especial no processo decisório, salvo quando determinada Prestadora estiver inadimplente com suas obrigações.

§ 2º A Entidade Representante poderá ser constituída com a natureza jurídica que for desejada pelos Grupos econômicos sem PMS e o estatuto ou documento constitutivo deverá ser homologado pela Anatel, que poderá exigir alterações que visem à adequação de sua organização aos objetivos deste Plano.

§ 3º Os Grupos sem PMS que integrem os quadros de uma Entidade Representante são responsáveis pelos ônus decorrentes da criação, operação e manutenção desta Entidade Representante.

Art.

[CONTRIBUIR](#)

15.

Contribuição do SindiTelebrasil: As detentoras de PMS podem e devem demandar pelo procedimento descrito. Reavaliar os prazos conforme argumentação abaixo

Justificativa:

No artigo 15, agora do corpo da proposta de PGMC em consulta, encontramos disciplinados

os mecanismos para composição de conflitos nos mercados relevantes. Nele se tenta consagrar mecanismos que permitam resolver controvérsias com celeridade e eficiência. É fato que o regramento se apresenta um pouco estranho (por exemplo, fixa-se um prazo de escassos dois dias úteis para resposta pela prestadora com PMS, mas não se fixa prazo para que a Agência emita a decisão final, enquanto prevê um prazo de longos quinze dias para emissão de uma medida cautelar quando, presumivelmente o regulador já terá condições para emitir decisão definitiva). Ou seja, ao pretender prever um procedimento célere, parece que a Anatel está pretendendo apenas tolher o direito de defesa, atalhar o contraditório apenas para perenizar a situação de cautelares eternas. Apesar disso, a iniciativa é positiva.

Porém, a questão é outra. O artigo 16 do texto da proposta de PGMC expressamente proíbe que a prestadora com PMS demande pelo procedimento de composição de conflitos do PGMC. Ou seja, introduz uma assimetria não apenas em termos de ônus e restrições, mas até no singelo direito de petição e de se utilizar de um procedimento regulatório! Algo que traz um certo sentido de punição a priori da prestadora e seu grupo, simplesmente por deter PMS.

Além de não fazer sentido a vedação, pois o procedimento célere, por definição, se presta a dirimir conflitos que envolvam prestadores com e sem PMS (ou seja, sendo uma relação bilateral, sentido algum faz ceifar o direito postulatório de uma das partes), a vedação incorre em diversas inconstitucionalidades e ilegalidades.

Sumariamente, viola o artigo 5º, XXXIV, a, da Constituição, pois acaba por restringir o direito de petição das prestadoras consideradas com PMS. Viola também o mesmo artigo 5º, LXXVIII, da Carta que assegura a todos o direito, mesmo no âmbito administrativo, à celeridade na tramitação dos processos. Na medida em que o regulador edita um regulamento assegurando ser possível e necessária a celeridade na tramitação de um dado processo para alguns dos regulados, não pode negar o direito a essa celeridade a outro regulado apenas por considerar que ele é pujante o suficiente para desmerecer provimento administrativo pronto e eficiente! Viola, ainda, o artigo 38 da LGT na medida em que, ao impor uma discriminação não respaldada em fator lícito de *discrimen*, afronta à impessoalidade e a igualdade exigidas da Agência. Reflexamente, acaba por violar também o artigo 19, XVII, da LGT pois a competência ali reservada para a ANATEL pressupõe equidistância e imparcialidade, o que é contraditório com a previsão de assimetrias de regras procedimentais e de tramitação de processos. E, por fim, viola o artigo 127 da LGT na medida em que confere tratamento não isonômico às prestadoras numa questão em que não se justifica qualquer espécie de assimetria.

Portanto, não se pode admitir a vedação aos prestadores que integrem Grupo com PMS de terem seus conflitos tratados pela Agência com o mesmo cânone procedimental a que têm direito seus competidores.

TÍTULO VI

DA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS DO PGMC

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 15. Este capítulo dispõe sobre a Composição de Conflitos nos mercados relevantes identificados no PGMC, entre Prestadoras de serviços de telecomunicações, e seguirá o rito sumaríssimo em obediência ao princípio da celeridade necessária às dinâmicas regulatórias de incentivar e promover a livre, ampla e justa competição no setor de telecomunicações, observados, ainda, os princípios contidos na Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, no Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução n.º 270, de 19 de julho de 2001 e na ordem jurídica aplicável ao setor de telecomunicações.

Art. 16.

CONTRIBUIR

Contribuição do SindiTeleBrasil: Eliminar a assimetria proposta no Artigo. As detentoras de PMS podem e devem demandar pelo procedimento descrito. Reavaliar os prazos conforme argumentação abaixo

Justificativa:

No artigo 15, agora do corpo da proposta de PGMC em consulta, encontramos disciplinados os mecanismos para composição de conflitos nos mercados relevantes. Nele se tenta consagrar mecanismos que permitam resolver controvérsias com celeridade e eficiência. É fato que o regramento se apresenta um pouco estranho (por exemplo, fixa-se um prazo de escassos dois dias úteis para resposta pela prestadora com PMS, mas não se fixa prazo para que a Agência emita a decisão final, enquanto prevê um prazo de longos quinze dias para emissão de uma medida cautelar quando, presumivelmente o regulador já terá condições para emitir decisão definitiva). Ou seja, ao pretender prever um procedimento célere, parece que a Anatel está pretendendo apenas tolher o direito de defesa, atalhar o contraditório apenas para perenizar a situação de cautelares eternas. Apesar disso, a iniciativa é positiva.

Porém, a questão é outra. O artigo 16 do texto da proposta de PGMC expressamente proíbe que a prestadora com PMS demande pelo procedimento de composição de conflitos do PGMC. Ou seja, introduz uma assimetria não apenas em termos de ônus e restrições, mas até no singelo direito de petição e de se utilizar de um procedimento regulatório! Algo que traz um certo sentido de punição a priori da prestadora e seu grupo, simplesmente por deter PMS.

Além de não fazer sentido a vedação, pois o procedimento célere, por definição, se presta a dirimir conflitos que envolvam prestadores com e sem PMS (ou seja, sendo uma relação bilateral, sentido algum faz ceifar o direito postulatório de uma das partes), a vedação incorre em diversas inconstitucionalidades e ilegalidades.

Sumariamente, viola o artigo 5º, XXXIV, a, da Constituição, pois acaba por restringir o direito de petição das prestadoras consideradas com PMS. Viola também o mesmo artigo 5º, LXXVIII, da Carta que assegura a todos o direito, mesmo no âmbito administrativo, à celeridade na tramitação dos processos. Na medida em que o regulador edita um regulamento assegurando ser possível e necessária a celeridade na tramitação de um dado processo para alguns dos regulados, não pode negar o direito a essa celeridade a outro regulado apenas por considerar que ele é pujante o suficiente para desmerecer provimento administrativo pronto e eficiente! Viola, ainda, o artigo 38 da LGT na medida em que, ao impor uma discriminação não respaldada em fator lícito de *discrimen*, afronta à impessoalidade e a igualdade exigidas da Agência. Reflexamente, acaba por violar também o artigo 19, XVII, da LGT pois a competência ali reservada para a ANATEL pressupõe equidistância e imparcialidade, o que e

contraditório com a previsão de assimetrias de regras procedimentais e de tramitação de processos. E, por fim, violenta o artigo 127 da LGT na medida em que confere tratamento não isonômico às prestadoras numa questão em que não se justifica qualquer espécie de assimetria.

Portanto, não se pode admitir a vedação aos prestadores que integrem Grupo com PMS de terem seus conflitos tratados pela Agência com o mesmo cânone procedimental a que têm direito seus competidores.

Art. 16. Somente poderão demandar pelo procedimento de Composição de Conflitos do PGMC a Prestadora não detentora de PMS, ou as Entidades Representantes nos termos do Inciso III do art. 14, em face da Prestadora detentora de PMS desse mesmo mercado.

§ 1º É vedada a demanda desta Composição de Conflitos entre Prestadoras não detentoras de PMS.

§ 2º Também é vedada à detentora de PMS e à não detentora de PMS a apresentação de pedido conjunto de Composição de Conflitos.

§ 3º Os casos de composição de conflitos que não se enquadram no *caput* serão tratados nos termos do Regimento Interno da Anatel.

Art. 17.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

CAPÍTULO II

DA COMISSÃO DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

Art. 17. O procedimento a que se refere o art. 16 será submetido à Comissão de Conflitos, composta por três membros, sendo um deles o seu presidente, e três suplentes.

Art. 18.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 18. Cada membro da Comissão e os respectivos suplentes serão nomeados por Portaria da Presidência da Anatel, indicados pela Superintendência de Serviços Públicos - SPB, pela Superintendência de Serviços Privados - SPV e pela Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa - SCM, respectivamente, nos termos dos artigos 190, inciso XXI;

194, inciso XIV; e 198, inciso XIV do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução n.º 270, de 19 de julho de 2001.

§ 1º Uma vez designada, a Comissão será a responsável pelo andamento da Composição de Conflitos e pelo cumprimento de suas etapas, sendo vedado atuar como integrante quem mantenha ou tenha mantido, com alguma das partes, qualquer relação que caracterize impedimento ou suspeição, nos termos fixados pela Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, caso em que o impedido ou suspeito será substituído pelo respectivo suplente.

§ 2º As competências dos membros da Comissão, que será presidida por um representante de cada Superintendência a cada biênio, serão definidas por meio de Ato do Conselho Diretor.

Art. 19

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

CAPÍTULO III

DO PROCEDIMENTO DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS DO PGMC

Art. 19. A petição denominada Composição de Conflitos do PGMC será submetida à Comissão do PGMC e deverá conter, sob pena de declaração de inépcia e consequente arquivamento da petição inicial:

- I – nome, qualificação e endereço das partes;
- II – a exposição minuciosa dos fatos, que deverão ser pertinentes ao PGMC; e fundamento do pedido, com todas as especificações;
- III – as razões que impedem um acordo voluntário entre as partes envolvidas e a necessidade de intervenção da Anatel;
- IV – os documentos necessários para demonstração dos fatos alegados e de todas as provas pertinentes à demanda;
- V - nome, qualificação e endereço do eventual representante legal, que responderá em nome do Requerente durante o procedimento de Composição de Conflitos, com poderes específicos para receber notificações, transigir, retirar e apresentar documentos;
- VI - data e assinatura do Requerente ou de seu representante legal.

Parágrafo único. A inépcia e o arquivamento descritos no caput serão declarados em até 02 (dois) dias úteis, a contar do recebimento da petição, por meio de despacho irrecorrível.

Art. 20.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 20. O Requerido será notificado para apresentar defesa, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contados do recebimento da notificação e, se a Comissão entender necessário, as partes serão convocadas para comparecer à Reunião de Composição de Conflitos.

Parágrafo único. A notificação deverá ser acompanhada de cópia integral da petição de Resolução de Conflitos do PGMC e dos documentos que a instruem.

Art. 21

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 21. A Reunião de Composição de Conflitos realizar-se-á com a presença obrigatória:

- I – de todos os membros da Comissão, ou seus suplentes;
- II – do Requerente, ou preposto, podendo ser assistido por profissional habilitado;
- III – do Requerido, ou preposto, podendo ser assistido por profissional habilitado;

§ 1º A Reunião de Composição de Conflitos será registrada em ata própria, ou gravada, caso a Comissão assim decida.

§ 2º A Comissão poderá adotar mecanismos de flexibilização para a participação de não detentora de PMS nas Reuniões de Composição de Conflitos.

§ 3º O procedimento a ser adotado na Reunião de Composição de Conflitos será objeto de Ato do Conselho Diretor.

Art. 22.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 22. O procedimento de Composição de Conflitos será declarado extinto e arquivado, de ofício ou mediante requerimento, se houver perda de objeto, ou este tornar-se impossível, inútil, ou prejudicado, ou, ainda, quando o Requerente desistir do procedimento, expressamente, sendo que sua ausência na Reunião de Composição de Conflitos será considerada como desistência da demanda.

Parágrafo único. A Comissão, quando constatar que a demanda não trata de tema pertinente ao PGMC, providenciará a remessa da petição ao órgão competente para tratar do assunto.

Art. 23.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 23. Aplicam-se subsidiariamente ao Procedimento de Composição de Conflitos do PGMC, desde que com ele não sejam incompatíveis, as normas de procedimento do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução n.º 270, de 19 de julho de 2001.

Art. 24.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

CAPÍTULO IV DAS DECISÕES

Art. 24. A Comissão do PGMC poderá, em caso de risco iminente; ou verificada resistência injustificada das partes, ou de uma delas; e, constatada a existência de elementos suficientes, adotar medida cautelar, inclusive sem a prévia manifestação do interessado, nos termos do artigo 45, da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

§ 1º As decisões da Comissão deverão conter os fatos e fundamentos que a motivaram.

§ 2º O processo referente à medida cautelar tramitará em autos apartados, sem prejuízo do andamento do processo de mérito.

Art. 25.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 25. Havendo composição pelas partes do conflito na Reunião de Composição de Conflitos, o acordo será reduzido a termo e todos os participantes assinarão.

§ 1º A composição de que trata o *caput* será homologada pela Comissão e o procedimento ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o acordo, ou, até que haja provocação de qualquer das partes.

§ 2º Ao término do prazo fixado para cumprimento das obrigações, o procedimento será arquivado pela Comissão.

Art. 26.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 26. Não havendo composição pelas partes na Reunião de Composição de Conflitos e constatada a existência de elementos suficientes, a Comissão poderá decidir cautelarmente o conflito ao final da Reunião, ou no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º Caso a Comissão entenda necessário, concederá às partes prazo de 05 (cinco) dias para apresentação de novas alegações e/ou provas.

§ 2º Esgotado o prazo para as partes apresentarem suas alegações, a Comissão, no prazo previsto no *caput*, proferirá a decisão cautelar.

§ 3º O prazo mencionado no *caput* poderá ser prorrogado, por igual período, mediante justificativa da Comissão.

Art. 27.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 27. As decisões da Comissão do PGMC obrigam as partes aos seus termos, sob pena de suspensão, pela Requerida, da comercialização dos serviços objeto da lide no varejo, ou, ainda, quaisquer outras sanções legais admitidas, até decisão ulterior da Comissão.

§ 1º As decisões da Comissão do PGMC, que em qualquer hipótese serão fundamentadas e por maioria, conterão:

I - especificação dos fatos que constituam a demanda e a infração ao PGMC, assim como, a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar, com indicação das penas a que estarão sujeitos;

II – o prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III – a ressalva do(s) voto(s) divergente(s), se houver(em);

IV – a assinatura de todos os membros que participaram da decisão.

§ 2º Todos os votos dos membros da Comissão constarão dos autos do procedimento.

§ 3º O descumprimento das decisões aqui previstas importará, ainda, na instauração de PADO, cuja aplicação de eventual sanção considerará o número de dias do descumprimento da determinação da Comissão.

Art. 28.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

CAPÍTULO V DOS RECURSOS

Art. 28. Da decisão a que se refere o artigo 27, as partes poderão recorrer, em 05 (cinco) dias úteis, ao Conselho Diretor da Anatel, sem efeito suspensivo.

§ 1º Os recursos terão prioridade no julgamento pelo Conselho Diretor, devendo ser pautados em até 30 (trinta) dias, contados a partir do recebimento pelo Gabinete do Conselheiro Relator.

§ 2º Das decisões do Conselho Diretor que julgarem recurso da decisão cautelar da Comissão do PGMC não caberá pedido de reconsideração.

Art. 29.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 29. Após o retorno dos autos do Conselho Diretor, que poderá referendar ou discordar da decisão cautelar adotada, o feito será instruído pela Comissão e, antes da decisão final de mérito da Comissão, caso essa julgue necessário, será encaminhado à Procuradoria, nos termos regimentais, sendo que o mesmo deverá ser analisado em regime de urgência.

Parágrafo único. Concluída a análise descrita no parágrafo anterior, a Comissão terá 15 (quinze) dias para pronunciar-se em decisão de mérito.

Art. 30.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 30. A decisão de mérito produzirá efeitos a partir da entrada do pedido de resolução de conflitos.

Art. 31.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 31. Concluídos os trabalhos da Comissão, as partes serão notificadas na forma do art. 24, a partir de quando poderão valer-se dos recursos previstos no Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução n.º 270, de 19 de julho de 2001.

