

	ANÁLISE	NÚMERO E ORIGEM:
		464/2012-GCMB
		DATA:
26/10/2012		
CONSELHEIRO RELATOR		
MARCELO BECHARA DE SOUZA HOBAIKA		

1. ASSUNTO

Proposta de Plano Geral de Metas de Competição (PGMC), depois de submetida aos comentários da sociedade, por meio da Consulta Pública nº 41/2011, de 25/07/2011.

2. REFERÊNCIAS

- 2.1. Mem nº 540/2012-GCMB, de 24/10/2012;
- 2.2. Mem nº 539/2012-GCMB, de 22/10/2012;
- 2.3. Parecer nº 1.151/2012/MGN/PFE- Anatel PGF/AGU, de 19/10/2012;
- 2.4. Mem nº 480/2012-GCMB, de 25/09/2012;
- 2.5. Matéria nº 5/2012-SPB/SPV/SCM/ATC/ARU/SUE, de 17/08/2012;
- 2.6. Informe nº 14/2012-SPB/SPV/SCM/ATC/ARU/SUE, de 16/08/2012;
- 2.7. Parecer nº 563/2012/MGN/PFE-Anatel PGF/AGU, de 23/05/2012;
- 2.8. Informe nº 4/2012-SPB/SPV/SCM/ATC/ARU/SUE, de 20/04/2012;
- 2.9. Análise nº 488/2011-GCJR, de 15/07/2011;
- 2.10. Processo nº 53500.010769/2010.

3. EMENTA

PROPOSTA DE PLANO GERAL DE METAS DE COMPETIÇÃO (PGMC). RETORNO DE CONSULTA PÚBLICA. APROVAÇÃO MEDIANTE EXPEDIÇÃO DE RESOLUÇÃO. ATOS ADMINISTRATIVOS COM VISTAS À OPERACIONALIZAÇÃO. DESIGNAÇÃO DE GRUPOS DETENTORES DE PMS. CONSULTA PÚBLICA DA METODOLOGIA DE AVALIAÇÃO DE REPLICABILIDADE (MAR).

1. O PGMC dispõe sobre o incentivo e a promoção da competição livre, ampla e justa no setor de telecomunicações objeto da Lei nº 9.472/1997, nas hipóteses em que a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte de grupo detentor de poder de mercado significativo exige a adoção de medidas regulatórias assimétricas.
2. A competição no setor de telecomunicações é regida pelos princípios e regras contidos na Constituição Federal, na Lei nº 9.472/1997, na Lei nº 12.529/2011, na regulamentação da Anatel, em especial pelos pressupostos da função social das redes de telecomunicações; livre concorrência; defesa do consumidor; repressão de práticas anticompetitivas; sustentabilidade econômico-financeira do setor; vedação de subsídios cruzados; acesso não discriminatório às redes de telecomunicações e às infraestruturas de suporte à prestação de serviço de telecomunicações; diversificação na oferta dos serviços de telecomunicações; redução das barreiras à entrada; uso eficiente do espectro de radiofrequências; boa-fé e transparência e redução das desigualdades regionais e sociais.

3. A Anatel reavaliará periodicamente, em prazo certo e determinado, os mercados relevantes identificados, os grupos detentores de poder de mercado significativo nesses mercados, a necessidade e a adequação das medidas regulatórias assimétricas estabelecidas, acompanhando permanentemente a competição e atuando, quando demandada, na composição de conflitos entre agentes econômicos, nos termos previstos no Plano Geral de Metas de Competição.
4. Atendidos os requisitos legais e regimentais e reconhecida a conveniência e oportunidade da proposta resultante da consulta pública cabe sua aprovação mediante a expedição de Resolução.
5. Pela expedição de atos administrativos complementares, necessários à concretização da regulação objeto do PGMC, dentre eles a expedição de consulta pública da Metodologia de Avaliação de Replicabilidade (MAR).

4. RELATÓRIO

4.1. DOS FATOS

4.1.1. Em sua 614ª Reunião, realizada em 21/07/2011, o Conselho Diretor, examinando proposta de Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) formulada pelas áreas técnicas da Anatel, deliberou o seguinte, com base nas razões e justificativas constantes da Análise nº 488/2011-GCJR, de 15/07/2011:

- a) Aprovar a realização de consulta pública, pelo período de 45 (quarenta e cinco) dias, sobre (i) a Proposta de Plano Geral de Metas de Competição (PGMC), (ii) a Análise dos Mercados Relevantes Tratados no PGMC e (iii) a relação dos Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo (PMS) em cada mercado relevante;
- b) Recomendar que seja realizada pelas áreas técnicas da Anatel, paralelamente à realização da Consulta Pública, a atualização das análises de mercado para identificação dos Grupos detentores de PMS;
- c) Recomendar que a Superintendência de Serviços Privados (SPV) e a Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização (SRF) avaliem a possibilidade e os impactos da convergência entre o Serviço Móvel Especializado (SME) e o Serviço Móvel Pessoal (SMP), uma vez que, no varejo, tratam-se do mesmo mercado relevante;
- d) Recomendar que seja constituído Grupo de Trabalho (GT), composto pelas Superintendências de serviços e pela Assessoria Técnica, sob coordenação da Superintendente Executiva, para, no prazo de 90 (noventa) dias:

I – Estudar o conteúdo e as características de ofertas de referência praticadas em outros países; e

II – Definir metodologia para avaliar a aplicação dos princípios previstos no Art. 7º do Anexo I do PGMC na homologação das ofertas de varejo associadas às ofertas de atacado de Grupos com PMS.

4.1.2. Em 01/09/2011, em atendimento a pedidos apresentados por prestadoras de serviços de telecomunicações, organismos de defesa dos consumidores, associações representativas do setor e pelo Conselho Consultivo da Anatel, foi prorrogado, por 30 (trinta) dias, o prazo para o recebimento de contribuições à consulta pública.

- 4.1.3. Em 05/09/2011, a fim de esclarecer as premissas adotadas na formulação da proposta e de possibilitar à Anatel a obtenção de subsídios adicionais sobre o tema, foi realizada Audiência Pública na cidade de Brasília, que contou com a participação de mais de 70 (setenta) interessados, além da imprensa especializada.
- 4.1.4. Em 06/10/2011, foi deferido parcialmente um segundo pedido de prorrogação de prazo da consulta pública, desta vez requerido unicamente pelo Conselho Consultivo, o que resultou na extensão de 15 (quinze) dias adicionais, totalizando um período de 90 (noventa) dias para a apresentação de contribuições.
- 4.1.5. Em 01/11/2011, a Portaria nº 958 da Superintendente Executiva instituiu Grupo de Trabalho (GT), composto por integrantes das Superintendências de Serviços e da Assessoria Técnica, com a finalidade de (i) analisar e consolidar as contribuições recebidas na consulta pública, (ii) elaborar a respectiva minuta de texto final, (iii) fixar metodologia para aplicação dos princípios referentes à homologação de ofertas de referência previstas na proposta de Plano e (iv) atualizar as análises de mercado necessárias à designação dos Grupos detentores de PMS em cada mercado relevante.
- 4.1.6. Em 20/04/2012, por meio do Informe nº 4/2012-SPB/SPV/SCM/ATC/ARU/SUE, o GT analisou cada uma das 1.107 (mil cento e sete) contribuições recebidas em consulta pública, descrevendo as razões quando do acolhimento ou rejeição dessas contribuições.
- 4.1.7. Em 29/05/2012, instada a se manifestar, a Procuradoria Federal Especializada (PFE), por meio do Parecer nº 563/2012/MGN/PFE-Anatel PGF/AGU, opinou favoravelmente à aprovação da proposta elaborada pelo GT, acrescida da sugestão de algumas modificações ao seu texto e de outras considerações.
- 4.1.8. Em 16/08/2012, por meio do Informe nº 14/2012-PBQIQ/PBQI, o Grupo de Trabalho examinou os pontos suscitados pela Procuradoria. Além disso, com vistas à concretização do PGMC, apresentou minutas de Portarias do Conselho Diretor contendo (i) a denominada *Metodologia de Análise de Replicabilidade (MAR)*, (ii) o *Regimento da Comissão de Composição de Conflitos do PGMC*, (iii) a nomeação de membros da Comissão de Composição de Conflitos do PGMC, (iv) a designação do Secretário Executivo e dos integrantes para assessoramento técnico da referida comissão, (v) uma apresentação sintética das análises efetuadas para identificação dos mercados relevantes e dos grupos detentores de PMS, assim como (vi) minutas de Ato do Conselho Diretor que designam os grupos detentores de PMS em cada um dos mercados identificados no PGMC.
- 4.1.9. Em 17/08/2012, por meio da Matéria nº 5/2012-SPB/SPV/SCM/ATC/ARU/SUE, os Superintendentes de Serviços Públicos, Serviços Privados e de Serviços de Comunicação de Massa sugeriram que a proposta de PGMC fosse submetida ao exame e à aprovação do Conselho Diretor, o que foi acolhido pelo Superintendente Executivo Substituto.
- 4.1.10. Em 20/08/2012, realizado sorteio eletrônico de matérias, os autos do processo foram recebidos por este gabinete para fins de relato ao Conselho Diretor, nos termos regimentais.

- 4.1.11. Em 19/10/2012, a Procuradoria Federal Especializada elaborou o Parecer nº 1.151/2012/MGN/PFE- Anatel PGF/AGU em atendimento à diligência feita por este gabinete por meio do Memorando nº 480/2012-GCMB, de 25/09/2012, ocasião em que se manifestou quanto aos aspectos jurídicos envolvidos nas Propostas de Portaria para estabelecimento da Metodologia de Análise de Replicabilidade (MAR) e de Regimento da Comissão de Composição de Conflitos do PGMGC.
- 4.1.12. Em 24/10/2012, em resposta à diligência efetuada por este gabinete, a Superintendência Executiva, por meio do Memorando nº 350/2012-SUE, revisitou a Análise dos Mercados Relevantes em relação ao mercado denominado de *Infraestrutura de Rede Fixa de Acesso para Transmissão de Dados por meio de Par de Cobre em Taxas de Transmissão Inferiores a 25 Mbps*.
- 4.1.13. Em 25/10/2012, com vistas a subsidiar a deliberação do Conselho Diretor, e atendendo à solicitação feita por este Relator, a Superintendente Executiva encaminhou, por meio do Memorando nº 352/2012/GT-MC/SUE, o cronograma previsto pela Anatel para os principais resultados advindos do Projeto 9-BRA/98/006-Anatel/UIT destinado ao desenvolvimento e implantação de modelagem de custos das prestadoras de serviços de telecomunicações, em particular os constantes das fases de modelagem FAC-HCA, FAC-CCA, LRIC e *Bottom-up* (Empresa Hipotética Eficiente), e prestou esclarecimentos adicionais.
- 4.1.14. É o que importa relatar.

4.2. DA ANÁLISE

- 4.2.1. A proposta de *Plano Geral de Metas de Competição (PGMC)* submetida à Consulta Pública nº 41/2011 objetivou estabelecer regras para o incentivo e a promoção da concorrência no setor de telecomunicações, além de aperfeiçoar a regulamentação relativa ao estabelecimento de assimetrias regulatórias com base em poder de mercado significativo.
- 4.2.2. O assunto retorna agora à apreciação do Conselho Diretor depois de examinadas as contribuições recebidas da sociedade, com vistas à sua aprovação definitiva.
- 4.2.3. Embora a competição se constitua no melhor regulador para os mercados, é fato que, em praticamente todos os países que promoveram alguma reestruturação de suas telecomunicações, algum tipo de organismo regulador foi implementado. A iniciativa decorreu da percepção de que, se deixado às próprias forças do mercado estabelecer essa regulação, haveria risco de domínio pelo antigo operador monopolista, de vez que, pelo fato de deter praticamente toda a infraestrutura e todos os clientes, esse operador teria condições de impedir, ou pelo menos de dificultar, a entrada de novos concorrentes no mercado.
- 4.2.4. A concorrência, como é sabido, não é apenas boa para o desenvolvimento econômico do país e do setor, uma vez que fomenta a expansão da planta de serviços, mas também é boa para o consumidor/usuário, pois ao gerar disputas entre agentes, implica em melhoria de preços e serviços.

- 4.2.5. A LGT foi expedida nesse contexto, que privilegia a exploração de serviços de telecomunicações sob um regime competitivo, ao mesmo tempo que institui um órgão regulador que busque o atendimento do interesse público, preservar os direitos dos consumidores e coibir comportamentos anticompetitivos.
- 4.2.6. Desde 1999, a Anatel tem realizado estudos, consultas públicas, produzido regulamentação de suporte e buscado sua reestruturação organizacional de forma a dotar o setor de telecomunicações de regras claras que assegurem a competição justa entre os agentes. É o caso da implementação do Código de Seleção de Prestadora de Longa Distância na telefonia fixa e móvel, da divisão do território nacional em áreas de outorga, de licitações de espectro de radiofrequências com possibilidade de entrada de novos competidores, da implantação da portabilidade numérica, da retirada de barreira regulatória ao ingresso de agentes no mercado de TV a Cabo, das permanentes licitações de direito de exploração de satélite brasileiros e estrangeiros e das regras para a exploração do SMP sobre regime de exploração virtual (MVNO).
- 4.2.7. Dentre tais regras, cabe destacar as que embasam a edição do presente PGMC, conforme detalhamento a seguir.
- 4.2.8. Em 2003, foi aprovada a redação final das minutas dos Contratos de Concessão das Prestadoras do STFC, que entraram em vigor em 1º de janeiro de 2006. Dentre suas diversas disposições encontra-se a Cláusula 16.15, que já previa a obrigação de cumprimento do PGMC, a ser regulamentado pela Anatel, assim:

*Cláusula 16.15. A Concessionária se obriga a **cumprir o Plano Geral de Metas de Competição** e a implementar a revenda do serviço objeto da concessão, nos termos da regulamentação. (grifos nossos)*

- 4.2.9. Em 2008, o Ministério das Comunicações expediu a Portaria n.º 178, que definiu diretrizes para implementação das políticas públicas de telecomunicações e deu base para que a Anatel elaborasse uma proposta de alteração do marco regulatório setorial, culminando na edição do Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR), aprovado pela Resolução n.º 516, de 30/10/2008. O projeto foi desenhado de forma a conciliar o interesse dos usuários dos serviços de telecomunicações com o das empresas prestadoras, acompanhar o desenvolvimento tecnológico e ampliar a oferta de serviços. E nesse sentido, o PGMC foi classificado como uma de suas ações de “curto prazo”, conforme seu item V.6:

V.6. Elaboração do Plano Geral de Metas de Competição – PGMC:

Realização de estudos e elaboração de propostas para o estabelecimento de medidas que busquem assegurar níveis adequados de competição, com vistas a identificar os benefícios adicionais que podem ser obtidos.

- 4.2.10. Em seu Item II.5, o PGR caracterizou o princípio de *propiciar competição e garantir a liberdade de escolha dos usuários* como um dos mais relevantes para fortalecimento de setor de telecomunicações e reforçou o potencial salutar da regulação assimétrica com base em poder de mercado significativo:

Este princípio constitui um dos pilares para o fortalecimento do setor de telecomunicações, que deve se sustentar no exercício das atividades econômicas no regime privado em harmonia com o regime público e propiciar condições à prática da mínima intervenção, podendo as atividades da agência reguladora se

concentrar na criação e na manutenção da ordem econômica e na defesa dos interesses dos usuários consumidores de telecomunicações.