Art. 32.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 32. A Comissão deverá disponibilizar e manter atualizado na página da Anatel na internet um banco de todas as decisões referentes aos conflitos do PGMC proferidas pela Agência, ressaltando as informações confidenciais e sigilosas, bem como uma relação consolidada de entendimentos aplicáveis em sede de Resolução de Conflitos do PGMC.

Art. 33.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil: O SindiTelebrasil ratifica sua posição de que os papéis das entidades administrativas que são propostas no PGMC devem ser realizados pela própria Anatel ou devem ser precedida de autorização legal. Isto se aplica também para a Entidade Supervisora.

Justificativa:

A Agência não pode, por mera resolução administrativa, atribuir a uma entidade privada o papel de autêntica subsidiária e lhe conferir competências de cunho evidentemente regulatório. Não importa se a entidade terá gênese privada e, nos termos da proposta, vier a ser contratada pelas prestadoras sujeitas à sua regulação. De fato, ela atuará como ente regulador, subsidiário e delegado, sob a batuta da Anatel. Para tanto, seria imprescindível uma autorização legislativa específica, como impõe a Constituição Federal (art. 37, XIX e XX).

O problema não está, propriamente, na criação de um sistema de autoregulação. Esse modelo não é, em si, inédito. Porém, a atuação de entidade privada com atribuições regulatórias, quando foi instituída oficialmente em determinados setores, sempre o foi com base em previsão legal.

Mesmo quando a participação de entidade privada na regulação se resume a funções meramente opinativas e de processamento, exige-se a chancela legislativa. É o que se verifica no setor atuarial, onde o registro profissional depende de parecer opinativo do Instituto Brasileiro de Atuária – IBA, ente particular, de direito privado, incumbido por lei de processar os pedidos de registro profissional dos atuários e de opinar quanto ao seu mérito. Não houvesse previsão legal, os particulares não seriam obrigados a prestar informações à entidade, muito menos o de processar seus pedidos de registro profissional por seu intermédio.

Outro aspecto a ser analisado envolve a possibilidade de a Agência transferir a outrem, especialmente a entidade privada, parte de suas atribuições referentes ao acompanhamento, regulamentação e fiscalização da atuação dos agentes econômicos do setor de telecomunicações.

A Agência não pode delegar suas atribuições sem prévia autorização legal. A Lei de Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, determina expressamente que as competências legalmente atribuídas são irrenunciáveis e devem ser exercidas pelos próprios órgãos administrativos a que foram atribuídas. Além disso, estabelece que determinadas competências, como a de se editar atos normativos, bem como as que compõem competências exclusivas da entidade (como são as da Anatel em matéria de telecomunicações), não são passíveis de delegação

Por fim, não haveria como sustentar-se a sujeição compulsória das prestadoras de serviços de telecomunicações à entidade privada, sem qualquer fundamento em lei. A sujeição das prestadoras a entidade com tal perfil, sem base em lei, só poderia ocorrer de maneira espontânea, havendo pleno consentimento dos envolvidos com a determinada autoregulação.

Na ausência de previsão legal, as empresas até poderiam criar espontaneamente uma associação de caráter independente para tomar determinadas medidas em prol da transparência e da concorrência justa no setor. Mas ninguém estaria obrigado a dela fazer parte. Tampouco seria possível que a Anatel impusesse essa participação privada em regulamentação do setor. Menos ainda poderia ela, entidade reguladora, sem qualquer autorização legal, delegar funções que ela teria o dever de desempenhar.

A proposta de criação de uma Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado, em suma, carece de validade por completa ausência de autorização legislativa para ser implementada. Essa fórmula de autorregulação não pode, em hipótese alguma, ser imposta pela Anatel sem base em Lei.

TÍTULO VII

DA ENTIDADE SUPERVISORA DE OFERTAS DE ATACADO

Art. 33. Os Grupos com PMS em Mercados Relevantes de Atacado devem

contratar Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado para a implantação de metodologias uniformizadas relativas às ofertas de atacado previstas neste regulamento.

§ 1º Os Grupos com PMS nos Mercados Relevantes de Atacado são responsáveis pelos ônus decorrentes da contratação da Entidade Supervisora para prestação dos serviços previstos neste Capítulo.

§ 2º O contrato com a Entidade Supervisora deve conter no mínimo:

- I - as condições para a manutenção da Entidade Supervisora;
- II - os procedimentos e características do relacionamento entre a Entidade Supervisora e a Anatel, incluindo o fornecimento de informações à Agência, relativamente às suas atividades;
- III - a obrigação da Entidade Supervisora em comunicar as falhas e dificuldades verificadas no cumprimento de suas atividades;
- IV - dispositivos que permitam à Anatel a qualquer tempo realizar auditorias sobre suas atividades;
- V - dispositivos que permitam à Anatel intervir nos processos relacionados às atividades da Entidade, no sentido de garantir a continuidade e a eficácia das mesmas;
- VI - garantias de neutralidade e integridade no cumprimento de suas atividades.

Art. 34.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 34. Os Grupos com PMS nos Mercados Relevantes de Atacado não devem exercer domínio sobre a Entidade Supervisora, de forma a garantir a integridade, neutralidade e independência de sua atuação.

Art. 35.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 35. A Entidade Supervisora deve atender aos seguintes requisitos:

- I - ser pessoa jurídica dotada de independência administrativa e autonomia financeira, patrimonial e neutralidade decisória;
- II - ser constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no

país;

- III - ter prazo de duração indeterminado;
- IV - ser responsável pelo dimensionamento, contratação, especificação, planejamento e administração dos equipamentos e sistemas necessários para desempenhar suas atividades; e
- V - permitir a livre participação de prestadores de serviços de telecomunicações, nos termos de seus atos constitutivos.

Art. 36.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 36. A Entidade Supervisora deve executar as seguintes atividades:

- I - promover fóruns de conciliação entre prestadoras do setor de telecomunicações relativas às ofertas de atacado e procurar solucionar divergências no âmbito técnico;
- II - elaborar e apresentar à Anatel o Código de Conduta relativo às ofertas de atacado;
- III - definir metodologia para avaliação prévia das Ofertas de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado, considerando os princípios definidos no Art. 7º do Anexo I deste Regulamento;
- IV - avaliar, por meio de Relatório de Conformidade, previamente as Ofertas de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado para envio à Anatel para sua homologação;
- V - propor e encaminhar revisões das Ofertas de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado;
- VI - garantir que as ofertas de atacado feitas pelos Grupos com PMS estejam de acordo com as Ofertas de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado homologadas pela Anatel; e
- VII - centralizar o acesso às Bases de Dados de Atacado e às Ofertas de Referência de Atacado dos Grupos com PMS nos Mercados de Atacado.

Art. 37.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 37. A Entidade Supervisora poderá atuar ainda como Câmara de

Arbitragem, nos termos da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996.

Parágrafo único. Quando a arbitragem tratar de ofertas de produtos de atacado envolvendo Grupo com PMS em Mercado Relevante de Atacado, os árbitros nomeados pelas partes terão acesso pleno à Base de Dados de Atacado (BDA) do Grupo com PMS.

Art. 38.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 38. Os Grupos detentores de PMS em Mercado Relevante de Atacado devem, no prazo de 90 (noventa) dias corridos, a partir da publicação deste Regulamento, proceder à seleção e contratação da Entidade Supervisora.

Art. 39.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 39. A Anatel poderá estabelecer, por meio de Ato específico, um Conselho Consultivo para atuar como órgão de participação institucionalizada da sociedade na Entidade Supervisora.

Art. 40.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 40. A cada 5 (cinco) anos a Anatel deverá avaliar a adequação das atividades da Entidade Supervisora aos objetivos deste Plano, podendo, justificadamente, estabelecer a contratação de nova Entidade Supervisora.

Art. 41.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

TÍTULO VIII

DO GRUPO DE IMPLEMENTAÇÃO DAS BASES DE DADOS DE ATACADO (GIBDA)

Art. 41. Para a implementação das Bases de Dados de Atacado será constituído o GIBDA, sob a coordenação da Anatel, em até 30 (trinta) dias corridos a partir da publicação deste Plano.

§ 1º Os membros do GIBDA são representantes da Anatel, de prestadoras com PMS nos Mercados de Atacado, de prestadoras sem PMS nos Mercados de Atacado e de Entidades Representantes, conforme regras de procedimento do GIBDA;

§ 2º Os membros do GIBDA serão nomeados em sua reunião de instalação;

§ 3º Os conflitos no âmbito do GIBDA são sanados por decisão da Anatel.

Art. 42.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 42. Entidades Representantes, Entidade Supervisora e Grupos com PMS em Mercado de Atacado devem estabelecer, no âmbito do GIBDA, uma metodologia de acompanhamento do gerenciamento das Ofertas previstas neste Regulamento.

Parágrafo único. A metodologia deverá ser homologada pela Anatel, que poderá exigir alterações que visem à adequação aos objetivos deste Plano.

Art. 43.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 43. São atribuições do GIBDA, dentre outras:

I – A coordenação, a definição, a elaboração de cronograma detalhado de atividades e o acompanhamento da implantação das BDA e da Entidade Supervisora;

II – A padronização dos aspectos técnicos, operacionais e de interface visual das BDA;

III – A padronização da metodologia de acompanhamento do gerenciamento das Ofertas previstas neste Plano;

IV – Avaliação e divulgação das fases de implementação das BDA e da

Entidade Supervisora;

V – Especificação das características das BDA;

VI – Coordenação dos processos e oferta de subsídios que permitam à Anatel dirimir eventuais conflitos que venham a ocorrer nos procedimentos relacionados à implementação das BDA.

Art. 44.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Justificativa:

Art. 44. A implementação das Bases de Dados de Atacado será dividida em 3 (três) fases consecutivas:

I - Fase 1: Planejamento e Desenvolvimento;

II - Fase 2: Validação;

III - Fase 3: Ativação Plena.

Parágrafo único. A coordenação de cada uma das fases cabe ao GIBDA.

Art. 45.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Justificativa:

Art. 45. A Fase 1 deve envolver as seguintes macro atividades:

I - atividade 1.1: Instalação do GIBDA

II - atividade 1.2: Planejamento das atividades relacionadas à implementação das Bases de Dados de Atacado e da Entidade Supervisora;

III - atividade 1.3: Implementação das BDA e da Entidade Supervisora;

V - atividade 1.4: Realização de testes das BDA;

VI - atividade 1.5: Preparação das redes e sistemas das prestadoras para a realização da Fase 2;

VII - atividade 1.6: avaliação e divulgação dos resultados desta fase pelo GIBDA.

Art. 46.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 46. A Fase 2 deve envolver as seguintes macro atividades:

I - validação técnico-operacional dos procedimentos relacionados às BDA entre as prestadoras e a Entidade Representante dos Grupos sem PMS;

II – elaboração do Manual Operacional das BDA;

III – preparação das redes e sistemas das prestadoras para realização da Fase 3;

IV – avaliação e divulgação dos resultados desta fase pelo GIBDA.

Art. 47.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 47. A Fase 3 corresponde à implementação plena das BDA em todo o território nacional.

Art. 48.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 48. Os períodos máximos para a conclusão de cada Fase da implementação das BDA, contados consecutivamente a partir da publicação deste Regulamento, são:

I - Fase 1 (Atividade 1.1): 30 (trinta) dias;

1.1; II - Fase 1 (Atividade 1.2): 30 (trinta) dias, a partir do término da Atividade

1.2; III - Fase 1 (Atividade 1.3): 30 (vinte) dias, a partir do término da Atividade

1.3; IV - Fase 1 (Atividade 1.4): 15 (quinze) dias, a partir do término da Atividade

1.4; V - Fase 1 (Atividade 1.5): 15 (quinze) dias, a partir do término da Atividade

VI - Fase 1 (Atividade 1.6): 7 (sete) dias, a partir do término da Atividade 1.5;

VII - Fase 2 (Validação): 45 (quarenta e cinco) dias, após o término da Fase 1;

VIII - Fase 3 (Ativação Plena): 30 (trinta) dias após o término da Fase 2.

Art. 49.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil: Suprimir o artigo 49 ou alterá-lo conforme justificativas apresentadas abaixo.

Justificativa: Está se criando uma nova hipótese de sanção administrativa não prevista na LGT. O artigo 173 da LGT, ao prever as sanções administrativas, faz menção à sua incidência no caso de violação da lei ou de normas aplicáveis ou de inobservância de deveres constantes de licença para prestação dos serviços. No caso, violações à assimetrias não cabem nestas hipóteses, pois mesmo que considerássemos o PGMC como uma das demais normas aplicáveis só se aceitaria sanção que tivesse alguma relação, ainda que indireta, com a lei. Vimos que a LGT não admite a possibilidade de assimetrias por participação no mercado, nem de tratamentos diferenciados subjetivamente. Daí que não é possível aplicar sanção pelo fato de um prestador não cumprir uma assimetria à qual pela lei não está obrigado.

Pior ainda é a segunda hipótese de sanção. Diz à proposta que o prestador pode ser punido pela conduta aberta de enviar informações que, a critério da Agência, sejam consideradas falsas, incorretas ou parciais. Mas que segundo a própria entidade que se equivocou. Não tenho lembrança de previsão de um tipo infracional que seja estabelecido a partir de uma conduta temerária dependente da interpretação da própria autoridade punitiva. Tal previsão fere o princípio da tipicidade da infração e sujeita a prestadora com PMS a uma verdadeira espada a pairar sobre sua cabeça. Algo absolutamente inadmissível em sede de direito sancionatório.

TÍTULO IX

DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Art. 49. A inobservância dos deveres e das Medidas Regulatórias Assimétricas previstas neste Plano, bem como o envio de informações que possam levar a Anatel a uma interpretação equivocada dos dados enviados pelas Prestadoras, sujeitará às sanções nos termos da lei e da regulamentação.

ANEXO I - Art. 1º.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição: Eliminar a obrigação das prestadoras detentoras de PMS para que apresentem seus custos a entidade comparadora.

Justificativa: Caso esteja a ANATEL a pretender obrigar que a prestadora apresente à entidade comparadora sua estrutura de custos, então estaremos diante de violação ao disposto no artigo 39, parágrafo único da LGT. Sim, pois se a Agência tem o dever de assegurar tratamento confidencial às informações técnicas, econômicas e financeiras, operacionais e contábeis das prestadoras, impor a elas a obrigação de franquear tais informações a terceiros

corresponderá à crassa ilegalidade.

Se a ANATEL entende necessário prover o consumidor de maior transparência quanto às ofertas das prestadoras para os serviços, ensejando aí sim efetivamente que se poderia alcançar os objetivos da competição (v.g. reversão de seus benefícios aos usuários), não há razão para não obrigar a todos os prestadores (com e sem PMS) a divulgarem suas ofertas ou de as enviarem a entidades copmparadoras. Sendo assim, por violar o disposto no artigo 127, VI, da LGT, a assimetria de tratamento consubstanciada no cotejo do Artigo 1º, caput, do Anexo I, com o seu § 8º, mostra-se ilegal.

ANEXO I

MEDIDAS REGULATÓRIAS ASSIMÉTRICAS

CAPÍTULO I

TRANSPARÊNCIA NO MERCADO DE VAREJO

Art. 1º. O Grupo com PMS em qualquer Mercado Relevante de Varejo deve fornecer informações relativas a todas suas ofertas de varejo, inclusive ofertas conjuntas, para as Entidades Comparadoras, abrangendo informações relacionadas aos planos de serviço; promoções e descontos; e custos de instalação, manutenção e de dispositivos de acesso.

§ 1º A Anatel credenciará a Entidade Comparadora para efeito de recebimento, consolidação e apresentação das ofertas de varejo com as informações fornecidas pelos Grupos.

§ 2º A Entidade Comparadora deverá atuar de forma isonômica no recebimento das informações oriundas das Prestadoras e acessível e transparente na divulgação aos usuários finais dos resultados das comparações.

§ 3º A Entidade Comparadora deverá atualizar as informações e os resultados das comparações no mínimo a cada dois meses, devendo indicar nos resultados das comparações a data da última atualização.

§ 4º O Grupo com PMS em Mercado Relevante de Varejo deve encaminhar as informações mencionadas no caput em até 30 (trinta) dias após a solicitação de acordo com a estrutura e forma estabelecidas pela Entidade Comparadora, devendo o descumprimento desse prazo ser informado à Anatel pela Entidade Comparadora.