A abertura do mercado de telecomunicações à competição, seja baseada na prestação de serviços exclusivamente no regime público, seja exclusivamente no regime privado ou concomitantemente nos dois regimes, permitiu que o Estado, ao se retirar da prestação direta de atividades econômicas, se concentrasse nas funções de agente regulador e zelasse pelo bom funcionamento do mercado, protegendo os interesses dos usuários de serviços de telecomunicações. A atuação da Anatel na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações e na defesa da livre concorrência tem permitido a ampliação da liberdade de escolha dos usuários. Nesse sentido, o conceito difundido internacionalmente de identificação de mercados relevantes e entidades com Poder de Mercado Significativo pode ser bem aproveitado no exercício das políticas públicas que visam a melhor atender os anseios da sociedade. (grifos nossos)

- 4.2.11. Neste mesmo ano, o Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto nº 6.554/2008, renova a inequívoca necessidade de edição do PGMC em seu art. 6º:

Art. 6º As transferências de concessão ou de controle de concessionária do serviço a que se refere o art. 1º deverão observar o princípio do maior benefício ao usuário e ao interesse social e econômico do País.

§ 1º As transferências que resultem em Grupo que contenha concessionárias em Setores de mais de uma Região definida neste Plano Geral de Outorgas implicam:

I - atuação obrigatória nas demais Regiões, por parte de prestadora de serviços de telecomunicações pertencentes ao Grupo que contenha as respectivas concessionárias, conforme dispuser o Plano Geral de Metas de Competição a ser editado pela Agência Nacional de Telecomunicações, observado o disposto no § 5º.

- 4.2.12. Desde a edição da Constituição Federal até os dias atuais, é possível enaltecer diversas medidas adotadas pelo governo com o fito de que a competição livre, justa e efetiva fosse implementada no país, culminando na desestatização das telecomunicações. Muitas das ações até agora desenvolvidas pela Anatel tiveram resultado positivo na busca pelo incremento da competição e diversidade dos serviços, sendo que outras não alcançaram o resultado desejado, carecendo de aprimoramento.
- 4.2.13. A maior parte da reforma prevista pela LGT foi executada, sendo momento de preservar os avanços obtidos e prosseguir refinando aspectos determinados.
- 4.2.14. O presente Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) objetiva, repisa-se, incentivar e promover a competição, assegurar o direito de escolha dos usuários por meio da diversificação das ofertas e fomento ao investimento setorial. O avanço está na centralização, em um único documento, de medidas específicas à promoção da competição e possibilita futuras reavaliações sistemáticas e mais críticas sobre a performance da competição e o trato mais acurado do princípio da intervenção mínima no setor.
- 4.2.15. Em resumo apertado, pode-se dizer que a proposta de PGMC em consulta pública encerra a determinação de que a Anatel reavaliará periodicamente, em prazo certo e determinado, os mercados relevantes identificados, os grupos detentores de poder de mercado significativo nesses mercados, a necessidade e a adequação das medidas regulatórias assimétricas estabelecidas, acompanhando permanentemente a competição e atuando, quando demandada, na composição de conflitos entre agentes econômicos, nos termos previstos no PGMC.

- 4.2.16. A consulta pública recebeu um total de 1.107 (mil cento e sete) contribuições, todas analisadas pelo GT, cuja distribuição, por tipo de contribuinte e assunto, é mostrada a seguir:

Gráfico 1 – Contribuições, por tipo de Contribuinte

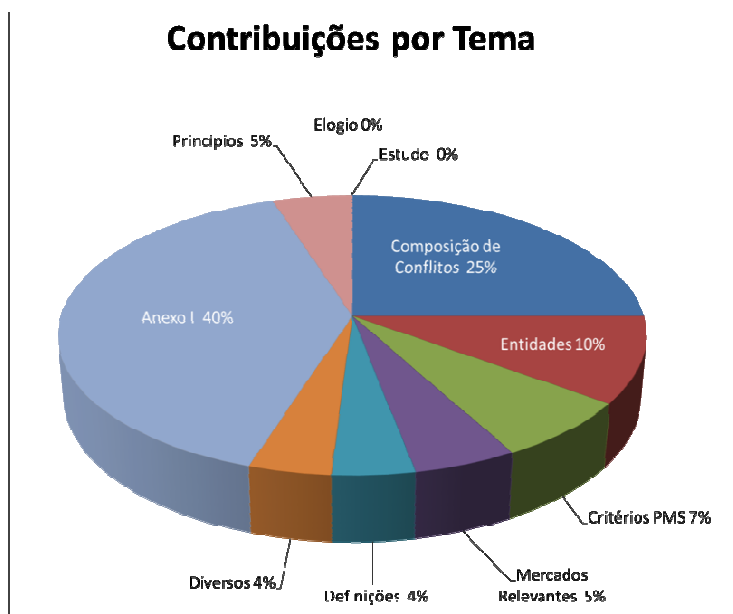
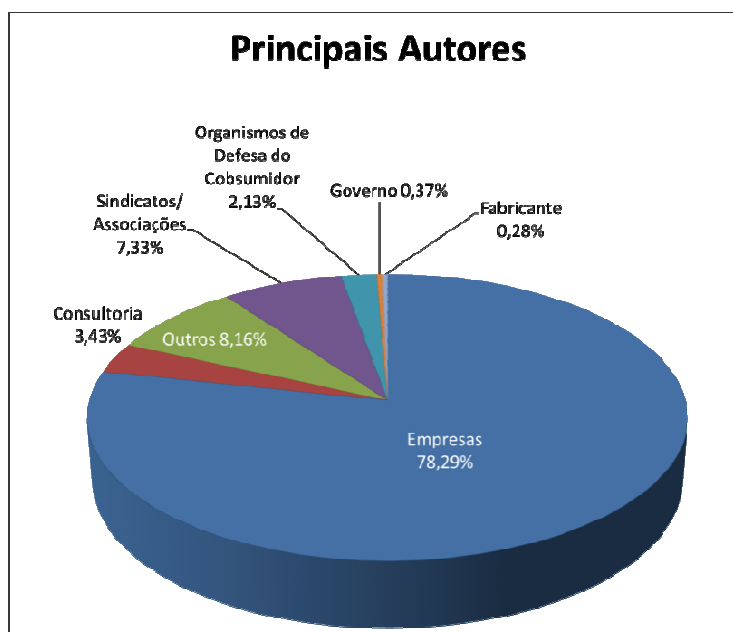


Gráfico 2 – Contribuições, por Assunto



- 4.2.17. Realizada a consulta pública, verifico que a proposta resultante do grupo de trabalho estruturou o PGMC em 3 (três) partes, compostas por um documento principal (o corpo do regulamento) e 2 (dois) anexos, conforme mostrado a seguir:

PLANO GERAL DE METAS DE COMPETIÇÃO

TÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS

Capítulo I - Do Objetivo e da Abrangência

Capítulo II – Dos Princípios Gerais Aplicados à Competição

Capítulo III – Das Definições

TÍTULO II – DOS MERCADOS RELEVANTES

Capítulo I – Das Diretrizes para Definição dos Mercados Relevantes

TÍTULO III – DO PODER DE MERCADO SIGNIFICATIVO (PMS)

Capítulo I – Dos Critérios para Identificação de Grupo com Poder de Mercado Significativo

TÍTULO IV – DAS MEDIDAS REGULATÓRIAS ASSIMÉTRICAS

TÍTULO V – DA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS DO PGM

Capítulo I – Das Disposições Gerais

Capítulo II – Da Comissão de Composição de Conflitos

Capítulo III – Do Procedimento de Composição de Conflitos do PGM

Capítulo IV – Das Decisões

Capítulo V – Dos Recursos

TÍTULO VI – DA ENTIDADE SUPERVISORA DE OFERTAS DE ATACADO

TÍTULO VII – DO GRUPO DE IMPLEMENTAÇÃO DA ENTIDADE SUPERVISORA DE OFERTAS DE ATACADO E DAS BASES DE DADOS DE ATACADO (GIESB)