§ 5º A Entidade Comparadora interessada deverá solicitar o credenciamento junto à Anatel, devendo apresentar projeto, incluindo a previsão de atendimento da demanda de consultas, e a estrutura e forma de solicitação das informações.

§ 6º A Anatel realizará auditorias periódicas junto à Entidade Comparadora, podendo descredenciá-la caso os critérios mencionados neste artigo não sejam atendidos.

§ 7º As Entidades Comparadoras não poderão limitar o acesso às análises comparativas por meio de cadastro prévio do consumidor ou qualquer outra exigência que restrinja ou dificulte o acesso à informação.

§ 8º O Grupo sem PMS em Mercado Relevante de Varejo pode, a seu critério, fornecer as informações mencionadas no caput para as Entidades Comparadoras, sendo

obrigatório o recebimento e a utilização dessas informações na comparação de ofertas.

§ 9º As Prestadoras de Grupos com PMS em Mercado Relevante de Varejo e a Anatel deverão, por meio de seus sítios, divulgarem *links* para acesso aos sítios das Entidades Comparadoras.

ANEXO I - Art. 2º.

CONTRIBUIR

Contribuição do SindiTeleBrasil: Reavaliar completamente as medidas assimétricas propostas, levando em conta a proporcionalidade do remédio com as imperfeições que se pretende corrigir na competição em alguns mercados relevantes. As medidas assimétricas não podem pretender aumentar os custos das empresas detentoras de PMS, muito menos obriga-las a realizar investimentos para disponibilizar uma capacidade excedente em sua rede e oferecê-la aos grupos que não possuem PMS. Por fim, também solicitamos que na revisão desse Anexo sejam consideradas as nossas argumentações contra a “tarifação” dos produtos do mercado de atacado.

Justificativa: O Anexo I apresenta uma linha de intervenção fortíssima e sem qualquer respaldo legal ao impor aos Grupos detentores de PMS o dever de realizar investimentos para beneficiar concorrentes sem PMS. Tentar enquadrar tais obrigações como previsão constante do Artigo 155 da LGT seria distorcer o que prevê o referido artigo.

Obrigar as prestadoras a destinar parte da capacidade de suas redes a solicitantes de Grupos sem PMS ou instalar PTT's em todas as áreas de registro onde ofereçam seus serviços não significa mera imposição de condições.

Essas regras possuem impacto muito mais grave: efetivamente, elas significam dizer: invistam!!! Invistam em redes para compartilhar com terceiros, sem poder de mercado, para que eles se transformem em seus competidores.

O objetivo evidente da Agência, ao sugerir essas obrigações, seria impor aos grupos com PMS o ônus de financiar a infraestrutura de telecomunicações e, posteriormente, disponibilizá-la a terceiros. A regra implica evidente transferência de recursos financeiros de determinado grupo econômico (com PMS) para outro (sem PMS). Mesmo com a devida remuneração pelo uso das redes, não há como deixar de se reconhecer a criação de um pesado ônus financeiro para os grupos com PMS em virtude da imposição desses investimentos. A regulamentação, nesse aspecto, oneraria um grupo para desonerar o outro.

Para tanto, na prática, a Agência sugere a criação de um verdadeiro dever de investir, algo similar, no sistema da LGT, a uma meta de universalização de serviços (arts. 79, § 1º e 80) ou a um compromisso de interesse da coletividade (art. 135). A LGT, todavia, não autoriza a fixação de qualquer “meta de competição”, tampouco atribui à Agência competência para impor o dever de investir, como ferramenta para incrementar a competição.

Trata-se, mais uma vez, de evidente desvio de poder regulamentar. Para buscar um fim legítimo, que seria propiciar a competição, a Agência propõe a criação de instrumento jurídico inadequado, vedado por Lei, que é a imposição de investir em favor de determinadas prestadoras.

A LGT tem como característica marcante a previsão detalhada dos mecanismos de intervenção do Poder Público na livre iniciativa dos agentes privados. Nesse sentido, criou um

sistema que supervalorizou a previsibilidade como condição para conferir segurança jurídica aos investimentos realizados no setor.

Assim, quando se admite uma intervenção mais intensa, que vise impor ônus econômicos a particulares determinados para o atendimento de fins de interesse público, a LGT o fez de maneira expressa, indicando de antemão as condições e garantias que devem ser observadas.

A LGT previu apenas duas maneiras de a Administração impor o dever de investir a determinadas prestadoras de serviços de telecomunicações. Num caso, quando houver serviço explorado em regime público, fixando metas de universalização (art.80). Noutro, se o serviço for explorado em regime privado, impondo, como condição para obtenção da respectiva autorização, a assunção de compromisso de interesse da coletividade (art.135).

Nenhuma das duas maneiras pode se aplicar aos produtos do mercado de atacado constantes da Proposta do PGMC.

Essas medidas excepcionais não se confundem com a ordinária e genérica possibilidade de mudança na regulamentação que venha a afetar a prestação do serviço como um todo e, reflexamente, produza como efeito um custo para a prestação do serviço. Mudança normativa que implique a adoção de novos parâmetros tecnológicos para melhoria da qualidade dos serviços, de sua segurança, e assim por diante, são inerentes à exploração de atividades com o grau de evolução tecnológica que possuem as telecomunicações.

Nesses casos ordinários, a novidade normativa afeta o serviço e, conseqüentemente, todos os prestadores. A mudança é geral e, por isso mesmo, é tomada como ônus da prestação do serviço. Nessa linha, a LGT deixou claro que às prestadoras de serviços em regime privado não foi assegurado o direito adquirido à manutenção das condições iniciais de prestação do serviço (art.130). Mas essa ressalva envolve apenas as condições gerais de prestação do serviço (que afetem a todos). Não se aplica para obrigação nova, de caráter especial, que atinja apenas prestadoras de serviços determinadas, impondo-lhes ônus em prol da coletividade. Para esse outro tipo de ônus, como muito está claramente previsto no art.135, a obrigação de investir (compromisso de interesse da coletividade) só pode ser lançada para condicionar a expedição da autorização.

A previsão de investimento compulsório sugerida na proposta do PGMC não se coaduna com as hipóteses de oneração de caráter ordinário e genérico. As normas propostas criariam para determinadas prestadoras (as integrantes de grupos com PMS) o ônus de construir e disponibilizar infraestrutura para proveito de terceiros. O objetivo seria o atendimento de razões de interesse coletivo, declaradamente o fomento à competição. Trata-se de uma forma intensa de dirigismo estatal, que a LGT reservou para situações especialíssimas, sempre preservando a livre disposição dos particulares em, previamente, conhecerem tal condição e avaliarem a conveniência de assumirem os respectivos ônus (seja nas metas assumidas de universalização, seja nos compromissos de interesse da coletividade).

Na proposta normativa em exame, porém, a medida recairia sobre serviços e redes em pleno funcionamento, afetando investimentos já realizados com base em determinado conjunto de regras e legítima expectativa de fruição. Os investimentos foram realizados e a infraestrutura constituída tomando como premissa a possibilidade de uso pleno por parte do proprietário; não havia qualquer previsão de que seria obrigatória a oferta de percentual mínimo dessa capacidade a terceiros. Nos termos da LGT, essa intervenção só poderia ser feita pela imposição de metas de universalização, se o serviço fosse em regime público, ou de

compromisso de interesse da coletividade, como condição prévia á obtenção da outorga, no caso de serviço em regime privado.

Aplicar a regra sobre redes já instaladas desconsideraria todo o arcabouço normativo concebido para promover a segurança jurídica. A medida traria consequências gravíssimas à previsibilidade, característica imprescindível num sistema regulatório sério. Na prática, o planejamento financeiro e operacional realizado pelas empresas seria destruído por norma posterior e específica. Pois as novas obrigações forçariam certas empresas a investir em ampliação da capacidade de suas redes, apenas para preservar o que seria por elas utilizável a partir da infraestrutura já instalada.

Abaixo transcrevemos trechos do relatório da consultoria Manesco, Ramires, Peres, Azevedo Marques sobre a questão da tarifação introduzida pela ANATEL nesta proposta de PGMC.

Mas a proposta de PGMC se supera. Não bastasse criar um sistema de preços regulados ou administrados, a proposta vai além e praticamente introduz uma regra tarifária ao determinar, em vários dispositivos, que “enquanto não forem homologadas as Ofertas de Referência” pela Agência, será obrigatória a adoção de valor correspondente a um percentual do menor preço praticado pelo prestador com PMS no varejo (60% para o Enlace Local e 80% para os Canais Lógicos), a um percentual sobre valores de referência fixados na Regulamentação de EILD (para contratação de EILD e de backhaul) ou a critérios de remuneração baseadas em peering (Interconexão Classe V).

Ora, a partir destas regras resulta incontornável que deixa de existir liberdade dos prestadores considerados detentores de PMS em fixar seus preços, pois, ainda que pratiquem preços razoáveis e ponderados, compatíveis com sua estrutura de custo, estes prestadores (I) só poderão seus preços (chamados de ofertas de referência) após a homologação da Anatel, o que pressupõe a prerrogativa de não homologação; (II) desde o advento do PGMC ficarão a depender de decisão homologatória que, inexistindo (e o histórico de celeridade da Anatel não permite imaginar que tal análise e homologação seriam prontas e imediatas), impossibilitaria sua prática; e (III) imediatamente passam a conviver com valores teto que, ainda em alguns casos fixados com referência aos preços de varejo, não tem qualquer correspondência com as bases de precificação do prestador para serviço de atacado. Inaugura o PGMC, portanto, uma verdadeira tarifação de serviços e utilidades que, a seguir-se o regime da LGT, deveriam se submeter ao regime da liberdade de preços.

Não se nega que o poder público possa, em casos específicos, introduzir regulação de preços mesmo para atividades econômicas não consideradas serviços públicos. Mas isso só é possível em casos excepcionais e mesmo assim mediante expressa previsão legal. No caso, não há expressa previsão legal, como a proposta vai contra várias disposições da lei regente do setor (LGT).

Nem se iluda, como faz o ilustre Conselheiro João Rezende, ao artigo 155 da LGT como suficiente para respaldar tal tarifação imprópria. Basta ler o artigo 155 para se notar que ele apenas prevê a possibilidade da Anatel impor aos prestadores o dever de disponibilizar suas redes aos demais prestadores, nas hipóteses e condições definidas pela Agência. Tal dispositivo tem duplo caráter prescritivo. Primeiro, introduz uma prerrogativa de exigir a abertura das redes, impedindo a recusa injustificada em compartilhá-las ou de permitir o uso pelos competidores em hipóteses em que isso se mostre essencial para desenvolver a competição. O segundo teor prescritivo é que autoriza a Anatel a estabelecer condições para que esta disponibilidade se efetive. Daí a se dizer que o dispositivo autoriza a tarifação de

preços privados, em contrariedade frontal ao artigo 129, vai um enorme abismo hermenêutico. A interpretação de que sejam tais “condições”, por mais larga que seja, nunca pode ensejar a derrogação da regra específica, explícita e objetiva que determina a liberdade de preço. Ao impor preços de forma geral e abstrata (de novo a regulação *ex ante*), a proposta retira de forma absoluta a liberdade de precificação dos prestadores com PMS. Ou seja, a hermenêutica aplicada pela Anatel, vai contra a disposição da Lei, esvaziando seu teor dispositivo. O que não é admissível. Tem-se, pois, que as tais condições que podem, à luz do artigo 155, serem fixadas pela Agência não podem se traduzir em uma regulamentação intrusiva nos preços, inclusive com tarifação porcentual sobre valores fixados pela própria Anatel (como ocorre com a exploração de backhaul no artigo 26, anexo I, da proposta de PGMC), pois tal suposta condição confronta a regra clara do artigo 129 da LGT.

Do outro lado, porém, ao criar regras de preços teto e de tarifação de serviços que não são objeto de concessão, a proposta cria uma regra marcada por dupla desigualdade. De um lado, ao obrigar que só os prestadores com PMS estão submetidos às tarifas, impropriamente determinadas, a norma leva a uma assimetria não compatível com os vetores regulatórios da LGT, como acima já demonstramos. Porém, cria uma simetria também na outra ponta, na medida em que destas tarifas, ou seja, dos descontos compulsórios impostos pela Anatel (ao menos até que sejam homologados os preços de referência, sabe-se lá quando) só irão se beneficiar os tais prestadores sem PMS. Isso viola o disposto no artigo 107 da LGT que determina que “*Os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição*”.

CAPÍTULO II

TRANSPARÊNCIA NO MERCADO DE ATACADO

Art. 2º. O Grupo com PMS em Mercado Relevante de Atacado deve dispensar a todas as Prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo tratamento isonômico e não discriminatório em suas ofertas compreendidas pelo Mercado Relevante de Atacado.

ANEXO I - Art. 3º.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil: As ofertas de Referência devem ficar restritas para os produtos e mercados relevantes aonde exista capacidade excedente. Retirar também a obrigação da homologação da proposta pela ANATEL.

Justificativa: O SindiTelebrasil já apresentou as justificativas para que sejam retiradas da proposta de PGMC todas as obrigações de investimentos e reserva de infraestrutura.

Ao se introduzir como condição para contratar que esta Oferta de Referência seja homologada pela Anatel, transforma-se *o regime de liberdade e preços* (com, óbvio, coibição de condutas abusivas ou anticoncorrentiais) no *regime de preços regulados*. Ou seja, há inversão da regra de liberdade pela regra de precificação condicionada à aprovação do regulador. Já daí, ao impor aos prestadores com PMS, como condição para contratar, que não só tenham uma Oferta de Referência, mas que esta seja previamente homologada pela ANATEL, emerge

patente a violação da regra contida no artigo 129 da LGT.

Art. 3º. Os Grupos com PMS nos Mercados Relevantes de Atacado deverão elaborar Ofertas de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado para homologação pela Superintendência responsável, após avaliação prévia da Entidade Supervisora.

I - Os Grupos detentores de PMS deverão apresentar, para avaliação prévia, suas propostas de Ofertas de Referência à Entidade Supervisora em até 90 (noventa) dias após a publicação do PGMC no DOU, devendo a Entidade Supervisora informar à Anatel no caso de descumprimento do prazo estabelecido;

II - A Entidade Supervisora deverá avaliar as Ofertas de Referência com base no Art. 7º do Anexo I deste Regulamento e submetê-las à homologação da Anatel em até 60 (sessenta) dias.

ANEXO I - Art. 4º.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil: Suprimir este artigo.

Justificativa: Já mencionada no artigo 3º.

Art. 4º. As Ofertas de Referência homologadas pela Anatel deverão ser obrigatoriamente praticadas pelos Grupos detentores de PMS.

ANEXO I - Art. 5º.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil: Alterar a redação do artigo para que ela deixe claro que as ofertas de referência só de aplicam em mercados relevantes e para produtos onde exista ociosidade na rede da detentora de PMS.

Justificativa: Já apresentada anteriormente.

Art. 5º. As Ofertas de Referência de Produtos no Mercado de Atacado devem estar disponíveis em sua versão mais atualizada nos sítios e nas Bases de Dados de Atacado dos Grupos com PMS no Mercado Relevante de Atacado, contendo, no mínimo:

- I – descrição da oferta (quantidade, localização, etc);
- II – aspectos técnicos da oferta;
- III – preços praticados;
- IV – descontos oferecidos;
- V – prazos praticados;
- VI – níveis de qualidade garantidos;

VII – contratos padrão (ou modelos de contrato).

Parágrafo único. As condições das Ofertas de Referência de Produtos no Mercado de Atacado deverão considerar, entre outros, as diferentes arquiteturas de rede dos Grupos detentores de PMS.

ANEXO I - Art. 6º.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 6º. O contrato padrão de oferta a que se refere o art. 5º, VII, deve contemplar, no mínimo, os seguintes aspectos:

- I – características técnicas;
- II – prazo de vigência do contrato;
- III – níveis de qualidade acordados, explicitando os padrões, valores e demais parâmetros necessários para sua aferição, e devendo manter semelhantes níveis de qualidade aos produtos ofertados às Prestadoras pertencentes ao Grupo detentor de PMS;
- IV – prazos, condições e procedimentos para ativação, desativação e aceitação das ofertas;
- V – prazos e procedimentos para faturamento, contestação de valores e realização de pagamentos pelos serviços prestados;
- VI – penalidades aplicáveis pelo não cumprimento do contrato;
- VII – concessão de créditos por falhas que culminem em quedas dos níveis de qualidade acordados ou por interrupção do serviço, cujas causas não sejam originadas pela Prestadora solicitante ou por motivo de força maior devidamente justificado;
- VIII – formato aplicável para troca de informações eletrônicas referentes aos valores a serem pagos a cada mês;
- IX – prazo para reparação;
- X – condições e procedimentos para a prorrogação do contrato; e
- XI – condições para a rescisão do contrato e prazo para comunicação à outra parte.