TÍTULO VIII – DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

ANEXO I – MERCADOS RELEVANTES E MEDIDAS REGULATÓRIAS ASSIMÉTRICAS

Capítulo I – Dimensão Produto do Mercado Relevante

Capítulo II – Transparência no Mercado de Atacado

Capítulo III – Oferta Atacadista de Infraestrutura de Rede Fixa de Acesso para Transmissão de Dados por Meio de Par de Cobre em Taxas de Transmissão Inferiores a 25 Mbps

Capítulo IV – Oferta Atacadista de Infraestrutura de Rede Fixa de Transporte Local e de Longa Distância para Transmissão de Dados em Taxas de Transmissão Inferiores a 25 Mbps

Capítulo V – Oferta de Infraestrutura Passiva

Capítulo VI – Oferta de Interconexão em Redes Móveis

Capítulo VII – Oferta de Itinerância Nacional

Capítulo VIII – Medidas para Grupos que Conttenham Concessionárias do STFC Atuando em Setores de Mais de uma Região do Plano Geral de Outorgas - PGO

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

I - INTRODUÇÃO

II – ANÁLISE DE MERCADO

III – CARACTERIZAÇÃO DAS DIMENSÕES DO MERCADO RELEVANTE

IV – ANÁLISE DAS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA QUE O GRUPO DETENHA PMS

- 4.2.18. Para informações sobre fatos anteriores à etapa de Consulta Pública, inclusive sobre os fundamentos daquela proposta, remeto à Análise nº 488/2011-GCJR, de 15/07/2011, a qual subsidiou a deliberação do Conselho Diretor à época.
- 4.2.19. Feitas estas considerações, passo a comentar diretamente a proposta das áreas técnicas (GT).

DOS NOSSOS COMENTÁRIOS À PROPOSTA

- 4.2.20. Os Informes nº 4/2012 e nº 14/2012-SPB/SPV/SCM/ATC/ARU/SUE apresentam um resumo breve das principais discussões em consulta pública, além de descrever pontos de alcance geral sobre a proposta. Dessa forma, adoto-os para efeitos de relato, os quais passam a integrar a presente Análise, nos termos do §1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99.
- 4.2.21. Meus comentários seguem apresentados por *Tema*, que foram organizados neste exercício de relatoria de forma a coincidir com as principais questões em consulta pública. A relação entre *Temas* e as respectivas partes dos Informes da área técnica são mostradas na **Tabela 1** e favorecem a compreensão do que passo a expor.

Tabela 1 – Principais Temas

TEMA	INFORME 4/2012	INFORME 14/2012
1. Disposições Gerais	5.4.1 a 5.4.38	5.2.1.1 a 5.2.1.3
Título do regulamento; viabilidade de adoção do PMS como vetor de intensidade regulatória; legalidade do PGMC; emprego do conceito de grupo econômico para fins de regulação; imposição de assimetrias regulatórias em municípios atendidos em razão de meta de universalização; sancionamento administrativo por inobservância do PGMC; dentre outros.	5.4.244 a 5.4.249	5.2.1.10 5.2.1.12 a 5.2.1.15
2. Composição de Conflitos	5.4.144 a 5.4.177	5.2.1.5 a 5.2.1.6 5.2.1.17 a 5.2.1.23 5.5 e subitens
Legitimados para demandar composição de conflitos segundo rito procedimental do PGMC; inversão do ônus da prova; inépcia da inicial; prazos; adoção de cautelares; comissão de composição de conflitos do PGMC (CCC); Regimento da comissão de composição de conflitos do PGMC (estrutura, competências e atribuições dos membros); dentre outros.		
3. Entidades	5.4.178 a 5.4.243	-
Entidades representantes (organização de grupos sem PMS por meio de entidades representativas, no âmbito do PGMC); Entidade Comparadora (Entidade que realiza comparações das ofertas de varejo comercializadas pelas Prestadoras); Entidade Supervisora (Gerenciamento de oferta e demanda de Produtos de Atacado, controle de filas de solicitações e transparência ao mercado).		
4. Análises de Mercado e identificação de Grupos com PMS	5.4.250 a 5.4.390	5.3.1 a 5.3.13 5.6.2 a 5.6.3
Das relações entre os mercados de atacado e varejo; identificação de mercados relevantes; análise da substitutibilidade de produto pelo lado da oferta; Teste do Monopolista Hipotético; abordagens		

TEMA	INFORME 4/2012	INFORME 14/2012
para definição dos Mercados Relevantes e Mercados de dois lados; consideração quanto à existência de política de concorrência ativa; da coerência entre o regulamento e seus anexos; manutenção dos incentivos ao investimento em mercados emergentes; da consideração de perspectivas de futuro (forward-looking); da utilização de fatores de eficiência econômica (economia de escala e escopo); utilização do critério de 20% de participação no mercado; suficiência da regulamentação simétrica; ausência de análise prévia de competição efetiva; adequação do conceito de mercado relevante; correspondência entre falhas de mercado e remédios regulatórios; ausência de análise dinâmica da competição; critérios para identificação dos Grupos com PMS; avaliação dos critérios de integração vertical, de economias de escopo, de acesso privilegiado a fontes de financiamento e de poder de negociação nas compras dos insumos; novos critérios para identificação dos Grupos com PMS; avaliação das condições de entrada e rivalidade; identificação de PMS em mercados competitivos; dimensões produto dos mercados relevantes; dentre outros.		
5. Assimetrias Regulatórias Novas Medidas Regulatórias; obrigatoriedade de apresentação de ofertas de referência de produtos de atacado; pontos de troca de tráfego (PTT) e Interconexão Classe V; desagregação de elementos de rede; decisões cautelares com base em regras de <i>retail minus</i> ; mercado de TV por Assinatura e unidade receptora decodificadora; vedação de cláusulas de exclusividade nos contratos de compra de conteúdo; abrangência geográfica para aplicação da assimetria; obrigações para Grupo Econômico que contenha concessionária do STFC atuando em setores de mais de uma Região do PGO; dentre outros.	5.4.39 a 5.4.143	5.2.1.4 5.2.1.7 a 5.2.1.9 5.2.1.11 5.2.1.16 5.6.4
6. Metodologia de Avaliação de Replicabilidade – MAR Avaliação de replicabilidade de preços e prazos; margens mínimas para replicabilidade; prazos mínimos para replicabilidade; compartilhamento a ser considerado.	-	5.4.1 a 5.4.10
7. Considerações Operacionais Entrada em vigor do PGMC e medidas necessárias à sua operacionalização; dentre outros.	5.5 e subitens	5.7 e subitens

4.2.22. Todas as minhas sugestões de alteração à minuta de PGMC e dos demais atos administrativos que compõem esta matéria estão incorporados nos Anexos a esta Análise, com marcas de alteração.

4.2.23. **TEMA 1 – DISPOSIÇÕES GERAIS**

4.2.23.1. Este Tema trata de questões de caráter geral acerca da proposta de PGMC submetida à consulta pública. Em especial, discorre sobre a base técnico-regulatória que suporta a regulação assimétrica de grupos econômicos com base na detenção de PMS em mercados de atacado, sua adequação ao contexto brasileiro e eficácia para reduzir falhas de mercado.