ANEXO I - Art. 7º.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 7º. Na homologação das Ofertas de Referência de Produtos no Mercado

de Atacado a Anatel observará:

I - A possibilidade de replicação das ofertas de varejo de Grupos detentores de PMS nos Mercados de Atacado pelos Grupos sem PMS nos mesmos Mercados de Atacado;

II - A orientação dos preços aos custos de oferta dos produtos de atacado;

III - O incentivo ao investimento na modernização e ampliação das infraestruturas e redes de telecomunicações, considerando prazos para recuperação dos investimentos nas mesmas; e

IV - O atendimento às disposições, critérios, prazos e limites estabelecidos neste Regulamento.

ANEXO I - Art. 8º.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 8º. A Anatel deverá se manifestar quanto à homologação da proposta de Oferta de Referência de Produto de Atacado em até 30 (trinta) dias.

Parágrafo único. Vencido o prazo estabelecido no caput, fica permitida sua comercialização nos termos da proposta de Oferta enquanto não houver homologação da Anatel.

ANEXO I - Art. 9º.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 9º. O Grupo com PMS em qualquer Mercado Relevante de Atacado deve apresentar Oferta de Referência de infraestrutura envolvendo dutos, condutos, postes e torres em toda sua área de prestação.

ANEXO I - Art. 10.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 10. Os Grupos com PMS nos Mercados Relevantes de Atacado deverão,

pelo menos a cada 6 (seis) meses, submeter para revisão suas Ofertas de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado.

§ 1º. A Entidade Supervisora deverá avaliar a revisão das Ofertas de Referência e submetê-las à homologação da Anatel em até 15 (quinze) dias.

§ 2º. A Anatel poderá a qualquer momento, de forma justificada, solicitar a revisão das Ofertas de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado, tendo o Grupo com PMS o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar a revisão à Entidade Supervisora.

ANEXO I - Art. 11.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Justificativa:

Art. 11. O Grupo com PMS em Mercado Relevante de Atacado deve disponibilizar suas Ofertas de Referência de Produtos no Mercado de Atacado na página principal do sítio na Internet de sua Prestadora responsável pela execução da oferta, bem como na sua Base de Dados de Atacado.

ANEXO I - Art. 12.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Justificativa:

Art. 12. São atribuições do Grupo com PMS no Mercado Relevante de Atacado quanto às ofertas compreendidas no *caput* do artigo 3º:

I - dimensionar, contratar, especificar, planejar e administrar os equipamentos e os sistemas necessários para o desempenho das atividades de gerenciamento e acompanhamento das ofertas;

II - executar o gerenciamento das ofertas de forma contínua e ininterrupta;

III - gerenciar e controlar o atendimento a pedidos de ofertas de atacado;

IV - garantir a troca de informações, necessárias ao atendimento dos pedidos de ofertas de atacado, com os Grupos demandantes, por meio de interfaces remotas;

V - garantir publicidade, transparência e isonomia nas ofertas de atacado, com publicidade dos preços, prazos e demais condições comerciais;

VI - prestar tratamento não discriminatório no atendimento de solicitações de outros Grupos demandantes, com o acompanhamento contínuo das práticas e resultados (seqüência, prazos, etc.);

VII - manter uma Base de Dados de Atacado;

VIII - definir as atividades e os tempos de execução para as ofertas de atacado,

considerando os prazos definidos em regulamentação.

ANEXO I - Art. 13.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil: Eliminar este artigo.

Justificativa: A proposta se supera quando o artigo 13 do Anexo I obriga o grupo com PMS a criar, na sua estrutura empresarial, unidade ou departamento com status de diretoria estatutária, com atribuição para cuidar das ofertas de serviço no atacado. Não entro no mérito de saber se tal unidade seria ou não suficiente para assegurar comportamentos corretos na Oferta de Serviços aos competidores das prestadoras com PMS. A providência parece trair um certo vezo dos tempos de prestação estatal, em que os problemas eram enfrentados com a criação de diretorias, gerencias, superintendências e quejandos, como se medidas estruturais no interior da burocracia das organizações fossem suficientes para aprimoramentos funcionais. Mas deixamos esta crítica de lado, porquanto impertinente.

O que releva aqui é que tal medida é de uma intrusividade absolutamente surpreendente. Já vimos problemas na intrusão no modo de organização dos serviços, na liberdade de contratar, na liberdade de decidir e gerir seus investimentos. Agora a intrusão ilícita alcança a estrutura da empresa prestadora de serviços de telecomunicações, atingindo o âmago da liberdade empresarial na medida em que não se contenta em determinar a criação de uma diretoria, mas dá-lhe o status de estatutária, impondo via reflexa um dever não apenas a prestadora, mas aos seus acionistas.

Não há qualquer possibilidade de encontrarmos na LGT permissivo para tal intervenção. Desnecessário repetir, uma vez mais, os dispositivos legais que asseguram que no setor a liberdade é a regra, que vale o princípio da livre iniciativa e outros tantos.

Art. 13. O Grupo com PMS em Mercado Relevante de Atacado deverá criar unidade ou departamento, com status de diretoria estabelecida em estatuto ou contrato social, responsável, exclusivamente, por todos os processos de atendimento, comercialização e entrega dos produtos referentes às Oferta de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado a que se refere o caput do art. 3º.

§ 1º O atendimento aos Grupos demandantes deverá ser realizado exclusivamente pela diretoria a que se refere o *caput*, de forma eficiente e tempestiva, devendo o Grupo com PMS ofertante divulgar os meios de contato com a diretoria na página principal do sítio na Internet de sua Prestadora responsável pela execução da oferta, e devendo estes meios de contato compreender, no mínimo, número(s) de telefone, correio(s) eletrônico(s) e endereço de correspondência.

§ 2º Enquanto não for possível atualizar o estatuto ou contrato social para a inclusão da diretoria a que se refere o *caput*, o Grupo com PMS deverá criá-la ou formalizá-la por meio de deliberação de seu Conselho de Administração em até 3 (três) meses após a publicação oficial deste Plano.

ANEXO I - Art. 14.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 14. O Grupo com PMS em Mercado Relevante de Atacado deve desenvolver uma Base de Dados de Atacado (BDA) com acesso remoto e atualizada em tempo real, que contenha mecanismos de controle e acompanhamento sequencial da fila de pedidos feitos pelos Grupos demandantes das ofertas a que se refere o caput do art. 3º, incluindo os pedidos de Prestadoras pertencentes ao próprio Grupo com PMS, bem como os pedidos internos da própria prestadora ofertante.

§ 1º A Base de Dados de Atacado deverá estar disponível para acesso e visualização na página principal do sítio na Internet da Prestadora do Grupo com PMS responsável pela execução da oferta.

§ 2º Todas as ofertas deverão ser disponibilizadas na Base de Dados de Atacado e estar associadas a um código ou número correspondente.

§ 3º Todos os pedidos deverão ser incluídos na Base de Dados de Atacado na ordem cronológica de sua solicitação e deverão ganhar um número correspondente a esta ordem cronológica para que os Grupos demandantes acompanhem sua execução.

§ 4º A Base de Dados de Atacado deverá conter, no mínimo, informações acerca do título e da descrição da oferta, do nome da Prestadora demandante, da identificação se a Prestadora solicitante pertence ao Grupo ofertante ou não, do(s) município(s) de origem e de destino abrangidos no pedido, da data de solicitação, da situação ou status do pedido, da data de conclusão ou instalação da oferta e da posição sequencial do pedido na fila, além de informação do preço praticado.

§ 5º A Base de Dados de Atacado deverá ser visualizada pelos membros da Comissão de Composição de Conflitos, da Anatel, e por todas as prestadoras demandantes, para que os mesmos tenham condições de auditar o atendimento de seus pedidos, confrontando com a posição de pedidos de outros Grupos demandantes das ofertas de atacado.

§ 6º Nenhuma comercialização de produtos no Mercado de Atacado poderá ser realizada sem que a operação de oferta e demanda esteja registrada na Base de Dados de Atacado, incluindo aquela efetuada por Prestadora pertencente ao Grupo com PMS.

§ 7º A Base de Dados de Atacado será padronizada pelo GIBDA e deverá estar em funcionamento em até 7 (sete) meses após a publicação oficial deste Plano.

ANEXO I - Art. 15.

CONTRIBUIR

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 15. As informações integrais da Base de Dados de Atacado, contendo inclusive os preços praticados, devem ser preservadas pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, e

quando requisitado pela Anatel, o Grupo com PMS em Mercado Relevante de Atacado deve disponibilizar estas informações, por meio eletrônico ou impresso, em prazo não superior a 3 (três) dias.

ANEXO I - Art. 16.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 16. O Grupo com PMS no Mercado Relevante de Atacado é responsável pelos custos de implementação e manutenção da Base de Dados de Atacado, e também pelo conteúdo e prazos de disponibilidade dos recursos associados às ofertas perante a Anatel.

ANEXO I - Art. 17.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 17. É responsabilidade do Grupo com PMS no Mercado Relevante de Atacado comunicar as falhas e dificuldades verificadas no gerenciamento das ofertas à Anatel.

ANEXO I - Art. 18.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

CAPÍTULO III

OFERTA DE INFRAESTRUTURA E ACESSO EM COMUNICAÇÃO DE DADOS EM REDES FIXAS

Art. 18. O Grupo com PMS no Mercado Relevante de Atacado de Infraestrutura e Acesso em Comunicação de Dados em Redes Fixas deve:

I - Apresentar Ofertas de Referência de Desagregação de Canais Lógicos (*bitstream*), de Desagregação Plena do Enlace Local (*Full Unbundling*), e de acesso a elementos de infraestrutura passiva (dutos, condutos, postes e torres), nos termos do Art. 3º do Anexo I;

II - Divulgar e manter atualizadas em seu sítio na Internet, as Ofertas de Referência que devem conter de forma evidenciada, as informações técnicas e comerciais necessárias à operacionalização da desagregação de Canais Lógicos, incluindo o Contrato de Desagregação, o Contrato de Co-localização e o Manual de Procedimentos Operacionais;

III - Enviar, quando solicitado pela Anatel, cópia dos contratos de desagregação celebrados, a relação de todos os canais lógicos desagregados, discriminados por localidade e a prestadora atendida; e a relação dos pedidos de desagregação em andamento, indicando a situação de atendimento.

Parágrafo único. A Oferta Referência de Desagregação de Canais Lógicos (*bitstream*) e Desagregação Plena do Enlace Local (*Full Unbundling*) deverá prever alternativas tecnológicas que possibilitem o compartilhamento da Rede de Acesso entre mais de um Grupo.

ANEXO I - Art. 19.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 19. O Grupo com PMS deve firmar o Contrato de Desagregação em até 15 (quinze) dias corridos, contados da solicitação, observadas as condições estabelecidas no Capítulo III deste Plano.

§ 1º A data de formalização do pedido deve ser comprovada pela prestadora solicitante por meio de registro de recebimento, devendo o atendimento observar a ordem cronológica dos pedidos.

§ 2º O Grupo com PMS deve efetivar a desagregação no prazo máximo de 3 (três) dias úteis, contados da assinatura do Contrato de Desagregação.

§ 3º Os prazos acima podem ser alterados desde que livremente acordados por ambas as partes.

ANEXO I - Art. 20.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil: Solicitamos a alteração ou a supressão do artigo, função de nossa total discordância quanto a fixação cautelar de preços para os prestadores considerados detentores de PMS.

Justificativas:

O dispositivo constante deste artigo introduz a perspectivas de preços controlados ou mesmo de tarifação para a remuneração de serviços e utilidades não submetidas ao regime público de prestação.

O PGMC em discussão prevê um mecanismo especial, dentro da Agência, para dirimir controvérsias entre empresas com PMS e empresas sem PMS. Seria criado um órgão

colegiado com essa função específica, além de procedimento próprio para solucionar tais conflitos.

Esse “valor de referência”, embora tenha recebido essa alcunha e venha posto como uma medida de caráter acautelatório, aplicável apenas nas hipóteses de dissensos entre empresas com e sem PMS, possui natureza jurídica muito mais contundente. Trata-se de clara tarifação desses insumos.

A indicação prévia, em regulamento, de um preço que será observado em toda e qualquer situação de ausência de acordo traz como consequência prática a criação de um “teto remuneratório”. De fato, nenhuma empresa aceitará pagar mais do que o tal “valor de referência” posto na regulamentação. As negociações quanto a preço, portanto, ficam restritas à redução desse valor. A possibilidade de se cobrar mais do que o prefixado, efetivamente, deixaria de existir, porque as empresas sem PMS poderão sempre recorrer ao procedimento de solução de conflitos e obter, como medida cautelar automática, o direito de fruição do bem ou serviço pelo tal “valor de referência”.

O sistema concebido, portanto, na verdade corresponde a uma forma de tarifação na qual é fixado um valor teto para o serviço (*price cap*). É um modelo de intervenção estatal na liberdade de fixação de preços semelhantes ao que vigora nas concessões de STFC.

Com o valor de referência para serviços ofertados no atacado funcionaria lógica semelhante aos Planos Básicos do Serviço Telefônico Fixo Comutado, que é prestado no Regime Público. Os valores de referencia do atacado ocupariam o papel de um Plano Básico para os produtos definidos para o mercado de atacado, propiciando apenas que as operadoras com PMS ofertassem planos alternativos s prestadoras sem PMS, que só poderiam ter condições ainda mais favoráveis às empresas que não detém PMS.

Há, todavia, uma diferença jurídica fundamental entre uma situação e outra. É que esse sistema de controle de preços é admitido expressamente em Lei para os serviços de telecomunicações prestados em regime público, como é o caso do STFC. Nesse caso, incide o regime tarifário sobre a contraprestação que as prestadoras cobram de seus usuários (arts 103 e ss. da LGT). A mesma Lei, contudo, assegura a liberdade de preços para a exploração de serviços em regime privado (art.129 da LGT), regime jurídico aplicável aos serviços ofertados no chamado mercado de atacado.

Não cabe a Agencia estabelecer qualquer mecanismo de controle prévio, via regulamentação, sobre o preço de serviços prestados em regime privado. O que a Lei autoriza é a repressão de eventuais abusos, nos termos da legislação própria. Vale dizer, nessa seara, o controle estatal só é feito *posteriormente*, se houver abuso na fixação dos preços que, por opção legal, são livres. A legislação não permite, como já dito, a fixação prévia em regulamento de um valor de referência, de teto remuneratório, de tarifa ou de qualquer fórmula para controlar previamente o preço cobrado de serviços prestados em regime privado.

A fixação dos tais valores de referência, para aplicação automática, sempre que houver conflito entre operadoras com e sem PMS, viola essa prescrição legal. Na prática, essa estipulação funciona como fixação de preços máximos, contrariando o mandamento que determina a liberdade de preço em relação aos serviços prestados em regime privado.

Além da pura e simples tarifação disfarçada de determinados serviços, a proposta de PGMC também lança ouro mecanismo que viola frontalmente a liberdade consagrada no art. 129 da

LGT. Trata-se da necessidade de prévia homologação dos preços de determinados insumos imposta aos Grupos com PMS.

Adicionalmente, a homologação de preços é ferramenta exclusiva do regime tarifário. Apenas nesse ambiente de intensa intervenção estatal é que a empresa deve sujeitar os valores que serão cobrados pelos seus serviços à prévia homologação. Na prática, nesse sistema, quem fixa os valores é quem os homologa, ou seja, o poder concedente. Esse sistema é legalmente previsto para as tarifas, vale dizer, para controlar a prestação de serviços em regime público.

Entretanto, não há o menor respaldo legal para a Agência impor, a qualquer prestadora de serviços de telecomunicações (com ou sem PMS), a homologação prévia de preços de serviços prestados no regime privado. *A LGT assegura a liberdade de preços. Preços livres não precisam de homologação prévia.* A prestadora recebeu da lei liberdade para fixar e aplicar seus preços. A sujeição de determinadas ofertas à prévia homologação da Agência é violação clara dessa garantia fixada expressamente pela LGT.