- 4.2.23.2. Para tanto, cuida de contribuições na consulta pública que sugeriram desde a mudança do título do regulamento, as que questionaram a viabilidade de adoção do conceito de Grupo para fins da presente regulação e a competência da Anatel para expedir um PGMC, as que discutiram sobre a forma como deveria ser revisada periodicamente a imposição de medidas regulatórias assimétricas, a conveniência de se detalhar as sanções passíveis de serem aplicadas pela Anatel por descumprimento ao PGMC, até aspectos relativos à imposição de assimetrias regulatórias em municípios que são atendidos com telecomunicação por força exclusiva de meta de universalização.
- 4.2.23.3. De início, percebo que parte desse debate já foi submetido à apreciação da Anatel em oportunidades anteriores, quando da formulação dos primeiros instrumentos normativos de regulação assimétrica de grupos com base em PMS. É o caso, por exemplo, das Consultas Públicas nºs 548 e 549, que, em 2004, submeteram ao crivo da sociedade as propostas de Regulamento de EILD (REILD), de Regulamento Geral de Interconexão (RGI), de Regulamento de Separação e Alocação de Contas, de Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras do SMP e de Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras do STFC.
- 4.2.23.4. Posteriormente, em 2010, foi a vez da Consulta Pública nº 50, da qual resultou uma atualização e aperfeiçoamento do Regulamento de EILD, hoje aprovado pela Resolução nº 590/2012. Na ocasião, verificou-se um grau considerável de rejeição pelos maiores grupos econômicos à regulação com base em poder de mercado e, em contraposição, a ratificação da aposta neste mecanismo por grupos econômicos menores, como solução eficaz para aprimoramento do nível competitivo. Também foi possível perceber mudança, ainda que sutil, na abordagem das contribuições e posicionamentos desses grupos desde 2004. De lá pra cá, passaram a se concentrar em aspectos mais ligados às particularidades técnicas da indústria de telecomunicações, em detrimento da abordagem anterior, que estava bastante voltada ao mero debate sobre a legalidade da regulação assimétrica em si e da competência legal da Anatel.
- 4.2.23.5. Examinadas as contribuições recebidas à minuta de PGMC para este Tema, verifica-se que o Grupo de Trabalho (GT) propõe, em breve síntese:
- a) Manter o título do regulamento nos exatos termos em que foi submetido à consulta pública, deixando de acolher, consequentemente, contribuições que sugeriram, por exemplo, retirar a expressão “*Meta de Competição*” em razão de sua suposta inadequação, considerando o fato de que seria tecnicamente impossível impor qualquer meta que seja sobre a competição.
 - b) Manter o uso da figura de Poder de Mercado Significativo (PMS) como vetor para a intensidade na regulação de agentes econômicos em determinados mercados, em contraposição a contribuições que sustentaram a impossibilidade de sua adoção (por entenderem que a figura de PMS não possuiria respaldo na LGT e que a mera configuração de poder de mercado não poderia ensejar medidas do órgão regulador, o qual estaria limitado a, apenas, coibir o eventual abuso desse poder). De outro lado, a proposta se alinha a outras contribuições que reforçaram tanto a necessidade de uma regulação assimétrica quanto o cabimento da proposta submetida pela Anatel à CP.

- c) Manter a abordagem que vincula a análise sobre existência de Poder de Mercado Significativo ao conceito de Grupo Econômico, este definido como prestadora individual ou grupo de prestadoras que possuam relação de controle ou coligação, nos termos da Resolução nº 101/99; rejeitando, assim, sugestões de que a análise fosse feita por Prestadora (sob o argumento de que a atuação no mercado seria feita supostamente por prestadoras individuais, e não por Grupos de empresas) e, de outro lado, corroborando manifestações no sentido oposto, que sugerem que, de fato, o grupo econômico é o ente adequado a servir de parâmetro para a regulação objeto do PGMC.
- d) Explicitar no documento a ser aprovado pela Anatel quais são as empresas pertencentes a cada um dos Grupos Econômicos considerados no PGMC.
- e) Manter a possibilidade de que a abrangência de eventuais assimetrias regulatórias a serem adotadas alcance, inclusive, municípios que estejam sendo atendidos por obrigação imposta por meta de universalização, deixando de acolher, por conseguinte, contribuições que afirmaram que tais medidas regulatórias não surtiriam qualquer efeito, visto que nos municípios atendidos por meta de universalização a competição seria, em verdade, inviável.
- f) Alterar o rol dos pressupostos listados no Capítulo II (Dos Princípios Gerais Aplicados à Competição) do corpo do PGMC os quais regem a competição no setor de telecomunicações, de forma a (i) incluir nesse rol o princípio da “*redução das desigualdades regionais e sociais*”; e (ii) retirar dele a previsão expressa de “*estímulo à pesquisa e desenvolvimento tecnológico e industrial do setor*”.
- g) Alterar a natureza do prazo regulamentar para que a Anatel revise o Ato de designação dos Grupos com PMS em Mercado Relevante, passando-o da obrigatoriedade de que a reavaliação seja feita “*a cada 2 (dois) anos*”, para que seja feita “*no prazo mínimo de 2 (dois) anos*” (art. 11, parágrafo único, da proposta GT).
- h) Manter o prazo de 4 (quatro) anos estabelecido para que a Anatel reavalie as Medidas Regulatórias Assimétricas especificadas no Anexo I do PGMC, a serem observadas por grupos detentores de PMS em determinados mercados relevantes (art. 12, §2º, da proposta GT), assim como a previsão de que essas medidas podem ser modificadas antes do prazo desde que submetidas à CP, caso estas não tenham sido suficientes para incentivar e promover a competição (art. 12, §3º, da proposta GT).
- i) Mover para o Anexo I do PGMC parte dos conceitos que se encontravam definidos e listados no corpo do regulamento (Capítulo III – Das Definições), adaptando alguns deles, inserindo novos e excluindo outros.
- j) Manter a previsão expressa de que a inobservância de obrigações previstas no PGMC ensejará sancionamento pela Anatel, inclusive na hipótese de envio de informações à Anatel que possam levar a uma interpretação equivocada de dados apresentados.

4.2.23.6. Com relação à manifestação da Procuradoria Federal Especializada sobre este Tema, merece destaque seu inequívoco posicionamento pela juridicidade da edição de um

PGMC pela Anatel. Além disso, a PFE reiterou a adequação da proposta ao contexto legal brasileiro, inclusive no que concerne à regulação concorrencial orientada a grupos econômicos (ao invés de orientado a Prestadora), à adoção da figura de PMS como vetor de intensidade regulatória e a possibilidade de regulação assimétrica desses grupos com vistas à promoção da competição.

4.2.23.7. O entendimento foi materializado depois de farta análise dos comandos constitucionais regentes da Ordem Econômica brasileira, do regime competitivo imposto pela Lei nº 9.472/1997 à exploração de serviços de telecomunicações, da necessidade de que as redes de telecomunicações atendam à sua função social e do dever do Poder Público atuar para propiciar a competição livre, ampla e justa, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita. Além destes pontos, também constatou a plena conformação da proposta de PGMC aos objetivos e diretrizes estabelecidos no Decreto nº 4.733/2003, o qual dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações e dá outras providências, e no Decreto nº 6.654/2008, que aprovou o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público (PGO).

4.2.23.8. Por fim, explicitou a intrínseca relação do PGMC com as disposições previstas nos Contratos de Concessão para exploração do STFC (a vigor a partir de 2006) e com o planejamento regulatório publicado pela Anatel, e discutido com o mercado regulado por meio de consultas públicas e audiências públicas, com o intuito de atualizar a regulamentação do setor de telecomunicações, o PGR aprovado pela Resolução nº 516/2008.

4.2.23.9. O posicionamento favorável da PFE é representado em diversos trechos do Parecer nº 563/2012, cujos pontos principais ora transcrevo:

210. Quanto ao mérito da proposta em voga, este órgão jurídico assinala que muitas críticas foram feitas à proposta de Plano de Competição, ora em análise. Cabe a esta Procuradoria, tendo em vista seu mister institucional, consistente em assessorar a autoridade administrativa no controle de legalidade dos atos que edita, verificar se os argumentos contrários à proposição em análise são pertinentes ou não, sugerindo o caminho legal a ser trilhado pela autarquia no exercício de sua função normativa.