Isso não significa dizer, por óbvio, que a Agência não possa intervir em casos de preços abusivos. É claro que pode e deve fazê-lo. Mas a intervenção admitida em lei não é prévia, a se operar por intermédio da homologação de preço ofertado. Essa prerrogativa de controle prévio só foi outorgada à Administração em relação as tarifas (contraprestação de serviços prestados em regime público). Sobre os preços o que deve existir é controle posterior (repressão), se e quando houver abuso que lese o consumidor ou a livre concorrência (art.129, *in fine*).

Art. 20. Enquanto não forem homologadas as Ofertas de Referência de Desagregação de Canais Lógicos, em composição de conflitos envolvendo essas ofertas a Anatel utilizará, cautelarmente, como valor de referência 80% (oitenta por cento) do menor preço praticado no varejo pelo próprio Grupo detentor de PMS no Mercado de Acesso em Comunicação de Dados em Redes Fixas.

ANEXO I - Art. 21.

[CONTRIBUIR](#)

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil: Solicitamos a alteração ou a supressão do artigo, função de nossa total discordância quanto a fixação cautelar de preços para os prestadores considerados detentores de PMS.

Justificativas:

O dispositivo constante deste artigo introduz a perspectivas de preços controlados ou mesmo de tarifação para a remuneração de serviços e utilidades não submetidas ao regime público de prestação.

O PGMC em discussão prevê um mecanismo especial, dentro da Agência, para dirimir controvérsias entre empresas com PMS e empresas sem PMS. Seria criado um órgão colegiado com essa função específica, além de procedimento próprio para solucionar tais conflitos.

Esse “valor de referência”, embora tenha recebido essa alcunha e venha posto como uma medida de caráter acautelatório, aplicável apenas nas hipóteses de dissensos entre empresas com e sem PMS, possui natureza jurídica muito mais contundente. Trata-se de clara tarifação desses insumos.

A indicação prévia, em regulamento, de um preço que será observado em toda e qualquer situação de ausência de acordo traz como consequência prática a criação de um “teto remuneratório”. De fato, nenhuma empresa aceitará pagar mais do que o tal “valor de referência” posto na regulamentação. As negociações quanto a preço, portanto, ficam restritas à redução desse valor. A possibilidade de se cobrar mais do que o prefixado, efetivamente, deixaria de existir, porque as empresas sem PMS poderão sempre recorrer ao procedimento de solução de conflitos e obter, como medida cautelar automática, o direito de fruição do bem ou serviço pelo tal “valor de referência”.

O sistema concebido, portanto, na verdade corresponde a uma forma de tarifação na qual é fixado um valor teto para o serviço (*price cap*). É um modelo de intervenção estatal na liberdade de fixação de preços semelhantes ao que vigora nas concessões de STFC.

Com o valor de referência para serviços ofertados no atacado funcionaria lógica semelhante aos Planos Básicos do Serviço Telefônico Fixo Comutado, que é prestado no Regime Público. Os valores de referência do atacado ocupariam o papel de um Plano Básico para os produtos definidos para o mercado de atacado, propiciando apenas que as operadoras com PMS ofertassem planos alternativos s prestadoras sem PMS, que só poderiam ter condições ainda mais favoráveis às empresas que não detém PMS.

Há, todavia, uma diferença jurídica fundamental entre uma situação e outra. É que esse sistema de controle de preços é admitido expressamente em Lei para os serviços de telecomunicações prestados em regime público, como é o caso do STFC. Nesse caso, incide o regime tarifário sobre a contraprestação que as prestadoras cobram de seus usuários (arts 103 e ss. da LGT). A mesma Lei, contudo, assegura a liberdade de preços para a exploração de serviços em regime privado (art.129 da LGT), regime jurídico aplicável aos serviços ofertados no chamado mercado de atacado.

Não cabe a Agencia estabelecer qualquer mecanismo de controle prévio, via regulamentação, sobre o preço de serviços prestados em regime privado. O que a Lei autoriza é a repressão de eventuais abusos, nos termos da legislação própria. Vale dizer, nessa seara, o controle estatal só é feito *posteriormente*, se houver abuso na fixação dos preços que, por opção legal, são livres. A legislação não permite, como já dito, a fixação prévia em regulamento de um valor de referência, de teto remuneratório, de tarifa ou de qualquer fórmula para controlar previamente o preço cobrado de serviços prestados em regime privado.

A fixação dos tais valores de referência, para aplicação automática, sempre que houver conflito entre operadoras com e sem PMS, viola essa prescrição legal. Na prática, essa estipulação funciona como fixação de preços máximos, contrariando o mandamento que determina a liberdade de preço em relação aos serviços prestados em regime privado.

Além da pura e simples tarifação disfarçada de determinados serviços, a proposta de PGMC também lança ouro mecanismo que viola frontalmente a liberdade consagrada no art. 129 da LGT. Trata-se da necessidade de prévia homologação dos preços de determinados insumos imposta aos Grupos com PMS.

Adicionalmente, a homologação de preços é ferramenta exclusiva do regime tarifário. Apenas nesse ambiente de intensa intervenção estatal é que a empresa deve sujeitar os valores que serão cobrados pelos seus serviços à prévia homologação. Na prática, nesse sistema, quem fixa os valores é quem os homologa, ou seja, o poder concedente. Esse sistema é legalmente previsto para as tarifas, vale dizer, para controlar a prestação de serviços em regime público.

Entretanto, não há o menor respaldo legal para a Agência impor, a qualquer prestadora de serviços de telecomunicações (com ou sem PMS), a homologação prévia de preços de serviços prestados no regime privado. *A LGT assegura a liberdade de preços. Preços livres não precisam de homologação prévia.* A prestadora recebeu da lei liberdade para fixar e aplicar seus preços. A sujeição de determinadas ofertas à prévia homologação da Agência é violação clara dessa garantia fixada expressamente pela LGT.

Isso não significa dizer, por óbvio, que a Agência não possa intervir em casos de preços abusivos. É claro que pode e deve fazê-lo. Mas a intervenção admitida em lei não é prévia, a se operar por intermédio da homologação de preço ofertado. Essa prerrogativa de controle prévio só foi outorgada à Administração em relação as tarifas (contraprestação de serviços prestados em regime público). Sobre os preços o que deve existir é controle posterior (repressão), se e quando houver abuso que lese o consumidor ou a livre concorrência (art.129, *in fine*).

Art. 21. Enquanto não forem homologadas as Ofertas de Referência Desagregação Plena do Enlace Local, em composição de conflitos envolvendo essas ofertas a Anatel utilizará, cautelarmente, como valor de referência 60% (sessenta por cento) do menor preço praticado no varejo pelo próprio Grupo detentor de PMS no Mercado de Acesso em Comunicação de Dados em Redes Fixas.

ANEXO I - Art. 22.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil: Suprimir ou alterar este artigo

Justificativa: Já apresentada no início deste anexo.

Art. 22. O Grupo com PMS deverá arcar com todos os custos relativos à adaptação de sua rede para permitir a implementação da Desagregação de Canais Lógicos e da Desagregação Plena do Enlace Local.

ANEXO I - Art. 23.

[CONTRIBUIR](#)

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil: Solicitamos a alteração ou a supressão do artigo, função de nossa total discordância quanto a fixação cautelar de preços para os prestadores considerados detentores de PMS.

Justificativas:

O dispositivo constante deste artigo introduz a perspectivas de preços controlados ou mesmo de tarifação para a remuneração de serviços e utilidades não submetidas ao regime público de prestação.

O PGMC em discussão prevê um mecanismo especial, dentro da Agência, para dirimir controvérsias entre empresas com PMS e empresas sem PMS. Seria criado um órgão colegiado com essa função específica, além de procedimento próprio para solucionar tais conflitos.

Esse “valor de referência”, embora tenha recebido essa alcunha e venha posto como uma medida de caráter acautelatório, aplicável apenas nas hipóteses de dissensos entre empresas com e sem PMS, possui natureza jurídica muito mais contundente. Trata-se de clara tarifação desses insumos.

A indicação prévia, em regulamento, de um preço que será observado em toda e qualquer situação de ausência de acordo traz como consequência prática a criação de um “teto remuneratório”. De fato, nenhuma empresa aceitará pagar mais do que o tal “valor de referência” posto na regulamentação. As negociações quanto a preço, portanto, ficam restritas à redução desse valor. A possibilidade de se cobrar mais do que o prefixado, efetivamente, deixaria de existir, porque as empresas sem PMS poderão sempre recorrer ao procedimento de solução de conflitos e obter, como medida cautelar automática, o direito de fruição do bem ou serviço pelo tal “valor de referência”.

O sistema concebido, portanto, na verdade corresponde a uma forma de tarifação na qual é fixado um valor teto para o serviço (*price cap*). É um modelo de intervenção estatal na liberdade de fixação de preços semelhantes ao que vigora nas concessões de STFC.

Com o valor de referência para serviços ofertados no atacado funcionaria lógica semelhante aos Planos Básicos do Serviço Telefônico Fixo Comutado, que é prestado no Regime Público. Os valores de referencia do atacado ocupariam o papel de um Plano Básico para os produtos definidos para o mercado de atacado, propiciando apenas que as operadoras com PMS ofertassem planos alternativos s prestadoras sem PMS, que só poderiam ter condições ainda mais favoráveis às empresas que não detém PMS.

Há, todavia, uma diferença jurídica fundamental entre uma situação e outra. É que esse sistema de controle de preços é admitido expressamente em Lei para os serviços de telecomunicações prestados em regime público, como é o caso do STFC. Nesse caso, incide o regime tarifário sobre a contraprestação que as prestadoras cobram de seus usuários (arts 103 e ss. da LGT). A mesma Lei, contudo, assegura a liberdade de preços para a exploração de serviços em regime privado (art.129 da LGT), regime jurídico aplicável aos serviços ofertados no chamado mercado de atacado.

Não cabe a Agencia estabelecer qualquer mecanismo de controle prévio, via regulamentação, sobre o preço de serviços prestados em regime privado. O que a Lei autoriza é a repressão de eventuais abusos, nos termos da legislação própria. Vale dizer, nessa seara, o controle estatal só é feito *posteriormente*, se houver abuso na fixação dos preços que, por opção legal, são livres. A legislação não permite, como já dito, a fixação prévia em regulamento de um valor de referência, de teto remuneratório, de tarifa ou de qualquer fórmula para controlar previamente o preço cobrado de serviços prestados em regime privado.

A fixação dos tais valores de referência, para aplicação automática, sempre que houver conflito entre operadoras com e sem PMS, viola essa prescrição legal. Na prática, essa estipulação funciona como fixação de preços máximos, contrariando o mandamento que determina a liberdade de preço em relação aos serviços prestados em regime privado.

Além da pura e simples tarifação disfarçada de determinados serviços, a proposta de PGMC também lança outro mecanismo que viola frontalmente a liberdade consagrada no art. 129 da LGT. Trata-se da necessidade de prévia homologação dos preços de determinados insumos imposta aos Grupos com PMS.

Adicionalmente, a homologação de preços é ferramenta exclusiva do regime tarifário. Apenas nesse ambiente de intensa intervenção estatal é que a empresa deve sujeitar os valores que serão cobrados pelos seus serviços à prévia homologação. Na prática, nesse sistema, quem fixa os valores é quem os homologa, ou seja, o poder concedente. Esse sistema é legalmente previsto para as tarifas, vale dizer, para controlar a prestação de serviços em regime público.

Entretanto, não há o menor respaldo legal para a Agência impor, a qualquer prestadora de serviços de telecomunicações (com ou sem PMS), a homologação prévia de preços de serviços prestados no regime privado. *A LGT assegura a liberdade de preços. Preços livres não precisam de homologação prévia.* A prestadora recebeu da lei liberdade para fixar e aplicar seus preços. A sujeição de determinadas ofertas à prévia homologação da Agência é violação clara dessa garantia fixada expressamente pela LGT.

Isso não significa dizer, por óbvio, que a Agência não possa intervir em casos de preços abusivos. É claro que pode e deve fazê-lo. Mas a intervenção admitida em lei não é prévia, a se operar por intermédio da homologação de preço ofertado. Essa prerrogativa de controle prévio só foi outorgada à Administração em relação as tarifas (contraprestação de serviços prestados em regime público). Sobre os preços o que deve existir é controle posterior (repressão), se e quando houver abuso que lese o consumidor ou a livre concorrência (art.129, *in fine*).

Art. 23. Enquanto não forem homologadas suas Ofertas de Referência, o Grupo com PMS no Mercado Relevante de Atacado de Infraestrutura e Acesso em Comunicação de Dados em Redes Fixas deve garantir aos Grupos sem PMS o atendimento de solicitações que correspondam a 20% (vinte por cento) da sua capacidade física dos elementos de que trata o regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura entre Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 274, de 5/09/2001.

ANEXO I - Art. 24.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Justificativa:

Art. 24. O Grupo sem PMS é o responsável pelos custos de comercialização e atendimento do Usuário na condição de Desagregação de Canais Lógicos e da Desagregação

Plena do Enlace Local.

ANEXO I - Art. 25.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil: Suprimir inteiramente este artigo.

Justificativa: Já apresentada no início deste anexo.

CAPÍTULO IV

OFERTA DE INFRAESTRUTURA E REDES DE TRANSPORTE

Art. 25. O Grupo com PMS no Mercado Relevante de Atacado de Infraestrutura e Rede de Transporte deve apresentar Ofertas de Referência de Exploração Industrial de Linhas Dedicadas, de exploração de *backhaul*, de Interconexão (Classe V), e de capacidade física dos elementos de infraestruturas passiva (dutos, condutos, postes e torres), nos termos do da regulamentação vigente e do Art. 3º do Anexo I.

ANEXO I - Art. 26.

[CONTRIBUIR](#)

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil: Solicitamos a alteração ou a supressão do artigo, função de nossa total discordância quanto a fixação cautelar de preços para os prestadores considerados detentores de PMS.

Justificativas:

O dispositivo constante deste artigo introduz a perspectivas de preços controlados ou mesmo de tarifação para a remuneração de serviços e utilidades não submetidas ao regime público de prestação.

O PGMC em discussão prevê um mecanismo especial, dentro da Agência, para dirimir controvérsias entre empresas com PMS e empresas sem PMS. Seria criado um órgão colegiado com essa função específica, além de procedimento próprio para solucionar tais conflitos.

Esse “valor de referência”, embora tenha recebido essa alcunha e venha posto como uma medida de caráter acautelatório, aplicável apenas nas hipóteses de dissensos entre empresas com e sem PMS, possui natureza jurídica muito mais contundente. Trata-se de clara tarifação desses insumos.

A indicação prévia, em regulamento, de um preço que será observado em toda e qualquer situação de ausência de acordo traz como consequência prática a criação de um “teto remuneratório”. De fato, nenhuma empresa aceitará pagar mais do que o tal “valor de referência” posto na regulamentação. As negociações quanto a preço, portanto, ficam restritas à redução desse valor. A possibilidade de se cobrar mais do que o prefixado, efetivamente, deixaria de existir, porque as empresas sem PMS poderão sempre recorrer ao procedimento

de solução de conflitos e obter, como medida cautelar automática, o direito de fruição do bem ou serviço pelo tal “valor de referência”.

O sistema concebido, portanto, na verdade corresponde a uma forma de tarifação na qual é fixado um valor teto para o serviço (*price cap*). É um modelo de intervenção estatal na liberdade de fixação de preços semelhantes ao que vigora nas concessões de STFC.

Com o valor de referência para serviços ofertados no atacado funcionaria lógica semelhante aos Planos Básicos do Serviço Telefônico Fixo Comutado, que é prestado no Regime Público. Os valores de referência do atacado ocupariam o papel de um Plano Básico para os produtos definidos para o mercado de atacado, propiciando apenas que as operadoras com PMS ofertassem planos alternativos s prestadoras sem PMS, que só poderiam ter condições ainda mais favoráveis às empresas que não detém PMS.

Há, todavia, uma diferença jurídica fundamental entre uma situação e outra. É que esse sistema de controle de preços é admitido expressamente em Lei para os serviços de telecomunicações prestados em regime público, como é o caso do STFC. Nesse caso, incide o regime tarifário sobre a contraprestação que as prestadoras cobram de seus usuários (arts 103 e ss. da LGT). A mesma Lei, contudo, assegura a liberdade de preços para a exploração de serviços em regime privado (art.129 da LGT), regime jurídico aplicável aos serviços ofertados no chamado mercado de atacado.