211. Diante de tal cenário, no que atina ao mérito da proposta de PGMC, esta Especializada opina no seguinte sentido:

a) pela possibilidade jurídica de edição de um Plano Geral de Metas de Competição - PGMC por parte da Anatel, destinado à correção de falhas de mercado por meio da determinação de obrigações assimétricas a Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo encontra-se em perfeita harmonia com o disposto na Constituição Federal, na LGT, no PGR, no Decreto nº 6.654/2008 e nos Contratos de Concessão do STFC, diplomas em que se percebe a nítida intenção de se fortalecer o papel regulador do Estado, o que, nos termos do Anexo à Resolução ns 516/2008, é corroborado por meio da promoção da competição, finalidade precípua do documento posto ao crivo da sociedade por meio da CP nº 41/2011.

Ressalte-se ainda que, com a edição do Plano em tela, não se está a falar em ingerência direta do Estado na seara econômica, mas na sua atuação como entidade reguladora de um serviço público reservado à União e que, independentemente do regime de prestação do serviço, tem como uma de suas funções a promoção da concorrência no setor. Demais disso, baseando-se na ideia de que a competição destaca-se como um valor propagado ao longo da LGT, conforme se depreende também de sua Exposição de Motivos, cabe ao Estado uma

atuação regulatória não apenas repressiva, mas também preventiva, uma vez que, conforme inteligência de seu art. 6º, "os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica".

b) Pela necessidade de as redes de telecomunicações atenderem à sua função social (art. 5º c/c art. 146, inciso III e art. 155, todos da LGT) e de a atuação estatal direcionar-se no sentido de excluir barreiras à entrada de novos players, tendo-se, para tanto, estabelecido previamente que o Estado, na sua função de ente regulador, tem como dever a promoção da competição, atuando tanto de forma preventiva (uma vez que lhe cabe atuar para propiciar a livre, ampla e justa competição) quanto de modo repressivo (de sorte a corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações à ordem econômica), destacando-se, ainda, a necessidade de o princípio da livre concorrência, regente da ordem econômica nos termos do art. 170 da CF/1988, harmonizar-se com outro princípio enumerado no mesmo artigo constitucional, o da defesa do consumidor, a quem foi assegurado, dentre outros, a garantia da liberdade de escolha de sua prestadora de serviço (art. 32, inciso II da LGT).

...

c) Pela possibilidade jurídica de o conceito de PMS ser utilizado como fator de discriminação sem que haja desrespeito ao postulado da isonomia, dada a existência de correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequilíbrio procedida, já que a minuta de PGMC em análise propõe a correção de falhas de mercado por meio da determinação de obrigações assimétricas a Grupos que detêm poder de influenciar de forma significativa as condições de Mercado Relevante (PMS), ou seja, Grupos que possuem porte econômico capaz de desenhar os contornos concorrenciais do setor de telecomunicações.

Ressalte-se, no ponto, que a ideia de se definir a existência de Grupos com PMS é essencial para que a Anatel promova a competição, elevando os ideais de função social da propriedade e de defesa do consumidor.

Nesse ideário, a adoção do conceito de PMS, além de respaldado pela prática internacional, conforme nos assegura o Anexo à Resolução nº 516/2008, também visa densificar o princípio da isonomia, de status constitucional e, por isso, de observância compulsória pela Agência quando de sua atuação fulcrada em seu poder normativo;

...

j) Pela possibilidade de utilização de conceito de Grupo para determinação de PMS, já que a definição encontra respaldo regulamentar e, não bastasse isso, encontra-se alinhada com a ideia de convergência tecnológica e, também, com as disposições do PGR;

... (grifos nossos)

- 4.2.23.10. Quanto à proposta do **item “a”**, relativa à mudança do título do regulamento, compartilho do entendimento exposto no Informe do GT, no sentido de que, apesar de o PGMC efetivamente não impor metas sobre a competição, os objetivos a que se quer atingir são rigorosamente contemplados, uma vez que a proposta fomenta a competição no setor, independentemente da existência de metas pré-estabelecidas. Além disso, é conveniente manter o título “*Plano Geral de Metas de Competição (PGMC)*” haja vista a expressa previsão desse termo no PGO, aprovado pelo Decreto nº 6.554/2008, e nos Contratos de Concessão do STFC, fato que facilita a perfeita compreensão do marco regulatório que ora se deseja implantar.

- 4.2.23.11. Com relação à proposta nos **itens “b” e “c”**, referentes ao emprego da figura de PMS como vetor para intensidade regulatória e à associação de detenção de PMS a grupo econômico (e não a prestadora), constato a inexistência de razões que sugiram qualquer modificação de rumo à proposta que foi submetida à consulta pública.
- 4.2.23.12. Primeiramente, porque os dois pontos mencionados estão em plena conformidade com a lei, segundo bem evidenciado pela Procuradoria, e com o que vem sendo adotado na regulação setorial de telecomunicações desde os idos de 2005. Em segundo lugar, porque, de fato, a competição no mercado de telecomunicações brasileiro é marcada por práticas com elevado grau de coordenação entre as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações que compõem um mesmo grupo econômico. E em terceiro lugar, porque o conceito de Grupo econômico estruturado a partir dos critérios de relação de controle e coligação dispostos na Resolução nº 101/99 é questão já consagrada e possibilita o adequado atendimento dos objetivos previstos para o PGMC, frise-se, a promoção da competição livre, ampla e justa defendida pela LGT.
- 4.2.23.13. Cabe citar, ainda, que são bem conhecidos no Brasil movimentos empresariais que no passado recente importaram, por exemplo, em dificuldade ou recusa de acesso à interconexão de redes para um competidor, ao passo que a negociação de valores e a implementação técnica da interligação ocorriam sem qualquer problema quando envolvia prestadoras do mesmo grupo econômico. Casos como este deram origem a uma grande quantidade de composições de conflito submetidos à Anatel, bem como a sancionamento administrativo e à adoção de medidas cautelares com vistas à cessação de prática anticompetitiva e à eliminação de prejuízos a usuários.
- 4.2.23.14. Também considero bem mapeados os casos de pedidos de compartilhamento de infraestrutura passiva (como cabos, dutos, valas, postes ou torres de sustentação) que se revelaram frustrados, sob o argumento frequente da prestadora proprietária da infraestrutura de que a capacidade excedente do referido meio já está compartilhada com uma prestadora de seu próprio grupo econômico, o que denota, senão uma priorização no atendimento de empresas do mesmo grupo, a existência de condições não uniformes de acesso a informação sobre a infraestrutura disponível.
- 4.2.23.15. Vale ressaltar que a probabilidade de ocorrência de condutas como essas não é uma exclusividade brasileira, mas, ao contrário, orientaram fortemente grande parte da regulação de telecomunicações produzida internacionalmente e, em especial, nos países europeus. Nesses países, assim como se propõe para o PGMC, foram levados em conta, dentre outros pontos importantes, os efeitos de operações verticalizadas e de economias de escala e escopo experimentadas por empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, itens que, diga-se, também integram o a Lei de Concorrência brasileira (Lei nº 12.529/2011).
- 4.2.23.16. É o caso, também, da comercialização de serviços ao consumidor na forma de pacotes, a qual, na imensa maioria das vezes, envolve prestadoras distintas, mas de um mesmo Grupo econômico, sendo raros, para não dizer inexistentes, os casos em que uma oferta é comercializada em conjunto por prestadoras de grupos econômicos diferentes.