Não cabe a Agência estabelecer qualquer mecanismo de controle prévio, via regulamentação, sobre o preço de serviços prestados em regime privado. O que a Lei autoriza é a repressão de eventuais abusos, nos termos da legislação própria. Vale dizer, nessa seara, o controle estatal só é feito *posteriormente*, se houver abuso na fixação dos preços que, por opção legal, são livres. A legislação não permite, como já dito, a fixação prévia em regulamento de um valor de referência, de teto remuneratório, de tarifa ou de qualquer fórmula para controlar previamente o preço cobrado de serviços prestados em regime privado.

A fixação dos tais valores de referência, para aplicação automática, sempre que houver conflito entre operadoras com e sem PMS, viola essa prescrição legal. Na prática, essa estipulação funciona como fixação de preços máximos, contrariando o mandamento que determina a liberdade de preço em relação aos serviços prestados em regime privado.

Além da pura e simples tarifação disfarçada de determinados serviços, a proposta de PGMC também lança ouro mecanismo que viola frontalmente a liberdade consagrada no art. 129 da LGT. Trata-se da necessidade de prévia homologação dos preços de determinados insumos imposta aos Grupos com PMS.

Adicionalmente, a homologação de preços é ferramenta exclusiva do regime tarifário. Apenas nesse ambiente de intensa intervenção estatal é que a empresa deve sujeitar os valores que serão cobrados pelos seus serviços à prévia homologação. Na prática, nesse sistema, quem fixa os valores é quem os homologa, ou seja, o poder concedente. Esse sistema é legalmente previsto para as tarifas, vale dizer, para controlar a prestação de serviços em regime público.

Entretanto, não há o menor respaldo legal para a Agência impor, a qualquer prestadora de serviços de telecomunicações (com ou sem PMS), a homologação prévia de preços de serviços prestados no regime privado. *A LGT assegura a liberdade de preços. Preços livres não precisam de homologação prévia.* A prestadora recebeu da lei liberdade para fixar e

aplicar seus preços. A sujeição de determinadas ofertas à prévia homologação da Agência é violação clara dessa garantia fixada expressamente pela LGT.

Isso não significa dizer, por óbvio, que a Agência não possa intervir em casos de preços abusivos. É claro que pode e deve fazê-lo. Mas a intervenção admitida em lei não é prévia, a se operar por intermédio da homologação de preço ofertado. Essa prerrogativa de controle prévio só foi outorgada à Administração em relação as tarifas (contraprestação de serviços prestados em regime público). Sobre os preços o que deve existir é controle posterior (repressão), se e quando houver abuso que lese o consumidor ou a livre concorrência (art.129, *in fine*).

Art. 26. Enquanto não forem homologadas as Ofertas de Referência de EILD e de exploração de *backhaul*, em composição de conflitos envolvendo essas ofertas por parte de Grupos com PMS no Mercado Relevante de Atacado de Infraestrutura e Rede de Transporte a Anatel utilizará como valor de referência 80% (oitenta por cento) dos valores de referência estabelecidos pela Anatel, nos termos do Art. 37 do Anexo à Resolução 402, de 27/04/2005.

ANEXO I - Art. 27.

[CONTRIBUIR](#)

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil: Solicitamos a alteração ou a supressão do artigo, função de nossa total discordância quanto a fixação cautelar de preços para os prestadores considerados detentores de PMS.

Justificativas:

O dispositivo constante deste artigo introduz a perspectivas de preços controlados ou mesmo de tarifação para a remuneração de serviços e utilidades não submetidas ao regime público de prestação.

O PGMC em discussão prevê um mecanismo especial, dentro da Agência, para dirimir controvérsias entre empresas com PMS e empresas sem PMS. Seria criado um órgão colegiado com essa função específica, além de procedimento próprio para solucionar tais conflitos.

Esse “valor de referência”, embora tenha recebido essa alcunha e venha posto como uma medida de caráter acautelatório, aplicável apenas nas hipóteses de dissensos entre empresas com e sem PMS, possui natureza jurídica muito mais contundente. Trata-se de clara tarifação desses insumos.

A indicação prévia, em regulamento, de um preço que será observado em toda e qualquer situação de ausência de acordo traz como consequência prática a criação de um “teto remuneratório”. De fato, nenhuma empresa aceitará pagar mais do que o tal “valor de referência” posto na regulamentação. As negociações quanto a preço, portanto, ficam restritas à redução desse valor. A possibilidade de se cobrar mais do que o prefixado, efetivamente, deixaria de existir, porque as empresas sem PMS poderão sempre recorrer ao procedimento de solução de conflitos e obter, como medida cautelar automática, o direito de fruição do bem ou serviço pelo tal “valor de referência”.

O sistema concebido, portanto, na verdade corresponde a uma forma de tarifação na qual é fixado um valor teto para o serviço (*price cap*). É um modelo de intervenção estatal na liberdade de fixação de preços semelhantes ao que vigora nas concessões de STFC.

Com o valor de referência para serviços ofertados no atacado funcionaria lógica semelhante aos Planos Básicos do Serviço Telefônico Fixo Comutado, que é prestado no Regime Público. Os valores de referência do atacado ocupariam o papel de um Plano Básico para os produtos definidos para o mercado de atacado, propiciando apenas que as operadoras com PMS ofertassem planos alternativos s prestadoras sem PMS, que só poderiam ter condições ainda mais favoráveis às empresas que não detém PMS.

Há, todavia, uma diferença jurídica fundamental entre uma situação e outra. É que esse sistema de controle de preços é admitido expressamente em Lei para os serviços de telecomunicações prestados em regime público, como é o caso do STFC. Nesse caso, incide o regime tarifário sobre a contraprestação que as prestadoras cobram de seus usuários (arts 103 e ss. da LGT). A mesma Lei, contudo, assegura a liberdade de preços para a exploração de serviços em regime privado (art.129 da LGT), regime jurídico aplicável aos serviços ofertados no chamado mercado de atacado.

Não cabe a Agencia estabelecer qualquer mecanismo de controle prévio, via regulamentação, sobre o preço de serviços prestados em regime privado. O que a Lei autoriza é a repressão de eventuais abusos, nos termos da legislação própria. Vale dizer, nessa seara, o controle estatal só é feito *posteriormente*, se houver abuso na fixação dos preços que, por opção legal, são livres. A legislação não permite, como já dito, a fixação prévia em regulamento de um valor de referência, de teto remuneratório, de tarifa ou de qualquer fórmula para controlar previamente o preço cobrado de serviços prestados em regime privado.

A fixação dos tais valores de referência, para aplicação automática, sempre que houver conflito entre operadoras com e sem PMS, viola essa prescrição legal. Na prática, essa estipulação funciona como fixação de preços máximos, contrariando o mandamento que determina a liberdade de preço em relação aos serviços prestados em regime privado.

Além da pura e simples tarifação disfarçada de determinados serviços, a proposta de PGMC também lança ouro mecanismo que viola frontalmente a liberdade consagrada no art. 129 da LGT. Trata-se da necessidade de prévia homologação dos preços de determinados insumos imposta aos Grupos com PMS.

Adicionalmente, a homologação de preços é ferramenta exclusiva do regime tarifário. Apenas nesse ambiente de intensa intervenção estatal é que a empresa deve sujeitar os valores que serão cobrados pelos seus serviços à prévia homologação. Na prática, nesse sistema, quem fixa os valores é quem os homologa, ou seja, o poder concedente. Esse sistema é legalmente previsto para as tarifas, vale dizer, para controlar a prestação de serviços em regime público.

Entretanto, não há o menor respaldo legal para a Agência impor, a qualquer prestadora de serviços de telecomunicações (com ou sem PMS), a homologação prévia de preços de serviços prestados no regime privado. *A LGT assegura a liberdade de preços. Preços livres não precisam de homologação prévia.* A prestadora recebeu da lei liberdade para fixar e aplicar seus preços. A sujeição de determinadas ofertas à prévia homologação da Agência é violação clara dessa garantia fixada expressamente pela LGT.

Isso não significa dizer, por óbvio, que a Agência não possa intervir em casos de preços abusivos. É claro que pode e deve fazê-lo. Mas a intervenção admitida em lei não é prévia, a se operar por intermédio da homologação de preço ofertado. Essa prerrogativa de controle prévio só foi outorgada à Administração em relação as tarifas (contraprestação de serviços prestados em regime público). Sobre os preços o que deve existir é controle posterior (repressão), se e quando houver abuso que lese o consumidor ou a livre concorrência (art.129, *in fine*).

Art. 27. Enquanto não forem homologadas as Ofertas de Referência de Interconexão (Classe V), em composição de conflitos envolvendo essas ofertas por parte de Grupos com PMS no Mercado Relevante de Atacado de Infraestrutura e Rede de Transporte a Anatel utilizará regras de remuneração baseadas em *peering*.

ANEXO I - Art. 28.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil: Suprimir este artigo

Justificativa: Já apresentada no início deste anexo e ao longo desta contribuição.

Art. 28. Enquanto não forem homologadas suas Ofertas de Referência, o Grupo com PMS no Mercado Relevante de Atacado de Infraestrutura e Rede de Transporte deve assegurar aos Grupos sem PMS o atendimento de solicitações que correspondam a 20% (vinte por cento) da sua capacidade física dos elementos de que trata o regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura entre Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 274, de 5/09/2001.

ANEXO I - Art. 29.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil: Suprimir este artigo

Justificativa: Já apresentada no início deste anexo e ao longo desta contribuição.

Art. 29. Enquanto não forem homologadas suas Ofertas de Referência, o Grupo com PMS no Mercado Relevante de Infraestrutura e Redes para Transporte de Longa Distância que envolva Concessionária do STFC na Modalidade Local, deve tornar disponível, mediante solicitação, o acesso a, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) da capacidade do *backhaul*, estabelecida no Plano Geral de Metas para Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado em regime público e em vigência, para outros Grupos na prestação de serviço de interesse coletivo.

ANEXO I - Art. 30.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil: Suprimir este artigo

Justificativa: Já apresentada no início deste anexo e ao longo desta contribuição.

Art. 30. O Grupo com PMS em Mercado Relevante de Infraestrutura e Redes de Transporte de Longa Distância, deverá instalar Ponto de Troca de Tráfego - PTT em cada uma das Áreas de Registro em que atua para interligação e interconexão das redes.

§ 1º O Grupo com PMS em Mercado Relevante de Infraestrutura e Redes de Transporte de Longa Distância deve realizar Interconexão Classe V, quando solicitado, para cursar tráfego originado e terminado em suas redes.

§ 2º A interligação entre um Grupo sem PMS e um Grupo com PMS em Mercado Relevante de Infraestrutura e Redes de Transporte de Longa Distância poderá cursar tráfego de trânsito entre as redes.

§ 3º A operação dos PTT deve ser aberta, nos moldes dos PTTMetro do Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI.br, devendo possibilitar neutralidade lógica dos procedimentos técnico-operacionais em curso no PTT, troca de tráfego eficiente e com alta disponibilidade.

§ 4º O Grupo com PMS em Mercado Relevante de Infraestrutura e Redes de Transporte de longa distância deve fornecer a capacidade de roteamento necessária à demanda solicitada nos PTT, devendo permitir a divulgação dos AS (*Autonomous Systems*) conectados em sua rede.

§ 5º A localização dos PTT deve seguir o direcionamento estabelecido pelo CGI.br.

§ 6º Caso uma determinada Área de Registro possua um ou mais PTTMetro do CGI.br, os Grupos com PMS em Mercado Relevante de Infraestrutura e Rede de Transporte de Longa Distância devem se conectar aos mesmos.

§ 7º Dentro das regras de remuneração na Interconexão Classe V deve necessariamente constar a possibilidade de trânsito, trânsito parcial, *peering* e *peering* secundário.

ANEXO I - Art. 31.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil: Suprimir este artigo

Justificativa: Já apresentada no início deste anexo e ao longo desta contribuição.

CAPÍTULO V OFERTA DE INTERCONEXÃO

Art. 31. O Grupo com PMS em Mercado Relevante de Interconexão em Redes Móveis deverá apresentar oferta de referência de interconexão nas Classes II, III e IV definidas no Regulamento Geral de Interconexão, nos termos do Art. 3º do Anexo I deste

Plano.

ANEXO I - Art. 32.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil: Suprimir este artigo

Justificativa: Já apresentada no início deste anexo e ao longo desta contribuição.

Art. 32. O Grupo com PMS em Mercado Relevante de Interconexão em Redes Fixas deverá apresentar oferta de referência de interconexão nas Classes I, II e III definidas no Regulamento Geral de Interconexão, nos termos do Art. 3º do Anexo I deste Plano.

ANEXO I - Art. 33.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Justificativa:

CAPÍTULO VI

OFERTA DE TV POR ASSINATURA

Art. 33. É vedada a Grupo com PMS em Mercado de oferta de TV por Assinatura de serviço de televisão por assinatura firmar acordos de negociação privilegiada e de limitações temporais na comercialização de programação, equipamentos e serviços essenciais a prestação do serviço, de modo a impedir sua aquisição por outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

ANEXO I - Art. 34.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Justificativa:

Art. 34. O Grupo com PMS em Mercado Relevante de oferta de TV por Assinatura deverá permitir a habilitação em sua rede de Unidade Receptora e Decodificadora (URD) do assinante padronizada, não exclusiva, disponível no mercado varejista e certificada pela Anatel.

ANEXO I - Art. 35.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

Justificativa:

Art. 35. O Grupo com PMS em Mercado Relevante de oferta de TV por Assinatura deverá deve apresentar Oferta de Referência de infraestrutura envolvendo dutos, condutos, postes e torres em toda sua área de prestação.

ANEXO I - Art. 36.

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTelebrasil:

O artigo 36 do Anexo I⁸⁵ contempla regra obrigando que uma Concessionária do STFC que atue em setores de mais de uma região do PGO deve atuar obrigatoriamente nas demais regiões. Nos parágrafos deste artigo se procura disciplinar como se daria esta atuação, fixando metas de coberturas dos municípios das demais regiões. Aqui verificamos dois graves problemas de legalidade.

O primeiro decorre da redação do dispositivo. Tal como proposto, sua abrangência não está limitada àquelas concessionárias que devam se submeter à regra do artigo 6º do PGO vigente (Decreto 6.654/08). Lá, especificamente no seu § 1º, encontramos que a imposição de atuação obrigatória nas outras regiões do Plano só surge caso haja transferência de concessão ou de controle de concessionária, *litteris*, "que resulte em Grupo que contenha concessionárias em Setores de mais de uma Região definida" no PGO. Ou seja, a obrigação de atuação compulsória está pelo PGO condicionada a *(i)* haver transferência de concessão ou controle de concessionária e *(ii)* de esta transferência resultar um mesmo grupo atuando **como concessionário** em setores de regiões distintas do PGO.

Da forma como vem redigido o artigo 36 da proposta ora analisada, ampliou-se o teor da obrigação, criando dever que não decorre

do PGO. Tal como está redigido, pode-se entender que a obrigação se aplicaria a Grupo que *(i)* contenha concessionária de STFC e *(ii)* atue prestando STFC em setores de outras regiões, mesmo que esta *atuação* se dê *(a)* mediante a prestação de STFC por meio de autorização ou *(b)* mediante concessão mas em outra modalidade (por exemplo em LDN). Tal leitura é possível e plausível. E, admitida tal interpretação, resulta que a norma em consulta está introduzindo nova obrigação a concessionárias que não são alcançadas pela regra do artigo 6º, § 1º, do PGO porque não postularam transferência de concessão nem de controle de concessionárias. Lembrando que tais imposições de restrições, limites ou condições só são admitidas pela LGT quando da outorga de uma licença ou quando da aprovação de transferência das mesas (artigo 71, LGT), o que não é o caso.

Mas mesmo que tomado o dispositivo como aplicável apenas a concessionárias alcançadas pela regra do PGO, a disciplina contida nos § do artigo 36 não é lícita. Certo deve estar que o PGO remeteu ao indigitado PGMC a disciplina de como deva se dar a atuação em todas as regiões do PGO. Isso, porém, não significou que o PGO deu à Anatel um salvo conduto para editar regulamentação ilícita. E a proposta que ora faz é incompatível com a LGT. Explico.