- 4.2.23.17. Quanto à proposta do **item “d”**, entendo que a proposta do GT de explicitar no documento a ser aprovado pela Anatel quais são as empresas pertencentes a cada um dos Grupos Econômicos considerados no PGMC também favorece a compreensão da norma e amplia a transparência de seu processo de formulação.
- 4.2.23.18. Quanto à proposta do **“item e”**, destaca-se que a regulação assimétrica no PGMC diz respeito basicamente à obrigatoriedade de Ofertas de Referência nos mercados de atacado e que, caso de fato existam municípios onde a competição é inviável, simplesmente não haverá demandas pelas ofertas de atacado nesses municípios.
- 4.2.23.19. Além disso, se a Anatel decidisse definir em quais municípios brasileiros a competição é inviável e, a partir disso, não exigisse *Oferta de Referência de Produtos de Atacado* alguma, resultaria que o Poder Público estaria avocando para si uma decisão empresarial da qual não tem pleno conhecimento, podendo, por meio da caracterização de um dado município como economicamente inviável, condená-lo a essa condição, a ponto de impedir, de fato, o surgimento de novos competidores no local.
- 4.2.23.20. Com respeito à proposta do **“item f”**, relativo ao detalhamento do rol de pressupostos que regem a competição do setor de telecomunicações, cabe citar que se trata de um rol exemplificativo, que orienta a aplicação do regulamento, mas que não tem o condão, por óbvio, de afastar eventuais disposições constitucionais ou legais sobre a matéria.
- 4.2.23.21. Nesse contexto, entendo adequada a proposta do GT de incluir nesse rol a *“redução de desigualdades regionais e sociais”*, dada sua pertinência temática com o objeto e os mecanismos de regulação deste PGMC, além de sua elevada importância no contexto da norma constitucional, que o caracterizou, nos termos de seus arts. 3º, III; 43, caput e 170, III, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como um dos princípios disciplinadores da ordem econômica, e um critério norteador para a articulação da União.
- 4.2.23.22. Também entendo adequada a proposta de excluir desse rol de pressupostos o *“estímulo à pesquisa e desenvolvimento tecnológico e industrial do setor”*. Afinal, muito embora seja uma importante referência na LGT, materializada em vários dispositivos daquela lei¹, acredito que a pesquisa e desenvolvimento tecnológico e

¹ **Lei nº 9.472/1997 – LGT**

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

...

V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

...

Art. 76. As empresas prestadoras de serviços e os fabricantes de produtos de telecomunicações que investirem em projetos de pesquisa e desenvolvimento no Brasil, na área de telecomunicações, obterão incentivos nas condições fixadas em lei.

Art. 77. O Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional, no prazo de cento e vinte dias da publicação desta Lei, mensagem de criação de um fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações brasileiras, com o objetivo de estimular a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias, incentivar a capacitação dos recursos humanos, fomentar a geração de empregos e promover o acesso de pequenas e médias empresas a recursos de capital, de modo a ampliar a competição na indústria de telecomunicações.

...

Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

...

IX - o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor;

industrial não goza do mesmo grau de pertinência temática com um plano sobre competição, quanto os demais pressupostos arrolados no dispositivo, senão vejamos:

Art.2º. A competição no setor de telecomunicações é regida pelos princípios e regras 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 12.529, de 30 de novembro de 2011, 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 anticompetitivas;

V - 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 - diversificação na oferta dos serviços de telecomunicações;

IX - redução das barreiras à entrada;

X - uso eficiente do espectro de radiofrequências;

XI - boa-fé e transparência;

XII - a redução das desigualdades regionais e sociais.

- 4.2.23.23. Cabe frisar, desde logo, que tal exclusão em nada prejudicou a preservação do devido e tão necessário incentivo à inovação tecnológica no setor de telecomunicações brasileiro.
- 4.2.23.24. Isso porque foi mantido intacto, no art. 12 do corpo do regulamento, o fato de que a atribuição de Medidas Regulatórias Assimétricas observará necessariamente, dentre outros critérios, “a criação de incentivos ao investimento em novas infraestruturas”, e incluído novo Item II.5 no Anexo II – Diretrizes Metodológicas para Identificação de Mercado Relevante e dos Grupos com PMS, que mercados emergentes devem receber incentivos do tipo “feriado regulatório”.
- 4.2.23.25. Além disso, verifica-se facilmente que tais critérios de incentivo a novas infraestruturas foram efetivamente considerados na análise que identificou os mercados-alvo da regulação do PGMC para este primeiro ciclo de avaliação. É o caso, por exemplo, da opção feita pelo GT quanto à regulação de redes baseadas em fibras ópticas e em cabos coaxiais, os quais serão comentados por mim mais adiante em Tema específico.
- 4.2.23.26. Isso tudo, somado ao fato de que o rol deste art. 2º tem natureza meramente indicativa, me faz crer acertada a exclusão do referido pressuposto, de “estímulo à pesquisa e desenvolvimento tecnológico e industrial do setor”, que pode ser reservado para regulamentos mais específicos a este fim.
- 4.2.23.27. Quanto às propostas dos **itens “g” e “h”**, percebo que o GT manteve a essência da proposta submetida à consulta pública com relação à forma e aos prazos a serem adotados na reavaliação periódica de 3 (três) elementos fundamentais que compõem a lógica regulatória do PGMC:

- (i) a identificação de quais são os grupos detentores de PMS em cada mercado relevante;
- (ii) a identificação de quais são as eventuais medidas regulatórias assimétricas a serem aplicadas em cada um desses mercados; e
- (iii) a identificação de quais são os mercados relevantes a serem considerados no PGMC, objeto de regulação assimétrica *ex ante*.

4.2.23.28. Pode-se dizer que a proposta difere da versão da consulta pública basicamente quanto a aspectos redacionais ou de menor monta, sem efetuar modificação relevante no mérito.

4.2.23.29. Porém, ao revisitar as contribuições recebidas em consulta pública, percebo que foram rejeitadas aquelas que sugeriram, por exemplo:

- a) Definir o prazo de 3 (três) anos como o período para que sejam reavaliadas as Medidas Regulatórias Assimétricas relacionadas no Anexo I, ao invés dos 4 (quatro) anos propostos na CP.
- b) Não fixar qualquer periodicidade para revisar as *Medidas Regulatórias Assimétricas* ou os *Atos que designam os grupos detentores de PMS*, deixando que isso acontecesse conforme a necessidade.
- c) Estabelecer que a Anatel deverá rever anualmente o Ato que identifica os Grupos com PMS, ao invés dos 2 (dois) anos propostos em CP, sendo que, se a Anatel não o fizer no prazo previsto, todos os grupos deverão ser considerados como não detentores de PMS até que o novo ato seja publicado.
- d) Estabelecer que o período de 2 (dois) anos para revisar o Ato que designa os Grupos com PMS constitui um prazo máximo.
- e) Definir que a Anatel também deverá, de Ofício ou por solicitação de interessado, rever o Ato que designa os Grupos com PMS quando ocorrer algum fato que possa alterar de forma significativa a estrutura competitiva deste mercado.
- f) Excluir por completo, com vistas a trazer a suficiente segurança ao mercado, a regra que possibilita que a Anatel pode vir a modificar a relação das medidas assimétricas, mediante a alteração do Anexo I do Plano, desde que previamente submetida à consulta pública, caso estas não tenham sido suficientes para incentivar e promover a competição.
- g) Fixar que, quando a Anatel for revisar o Ato que designa os Grupos com PMS, que a respectiva consulta pública seja iniciada no primeiro trimestre do ano de revisão, que o prazo para recebimento de contribuições não ultrapasse 30 (trinta) dias e que, encerrada a consulta pública, a Anatel expeça o Ato em no máximo 90 (noventa) dias.
- h) Explicitar que a modificação das Medidas Regulatórias Assimétricas a serem aplicadas a cada mercado relevante, assim como do Ato que designa os Grupos com PMS também poderão ser motivadas por solicitação do interessado, cabendo à Anatel responder de forma fundamentada ao requerido no prazo de 30 (trinta) dias.
- i) Definir que a eventual modificação das Medidas Regulatórias Assimétricas antes do prazo previsto dependerá da observação da adequação dessas medidas

a determinado mercado e que a mesma poderá ser efetuada com base na mera presença de indícios mínimos que justifiquem a revisão antecipada, ou seja, sem remissão à realização de consulta pública.