Tenha-se em mente que obrigar uma concessionária atuante em uma ou duas regiões a atuar nas demais implica impor-lhe obrigações de prestar o STFC em regime privado, pois em algum setor das demais regiões esse grupo não deterá concessão. Pois ao exigir em prazos

razoavelmente curtos (de três a sete anos) a oferta do serviço privado em número relevante de municípios (50%, 60% e 70%) certamente a Anatel está a obrigar (i) a realização de investimentos relevantes e (ii) a oferta do serviço em municípios que presumivelmente não tenham previsão de retorno econômico. Em outras palavras: se está a impor pesada obrigação de universalização dos serviços prestados em regime privado, com imposição de investimentos a serem feitos fora das obrigações intrínsecas à concessão. Ao fazê-lo, arreperia-se o disposto no artigo 66 da LGT, pois se dá preferência à oferta de serviço em regime privado, ainda que em outra região, em detrimento da prestação em regime público. Afinal, nunca é demais lembrar que a capacidade de investimento da concessionária, por maior que seja, é limitada seja pelo seu caixa, seja pela capacidade de endividamento dela e de seu grupo controlador.

Justificativa:

CAPÍTULO VII

MEDIDAS PARA GRUPOS QUE CONTENHAM CONCESSIONÁRIAS DO STFC ATUANDO EM SETORES DE MAIS DE UMA REGIÃO DO PLANO GERAL DE OUTORGAS – PGO

Art. 36. O Grupo que contenha Concessionárias do STFC atuando em setores de mais de uma Região do PGO deve atuar obrigatoriamente nas demais Regiões, em atendimento ao disposto no inciso I do § 1º do art. 6º do PGO, observado o disposto no § 5º do art. 6º do PGO.

§ 1º A atuação obrigatória mencionada no caput consiste na construção de infraestrutura e redes de transporte nas localidades sedes dos municípios das demais Regiões nas seguintes condições e prazos:

I - Municípios que correspondam a 50% (cinquenta por cento) da população das demais Regiões em até 3 (três) anos após a aprovação deste regulamento;

II - Municípios que correspondam a 60% (sessenta por cento) da população das demais Regiões, em até 5 (cinco) anos após a aprovação deste regulamento; e

III - Municípios que correspondam a 70% (setenta por cento) da população das demais Regiões, em até 7 (sete) anos após a aprovação deste regulamento.

§ 2º Para cômputo da população atendida considerar-se-á a população total do município, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 3º O Grupo deverá encaminhar anualmente a relação dos municípios atendidos.

§ 4º A Anatel acompanhará a realização dos investimentos do Grupo nas demais Regiões até o pleno atendimento do disposto neste artigo.

ANEXO II: I - Introdução

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Justificativa:

ANEXO II

DIRETRIZES METODOLÓGICAS PARA IDENTIFICAÇÃO DE MERCADO RELEVANTE E DOS GRUPOS COM PMS

I - Introdução

Nesta metodologia são apresentadas as diretrizes básicas para a identificação de Grupo econômico com PMS em Mercado Relevante considerado no PGMC.

Os passos para identificação do Grupo, conforme apresentado a seguir, são divididos sumariamente em Análise do Mercado, Caracterização das dimensões do Mercado Relevante e Análise das condições necessárias para que o grupo apresente PMS.

ANEXO II: II - Análise de Mercado

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Justificativa:

II – Análise de Mercado

Analisar se o mercado de telecomunicações proposto pode ser considerado um mercado relevante no âmbito do PGMC, objeto de regulação assimétrica *ex ante*:

1. O mercado será considerado relevante segundo os princípios usuais da lei e da regulamentação de concorrência no Brasil;
2. O mercado será considerado relevante quando apresentar barreiras à entrada estruturais elevadas e não transitórias:
 - 2.1. As barreiras estruturais elevadas existirão, no âmbito do PGMC, nos mercados onde for possível observar, alternativamente, substanciais economias de escala e/ou escopo, elevados custos afundados, custos de troca representativos, oferta restrita de capital para investimentos e vantagens do pioneiro baseadas em fortes externalidades de rede, uso de recursos escassos ou domínio exclusivo de tecnologia;
 - 2.2. Barreiras estruturais elevadas poderão não representar restrições competitivas em Mercado caracterizado por crescimento a taxas crescentes;

3. Mercado que apresente indícios claros de intensa rivalidade pode não ser enquadrado como Mercado Relevante no âmbito do PGMC;
4. O Mercado no qual o risco concorrencial pode ser tratado pela lei e regulamentação de concorrência no Brasil não será considerado relevante para efeito do PGMC;

ANEXO II: III - Caracterização das dimensões do Mercado Relevante

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Justificativa:

III - Caracterização das dimensões do Mercado Relevante

Caracterizar cada Mercado Relevante em relação às suas dimensões produto e geográfica.

A dimensão produto deverá identificar se se refere a:

1. Produto de atacado ou de varejo, conforme definição do PGMC;
2. Mercado de dois lados que, neste caso, deverá representar um único mercado para efeitos de regulação assimétrica;
3. **A dimensão produto deverá abranger produtos ou serviços substitutos para um conjunto específico de usuários ou prestadoras;**
 - 3.1. A substituição deve comportar um movimento de substituição em via de mão dupla, ou seja, não deve haver preferência do consumidor no sentido da transação, uma vez que não deve ser considerada substituta a migração definitiva do consumo de um produto para outro;
 - 3.2. O demandante deve fazer a substituição de forma habitual;
 - 3.3. A noção de substituição deve atender a, pelo menos, dois critérios: o produto substituto deve ser eficaz na realização do propósito a que se destina e não pode haver diferença significativa em seu preço relativo.
4. Na ausência de dados, a delimitação geográfica deverá ser a menor área geográfica onde seja possível avaliar o risco de exercício de poder de mercado, evitando que delimitações menos desagregadas apresentem a falsa idéia sobre uma concentração excessiva de mercado.
 - 4.1. É desnecessária a atribuição de PMS a Grupo em áreas onde a concentração de mercado tende a ser menor.
 - 4.2. A delimitação geográfica deve ser coerente com as disposições regulamentares afetas ao Mercado Relevante em questão.
5. Poderá haver áreas em que, mesmo havendo um único Grupo ofertante, as condições de mercado dêem indícios de que a demanda residual de mercado impede o exercício de poder de mercado e, portanto, sejam áreas onde não haverá regulação assimétrica.

ANEXO II: IV - Análise das condições necessárias para que o grupo apresente PMS

[CONTRIBUIR](#)

Contribuição do SindiTeleBrasil:

Justificativa:

IV – Análise das condições necessárias para que o grupo apresente PMS

Analisar as condições necessárias para que um Grupo apresente PMS, considerando ainda que Mercados relevantes cujas tendências de evolução sejam claramente decrescentes não deverão ser objetos de assimetrias para os seus detentores de PMS.

Os critérios analisados para determinação de que um Grupo apresenta PMS em certo mercado relevante serão:

1. Participação de mercado:

1.1 Este critério diz respeito à detenção de uma participação maior do que 20% do Mercado Relevante.

a) O critério de participação de mercado não será por si só um critério absoluto, mas serão considerados ainda a estabilidade desta participação de mercado no tempo e a diferença entre as participações de mercado entre o Grupo detentor de PMS e o conjunto de Grupos não detentores de PMS.

2. Presença de economias de escala:

2.1 Este critério avalia se o volume de operações de telecomunicações de um Grupo permite que este obtenha custos marginais decrescentes, considerando o volume de usuários atendidos pela mesma(s) plataforma(s) e rede(s).

2.2 Esse critério identifica o detentor de PMS tendo em vista que, em uma prestadora com grande escala na oferta de serviços, o investimento inicial (custo fixo) é rateado sobre uma base muito grande de clientes. Desta forma, esta empresa possui vantagem sobre uma empresa sem tal nível de escala, com custos médios ainda altos, e isto pode favorecer a concentração no mercado.

3. Presença de economias de escopo:

3.1. Este critério avalia se a oferta de diferentes serviços sobre uma mesma infraestrutura de rede permite que o Grupo obtenha custos decrescentes à medida que oferta serviços integrados de telecomunicações.

3.2. Este critério considera a possibilidade de compartilhamento de alguma etapa relevante da operação com outro serviço ofertado pelo Grupo.

a) Esse critério identifica detentor de PMS tendo em vista que a economia de escopo proporciona redução nos custos médios da produção conjunta de bens distintos.

4. Controle sobre infraestrutura cuja duplicação não seja economicamente viável:

4.1. Este critério avalia o domínio sobre redes e plataformas utilizadas na prestação do serviço e a respectiva infraestrutura física de suporte à rede.

4.2. Esse critério identifica o detentor de PMS tendo em vista que a infraestrutura é um insumo fundamental para a oferta dos produtos e serviços no Mercado Relevante e entendida como a rede de telecomunicações e a infraestrutura de suporte (postes, dutos, etc.) dessa rede.

5. Poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços:

5.1. Este critério considera o poder econômico na contratação de equipamentos e de insumos necessários à oferta do produto no Mercado Relevante.

5.2. Este critério identifica o detentor de PMS tendo em vista um alto poder de negociação na compra de insumos essenciais, geralmente observado em uma prestadora que demanda grande quantidade desses insumos e que pode reduzir seus custos de produção e inviabilizar a oferta de serviços por outras empresas. Este critério afeta negativamente a competição especialmente quando a compra de insumos é associada a contratos de exclusividade de oferta.

6. Atuação concomitante nos mercados de atacado e varejo:

6.1. Este critério considera a oferta, por parte do Grupo, de serviços e produtos que são insumos para outras prestadoras que participam do Mercado, simultaneamente à oferta de serviços e produtos aos consumidores finais.

6.2. Este critério identifica o detentor de PMS tendo em vista que a atuação concomitante no mercado de insumos e no mercado de produtos finais permite à prestadora obter níveis de custos muito inferiores em relação aos demais concorrentes, além de poder limitar a venda de insumos, protegendo assim o mercado de produtos finais contra a entrada de novos competidores.

7. Acesso privilegiado a fontes de financiamento:

7.1. Este critério considera o acesso a recursos financeiros a taxas inferiores às praticadas no mercado e/ou a instituições financeiras ligadas ao Grupo econômico.

7.2. Esse critério identifica o detentor de PMS tendo em vista que o acesso privilegiado a fontes de financiamento, seja por meio de fontes externas, seja por meio de participação de instituições financeiras no Grupo da prestadora, permite a viabilização de ações de fechamento do mercado que são prejudiciais no curto prazo e que no longo prazo garantem a manutenção de rendas de competição imperfeita.

Comentários Gerais sobre a documentação disponibilizada pela ANATEL nesta CP

Aplicação do PGMC

Conforme citado anteriormente, o documento *Análise dos Mercados Relevantes Tratados no Plano Geral de Metas de Competição* (outubro de 2010) parece fazer um ensaio da aplicação do PGMC, embora este documento tenha sido publicado antes da Consulta Pública. Esta análise apresenta pontos críticos que precisam ser discutidos no âmbito do debate do novo marco regulatório. Além disso, por vezes, este documento não parece totalmente alinhado com o PGMC proposto na Consulta, o que pode ter ocorrido devido à inversão das etapas de discussão.

Ainda que o ideal fosse analisarmos a aplicação do PGMC detidamente em cada um dos mercados ligados ao setor de telecomunicações, inclusive com propostas de procedimentos e critérios alternativos aos adotados pela Anatel (quando estes fossem

cabíveis), a restrição de tempo imposta pelo prazo definido pela Agência para contribuições à Consulta Pública impossibilitou uma análise mercado a mercado. Por isso, optamos por fazer um levantamento dos pontos que, a princípio, parecem mais críticos e que precisariam de um tempo maior para serem analisados e discutidos.

Vale destacar que não temos a pretensão de esgotar todos os pontos relevantes, mas de ter apenas levantado exemplos que corroboram a ideia de que: (i) é necessário um tempo maior de debate para que se consiga atingir um arcabouço regulatório confiável e adequado, principalmente em se tratando de um setor tão dinâmico quanto o setor de telecomunicações; e (ii) é importante que este debate ocorra em etapas, com a discussão a respeito da implementação da metodologia aprovada no PGM¹ ocorrendo após atingida maior maturidade do debate a respeito da própria metodologia².

1.1. Pontos críticos gerais

4.1.1 Definição dos mercados relevantes

No documento de Análise, a Anatel identifica onze mercados na dimensão produto, sendo cinco de varejo e seis de atacado. Conforme destacado na seção **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, a Agência usa uma definição de “mercado relevante” pouco usual na literatura de defesa da concorrência. O conceito de “mercado relevante” é tratado como o “mercado que deve receber regulação *ex ante*”. Este uso do termo torna sua aplicação confusa diante do significado habitual e já consolidado que a literatura antitruste emprega, a qual considera como “mercado relevante” as dimensões produto e geográfica onde os diversos ofertantes de serviços substitutos concorrem entre si (“unidade de análise”), independente de haverem ou não problemas concorrenciais. A identificação dos mercados relevantes deve ser feita antes da definição dos mercados com falhas concorrenciais (aqueles passíveis de regulação *ex ante*), até para que este segundo ponto não contamine o primeiro.

O documento de Análise elenca onze mercados na dimensão produto, sendo que dois não foram considerados “relevantes” (de acordo com o emprego adotado para o termo), pois a Agência entende que não necessitam de regulação *ex ante*.³

¹ Que representaria a quarta etapa da estrutura apresentada na seção **Erro! Fonte de referência não encontrada.**

² Representado nas etapas II e III da estrutura apresentada na seção **Erro! Fonte de referência não encontrada.**

³ São os mercados de Originação de chamadas em redes móveis e Acesso a redes móveis em velocidades superiores.

**Tabela 1. “Mercados relevantes”
identificados pela Anatel**

Mercados de Varejo
Originação de chamadas em redes fixas
Acesso a redes fixas em velocidades superiores
TV por assinatura

Mercados de Atacado
Interconexão em rede fixa
Interconexão em rede móvel
Infraestrutura de acesso em rede fixa
Infraestrutura de acesso em rede móvel
Infraestrutura de rede de transporte local
Infraestrutura de rede de transporte de longa distância

Fonte: Anatel. Elaboração: Tendências.

O documento não explicita os fundamentos e a metodologia⁴ sob os quais foram definidos os limites dos mercados relevantes de produto. Conforme discutido anteriormente, as escolhas pré-estabelecidas pela Agência e sem uma discussão preliminar do grau de concorrência entre os serviços/tecnologias disponíveis na indústria sugerem que a limitação dos mercados foi feita de acordo com uma visão mais associada ao lado da oferta (tecnologias de produção) do que ao lado da demanda (substituição de tecnologias e produtos), como seria de se esperar. A contestabilidade e/ou disciplina que outros produtos deixados de fora do mercado podem impor aos concorrentes também não foi avaliada no documento.

A ausência desta análise preliminar da competição no mercado sob a ótica da demanda se torna ainda mais crítica quando consideramos a convergência tecnológica⁵ e a concorrência entre distintas plataformas, amplamente aceitas na literatura de telecomunicações.

A definição dos mercados relevantes é um ponto chave da análise, pois pode alterar completamente os resultados finais da regulação. Ao iniciar o documento de Análise classificando dois dos mercados identificados como não “relevantes” (ou seja, não passíveis de regulação *ex ante*), a Anatel não elimina o risco de que a definição dos mercados possa ter sofrido ruídos da identificação prévia de falhas pela Agência,

⁴ Por exemplo, a do “monopolista hipotético”.

⁵ O Anexo 2 deste trabalho aborda este tema.

fazendo com que os mercados passíveis de análise já pressuponham exercício de poder de mercado.

4.1.2 Definição dos grupos com PMS

A metodologia adotada pela Anatel para identificar os grupos com PMS em cada “mercado relevante” leva em consideração sete critérios (em linha com o proposto no Anexo II do PGMC⁶), que não foram hierarquizados ou ponderados, ou seja, possuem o mesmo peso:

- ✓ Participação de mercado;
- ✓ Presença de economias de escala;
- ✓ Presença de economias de escopo;
- ✓ Controle sobre infraestrutura cuja duplicação não seja economicamente viável;
- ✓ Poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços;
- ✓ Atuação concomitante nos mercados de atacado e varejo; e
- ✓ Acesso privilegiado a fontes de financiamento.

Sem que houvesse um debate sobre a pertinência relativa de cada critério em cada mercado específico (em linha com a “regra da razão”, apresentada na seção **Erro! Fonte de referência não encontrada..1**), em certos mercados alguns itens não foram usados na definição dos grupos com PMS. Em outros casos, a mesma variável foi usada como *proxy* para mais de um critério⁷, o que, na prática, reduz estes critérios a um. Além disso, fatores ligados à rivalidade existente entre as concorrentes que já atuam no mercado – como a evolução das participações de mercado ao longo do tempo – não foram abordados na análise.

Quanto ao critério de “*Participação de mercado*”, o valor crítico estabelecido pela Agência em todos os mercados foi “20%”. Mas não há no documento uma discussão sobre a razoabilidade desta escolha para as características competitivas dos mercados de telecomunicações. Este valor crítico parece ter sido escolhido com base no guia de análise de atos de concentração da SEAE/SDE, mas é importante salientar que neste guia os “20%” servem apenas como um parâmetro de alerta para que o SBDC inicie uma avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado. Ou seja, é um parâmetro conservador usado como um sistema de alerta para qualquer mercado de qualquer setor que possa ser analisado pelo SBDC. Se após um ato de concentração um grupo passa a deter mais de 20% do mercado isto significa que os agentes do SBDC devem analisar este ambiente competitivo, inclusive inferindo qual deve ser a participação de uma empresa no referido setor para que ela passe a ter possibilidades de exercer poder de mercado, o que inclui nesta análise a participação das empresas concorrentes.

⁶ Vide seção **Erro! Fonte de referência não encontrada..1**

⁷ Vide seção 1.2.

Além disso, apesar do Anexo II do PGMC sob consulta prever que o critério de participação de mercado não deve ser usado como um critério absoluto – devendo ser consideradas a estabilidade desta participação de mercado no tempo e a diferença entre as participações dos diversos *players* (vide seção **Erro! Fonte de referência não encontrada.**) –, o referido documento não implementa ou sequer aborda estas importantes relações nas suas análises. O critério de participação de mercado acaba por ser usado como um “*critério absoluto*”, cujo valor crítico é de apenas 20%.

Já os critérios de “*Presença de economias de escala*” e “*Presença de economias de escopo*” são mensurados com *proxies* bastante frágeis. Estes conceitos referem-se a reduções no custo médio do serviço/produto vendido pela empresa líder que dificultam a entrada/crescimento de outras empresas. Mas as *proxies* escolhidas pela Agência, em qualquer um dos mercados analisados, não deixam clara sua capacidade de mensurar estas questões, e suas escolhas não foram devidamente fundamentadas no documento.

De forma geral, num plano conceitual, os sete critérios escolhidos para avaliar a presença de grupos com PMS são razoáveis. Por outro lado, não é possível avaliarmos a pertinência das variáveis que foram usadas como *proxies* destes critérios devido à falta de informações no documento a respeito das metodologias e limitações destas escolhas.

Estas variáveis podem ser as responsáveis pela metodologia de definição de PMS ter acusado, em diversos casos, mais de um grupo com PMS no mesmo mercado relevante (considerando não apenas a mesma dimensão produto, mas também a mesma dimensão geográfica). Isto pode ter ocorrido também por conta: (i) da escolha dos pontos críticos destas variáveis (ou seja, os valores que fazem com que um grupo passe a ser classificado como detentor de PMS naquele critério); (ii) da falta de uma hierarquização/ponderação dos critérios (“regra da razão”); ou (iii) de uma definição de “mercado relevante” mais ampla do que o ambiente na qual as empresas de fato concorrem umas com as outras.

Por fim, a presença de outros grupos com PMS ou de outros grupos fortes no mercado – mas que não tenham sido categorizados como detentores de PMS devido à metodologia adotada pela Anatel – não foi analisada como possível mitigadora do risco de exercício de poder de mercado.

1.2. Pontos específicos dos mercados identificados pela Anatel

4.2.1 Originação de chamadas em redes fixas

Segundo a Anatel, este mercado compreende a oferta no varejo de serviços de voz somente na modalidade Local do STFC (até 64 kbps) e possui dimensão geográfica por município. O estudo da análise realizada pela Anatel para implementada neste mercado revelou os seguintes pontos críticos:

- ✓ Na definição dos grupos com PMS, o critério de “*Acesso privilegiado a fontes de financiamento*” foi analisado de acordo com a obtenção de recursos junto ao BNDES entre 2007 e 2009 ou a presença de capital estrangeiro no grupo através de coligação ou controle com grandes grupos empresariais internacionais. Esse

critério revela um entendimento da Anatel de que grupos internacionais podem captar recursos de forma significativamente mais barata que grupos nacionais, o que não necessariamente é verdade em todas as situações, devendo isto ser avaliado de forma mais cuidadosa. Estas informações/*proxies* simplificam sobremaneira a questão e, certamente, não refletem se, de fato, a empresa possui acesso privilegiado a fontes de financiamento, sobre tudo quando avaliamos o atual ambiente econômico mundial;

- ✓ Quanto ao critério de “*Controle sobre infraestrutura cuja duplicação não seja economicamente viável*”, levou-se em consideração a razão entre a Despesa com Aluguel de Infraestrutura e a Receita de Público com o Fornecimento de Voz. Reconhecendo que se trata de uma medida aproximada, a Agência não divulgou o valor crítico deste critério, o que pode fazer significativa diferença quando usamos uma *proxy* que não reflete perfeitamente o que se pretende mensurar. Além disso, o uso desta *proxy* pode não refletir totalmente o que de fato se quer observar, dado que ao considerarmos o efeito da inviabilidade econômica de duplicação de uma infraestrutura devemos analisar também a possibilidade de substituição das tecnologias presentes nesse mercado, o que tornaria a duplicação viável se a tecnologia alternativa fosse acessível;
- ✓ Quanto à “*Atuação concomitante nos mercados de atacado e varejo*”, a Agência adotou apenas “(...) *aqueles Grupos que detém uma representativa participação de mercado em mercados de atacado conexos, tais como os mercados de EILD, de transporte, entre outros, que poderá ser atribuído aos Grupos Telemar, Telefônica e Telmex/América Móvil dada a participação de mercado dos mesmos nestes mercados conexo.*” Mas a participação de mercado nos mercados conexos foi mensurada como o percentual da receita líquida obtida com o aluguel de meios de transmissão ou transporte de tráfego sobre a receita total em todo o país (no exercício de 2009), o que só seria válido se o mercado geográfico fosse definido como nacional. Além disso, os valores críticos deste critério não foram divulgados e devidamente argumentados quanto à sua razoabilidade;

4.2.2 Acesso a redes fixas em velocidades superiores

De acordo com as informações do documento de Análise, este mercado compreende a oferta no varejo de serviços de comunicação de outros sinais em rede fixa com velocidades superiores a 64Kbps e possui dimensão geográfica por município. O estudo da análise implementada neste mercado revelou os seguintes pontos críticos:

- ✓ Os limites dos produtos e serviços que compõem este mercado não estão claros. Ao definir “*serviços de comunicação de outros sinais em rede fixa*”, a Agência dá margem para a inclusão de diversos serviços, mas que não foram descritos, impossibilitando uma análise mais profunda do ambiente competitivo deste mercado;

- ✓ No critério de “*Presença de economias de escopo*”, para a definição dos grupos com PMS, foi verificado se cada grupo possui a oferta de mais de um serviço de telecomunicações. Em caso afirmativo, o grupo já era considerado detentor de economias de escopo. Parece pouco razoável utilizar uma variável do tipo *dummy* (sim ou não) para verificar a existência deste tipo de economia, sobretudo quanto à oferta de mais de um serviço de telecomunicação, tendo em vista ser esta uma prática corriqueira entre todas as empresas do setor ao escolherem determinada plataforma tecnológica;
- ✓ Quanto ao “*Acesso privilegiado a fontes de financiamento*”, surge a mesma fragilidade encontrada no mercado anterior. Além disso, neste caso foi considerado que a participação do governo na estrutura societária pode gerar acesso privilegiado a fontes de financiamento, sem que os argumentos que dão suporte a esta hipótese fossem devidamente explorados.

4.2.3 TV por assinatura

Segundo a Anatel, este mercado compreende a oferta dos serviços de TV por assinatura via MMDS, DTH e Cabo e possui dimensão geográfica por município. O estudo da análise implementada neste mercado revelou os seguintes pontos críticos:

- ✓ O critério de “*Presença de economias de escala*” foi definido pelo volume de usuários atendidos pelo prestador do serviço. Mas não foi divulgado o valor crítico desta análise e nem a argumentação que sustenta tal valor;
- ✓ O critério de “*Poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços*” também é bastante subjetivo e seus valores críticos, assim como a argumentação que os sustenta, não foram divulgados;
- ✓ Quanto ao critério de “*Acesso privilegiado a fontes de financiamento*”, foi considerado o “*acesso a recursos a taxas inferiores às praticadas no mercado e/ou a instituições financeiras ligadas ao Grupo econômico*”. Embora esta metodologia pareça mais razoável que a adotada nos mercados anteriores, a Agência não explicita qual indicador deve ser usado para medir o acesso a recursos com taxas inferiores às praticadas pelo mercado.
- ✓ Ainda que a Anatel tenha feito comentários acerca da quebra estrutural que iria ocorrer no mercado de TV por Assinatura com a aprovação do PLC 116/10 (o que efetivamente irá ocorrer com a Lei 12.485/11), a análise não considerou tal fato. Efetivamente, dever-se-ia aguardar os efeitos da liberalização deste mercado para as concessionárias do STFC antes de definir quais são as empresas com PMS e, principalmente, antes de impor qualquer medida assimétrica.

4.2.4 Interconexão em rede fixa

De acordo com a Agência, este mercado compreende a oferta de elementos de rede fixa necessários à interconexão para terminação de chamadas telefônicas e possui dimensão

geográfica por região do PGO. O estudo da análise implementada neste mercado revelou os seguintes pontos críticos:

- ✓ Quatro dos sete critérios usados para definição dos grupos com PMS (participação de mercado, economias de escala, economias de escopo e poder de negociação) foram baseados na mesma variável: número de terminais em serviço aptos a receber chamadas. Parece pouco razoável que tantos critérios sejam baseados na mesma variável, pois na prática seus resultados tendem a ficar condicionados uns aos outros – ou seja, não acrescentam novas dimensões à análise, apenas reforçando os critérios já adotados anteriormente;
- ✓ O indicador utilizado para o critério “*Acesso privilegiado a fontes de financiamento*” possui a mesma fragilidade dos mercados de varejo de originação de chamadas e acesso às redes fixas;
- ✓ A definição do mercado geográfico como “*região do PGO*” – que não foi devidamente fundamentada – fez com que alguns grupos fossem indicados como detentor de PMS em municípios onde possuem uma presença bastante tímida devido às suas características em outros municípios, indicando uma dimensão geográfica maior do que aquela onde as empresas efetivamente concorrem.

4.2.5 Interconexão em rede móvel

Segundo a Anatel, este mercado compreende a oferta de terminação de chamadas em rede móvel (incluindo SMP e SME) e possui dimensão geográfica por região do PGA-SMP. O estudo da análise implementada neste mercado revelou os seguintes pontos críticos:

- ✓ O critério de “*Acesso privilegiado a fontes de financiamento*” considera como *proxy* se o prestador do serviço pertence a grandes grupos ofertando serviços da mesma cadeia produtiva e serviços complementares. A relação entre este aspecto e o acesso privilegiado a fontes de financiamento não está clara e substancialmente argumentada no documento;
- ✓ O critério de “*Atuação concomitante nos mercados de atacado e varejo*” diferencia os grupos de acordo com a participação no varejo de originação de chamada fixa, dado que todos participam do mercado de originação de chamada móvel. Esta mistura de originação fixa com interconexão móvel torna este critério confuso quanto à sua eficácia e quanto ao real efeito que esta variável está mensurando. Um resultado desta metodologia foi que apenas o Grupo TIM, entre os líderes de mercado, não foi classificado como detentor de PMS em nenhum mercado geográfico (dado que o grupo não tem nenhuma concessionária do STFC), o que pode colocá-lo em significativa vantagem em relação aos seus concorrentes diretos.

4.2.6 Infraestrutura de acesso em rede fixa

De acordo com a Agência, este mercado compreende a exploração industrial de redes e infraestrutura do STFC local, do SCM e dos serviços de TV por assinatura e possui dimensão

geográfica por município. O estudo da análise implementada neste mercado revelou os seguintes pontos críticos:

- ✓ O critério de “*Acesso privilegiado a fontes de financiamento*” apresenta a mesma fragilidade apresentada no mercado de Acesso a Redes Fixas em Velocidades Superiores a 64Kbps. O critério foi analisado de acordo com a obtenção de recursos junto ao BNDES entre 2007 e 2009 ou a presença de capital estrangeiro no grupo através de coligação ou controle com grandes grupos empresariais internacionais. Estas informações simplificam sobremaneira a questão e, certamente, não refletem se, de fato, a empresa possui acesso privilegiado a fontes de financiamento. Além disso, foi considerado que a participação do governo na estrutura societária também pode gerar acesso privilegiado a fontes de financiamento, sem que os argumentos que dão suporte a esta hipótese fossem devidamente explorados.

4.2.7 Infraestrutura de acesso em rede móvel

Segundo a Anatel, este mercado compreende a oferta de atacado de infraestrutura de acesso em rede móvel (SMP e SME) e possui dimensão geográfica por área de registro. O estudo da análise implementada neste mercado revelou os seguintes pontos críticos:

- ✓ Mais uma vez, o critério de “*Acesso privilegiado a fontes de financiamento*” considera como *proxy* se o prestador do serviço pertence a grandes grupos ofertando serviços da mesma cadeia produtiva e serviços complementares. A relação entre este aspecto e o acesso privilegiado a fontes de financiamento não está clara e substancialmente argumentada no documento.

4.2.8 Infraestrutura de rede de transporte local e de longa distância

De acordo com a Agência, estes mercados compreendem a oferta de capacidade de transmissão de dados entre dois pontos de agregação de tráfego, através de transporte local e de longa distância. A dimensão geográfica nestes casos foi definida por município. No entanto, quanto ao mercado relevante de produto, ao estudar o documento *Análise dos Mercados Relevantes Tratados no Plano Geral de Metas de Competição – PGMC* observa-se que a Anatel restringe a análise do mercado de oferta de Infraestrutura e Redes de Transportes apenas ao mercado de EILD, ao afirmar, em seu documento⁸:

“Evidentemente a oferta de EILD não representa integralmente o mercado de Infraestrutura e Redes de Transporte, mas considera-se que a análise desse produto é a melhor forma de avaliar a atual situação do mercado de oferta de Infraestrutura e Redes de Transportes”.

O documento da Anatel não esclarece ou justifica porque o mercado de EILD “*é a melhor forma de avaliar a atual situação do mercado de oferta de Infraestrutura e Rede de Transportes*”. A Agência, ao delinear o mercado como “*Infraestrutura e Rede de Transporte*”

⁸ “Análise dos Mercados Relevantes Tratados no PGMC” - p. 133 do referido documento de outubro de 2010.

mostra que ela deveria, por outro lado, considerar outras formas de fornecimento na análise do PMS. Ainda que a Anatel restrinja (de forma equivocada) a análise do mercado de “Infraestrutura e Rede de Transporte” ao restrito mercado de EILD, ainda assim a Agência deveria considerar as demais tecnologias para avaliação de contestabilidade (rivalidade e entrada) na análise da existência do poder significativo de mercado (PMS).

Adicionalmente, o estudo da análise implementada neste mercado revelou outros pontos críticos:

- ✓ A análise da participação de mercado dos agentes – calculada pela receita bruta por região do PGO e por degrau – não corresponde à dimensão geográfica definida para o mercado. Outros critérios como a receita bruta agregada de D0 a D8 deveriam ser considerados pelo documento;
- ✓ Mais uma vez, o critério de “*Acesso privilegiado a fontes de financiamento*” foi analisado de acordo com a obtenção de recursos junto ao BNDES entre 2007 e 2009 ou a presença de capital estrangeiro no grupo através de coligação ou controle com grandes grupos empresariais internacionais. Estas informações simplificam sobremaneira a questão e, certamente, não refletem se, de fato, a empresa possui acesso privilegiado a fontes de financiamento;
- ✓ Foi considerado que há competição adequada num município quando este apresenta a presença de, pelo menos, quatro ofertantes. Não há no documento uma argumentação que dê base para este número crítico. Além disso, a Anatel não considerou em sua análise a existência de municípios em que, mesmo havendo um único Grupo ofertante, as condições de mercado mostrem indícios de que a demanda residual impede o exercício de poder de mercado, embora tal situação esteja prevista na metodologia descrita pela Agência.