- j) Tornar expresso como uma segunda hipótese em que a Anatel poderá modificar as Medidas Regulatórias Assimétricas antes do prazo previsto a constatação de que tais medidas já não sejam mais necessárias para incentivar e promover a livre, ampla e justa competição.
- k) Que caso se admita que as medidas regulatórias assimétricas possam ser modificadas a pedido do Interessado, que o respectivo requerimento só possa ser feito depois de um ano da vigência dessas medidas, sendo que a Anatel deve responder ao requerimento no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias.

4.2.23.30. Como visto, trataram-se de contribuições bastante variadas, muitas delas com objetivos diametralmente opostos, o que me leva a crer que sejam úteis comentários adicionais.

4.2.23.31. Primeiro, considero ser de grande valia que o PGMC possa contar com prazos pré-estabelecidos em regulamento para a revisão dos seus 3 (três) elementos fundamentais já referidos. A medida reduz o risco de incertezas ao mercado, ao mesmo tempo em que é útil para o planejamento interno da Anatel e de seu corpo técnico.

4.2.23.32. Além disso, o prazo de 2 (dois) anos sugerido na consulta pública para que se revise a designação dos grupos detentores de PMS me parece bastante razoável, pois favorece um tempo mínimo para monitoramento dos efeitos resultantes das assimetrias regulatórias que foram impostas no ciclo de avaliação anterior, além de reduzir a sensibilidade do PGMC face a eventuais modificações nas condições do mercado, o qual é dinâmico. Acredito, no entanto, que o texto submetido à consulta pública é mais apropriado do que o ora proposto pelo GT, pois deixa claro que a revisão deverá ocorrer a cada 2 anos, e não, no mínimo em 2 anos.

4.2.23.33. Quanto à revisão das *Medidas Regulatórias Assimétricas*, não vejo prejuízo algum incluir na versão final do PGMC, conforme sugerido por algumas contribuições rejeitadas pelo GT, que as modificações dessas medidas antes do prazo previsto de 4 (quatro) anos também possa ser objeto de pedido pelo interessado. Afinal, caso o pedido venha a ocorrer no futuro, estará inarredavelmente assegurado pelo direito de petição previsto constitucionalmente.

4.2.23.34. Da mesma forma, entendo salutar tornar explícito, conforme contribuições, que a revisão antecipada das *Medidas Regulatórias Assimétricas* também poderá ocorrer na hipótese de ser constatado que tais medidas já não são mais necessárias para incentivar e promover a competição livre, ampla e justa, além é claro, da hipótese já prevista, caracterizada pela eventualidade de a Anatel constatar que as medidas se revelaram insuficientes. Trata-se de demanda legítima dos entes que estarão sujeitos à regulação do PGMC e que, a meu ver, se alinha perfeitamente aos princípios de transparência e equilíbrio na imposição de regulação assimétrica, visões que nortearam, desde o início, o processo de formulação deste ato normativo.

4.2.23.35. Ainda sobre a possibilidade de se modificar antecipadamente as *medidas regulatórias assimétricas* quando a pedido do Interessado, entendo inapropriado

definir-se, de antemão, conforme suscitado por algumas contribuições, um prazo para atendimento da Anatel a esses pedidos. É preciso levar em conta o fato de que se desconhece previamente o teor e a extensão de tais pedidos futuros e que a presente proposta de regulamento já se cercou de cuidados suficientes, reduzindo, inclusive, eventuais riscos de um tempo prolongado para uma revisão de medidas assimétricas que se revele notoriamente necessária.

- 4.2.23.36. Com relação à proposta do **item “i”**, manifesto-me favorável à transposição feita para o Anexo I do PGMC de alguns conceitos que se encontravam no corpo do regulamento. Afinal, afigura-se razoável o entendimento manifesto pelo GT junto aos itens 5.4.386 a 5.4.389 de seu Informe, que levou em conta, em resumo, que alguns dos conceitos que estavam previstos anteriormente no corpo do regulamento fazem referência, em verdade, ao conjunto de obrigações ou disposições fixadas no Anexo I.
- 4.2.23.37. Simultaneamente à presente transposição também foram excluídos alguns conceitos, como por exemplo, os de *Entidade Comparadora* e de *Entidade Representante*, os quais não fazem, realmente, mais sentido na nova proposta encaminhada pelo GT, conforme será comentado mais adiante.
- 4.2.23.38. Quanto à proposta do **item “j”**, relativa a aspectos de eventual sancionamento administrativo pela Anatel, percebo que o GT manteve o texto do art. 49 submetido à consulta pública, que previu:

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.

- 4.2.23.39. As contribuições em CP se restringiram a dois pontos principais: suposta ilegalidade do art. 49 e necessidade de detalhamento das sanções passíveis de serem aplicadas em função do descumprimento do PGMC.
- 4.2.23.40. As contribuições que alegaram ilegalidade do dispositivo mencionado justificaram seu posicionamento no fato de que tal dispositivo criaria infrações não previstas na LGT. No entanto, não percebo da leitura do referido dispositivo qualquer criação de novas infrações, diferentes das que estão legalmente previstas. Como ocorre com os demais regulamentos expedidos pela Agência, o PGMC trouxe uma previsão genérica sobre a possibilidade de sancionamento em caso de descumprimento de regras regulamentares, nos estritos termos previstos na legislação aplicável.
- 4.2.23.41. Quanto à alegada necessidade de se detalhar as sanções passíveis de serem aplicadas por eventual descumprimento do PGMC, vale salientar que existe regulamentação específica dispondo sobre as sanções aplicáveis em caso de descumprimento legal ou regulamentar, razão pela qual entendo desnecessário qualquer detalhamento no presente Regulamento. Dessa forma, entendo razoável a proposta que manteve o texto em consulta pública para este ponto.
- 4.2.23.42. Diante de todo o exposto neste Tema, manifesto minha concordância com a proposta constante dos Informes nº 4/2011 e 14/2012, **propondo, adicionalmente**, as seguintes alterações:

Sugestão do Relator

- **Dar nova redação aos “Considerandos” da minuta de Resolução que aprova o PGMC**, de forma a incluir referências normativas que fundamentam sua expedição, a Audiência Pública realizada com a sociedade e outros ajustes redacionais.
- **Dar nova redação ao art. 1º da proposta GT, com vistas à maior clareza e compreensão sobre o Objeto e Abrangência do PGMC**, em conformidade com as normas para a elaboração de atos normativos previstas na Lei Complementar nº 95/98.
- **Incluir dispositivo, nomeado como novo art. 2º, que descreva, de forma inequívoca, como se desdobram as principais ações da Anatel em vista da regulação abordada no PGMC**. A medida consolida as principais ações da Anatel, que se encontravam dispersas na minuta, sem um elo de ligação explícito e claro, e busca assegurar maior grau de previsibilidade ao mercado e a perfeita compreensão da norma pelos interessados.
- **Dar nova redação ao art. 2º da proposta GT, com vistas a integrar as figuras de “infraestrutura” e de “rede de telecomunicações” à abordagem da LGT, do Decreto nº 4.733/2003 e do Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73/98**. Nos instrumentos normativos mencionados, o legislador buscou delimitar, de forma explícita, que as ditas “redes”, “infraestruturas” ou os “elementos de rede” que são passíveis de acesso e compartilhamento por outras prestadoras são aqueles que se dignam a dar “suporte à prestação de serviço de telecomunicações”, o que exclui, por via reflexa, demais estruturas que não estejam associadas a essa finalidade. A proposta de ajuste minimiza o risco de interpretações equivocadas acerca do real direito de acesso de prestadoras de serviço de telecomunicações às redes e às infraestruturas de um competidor.
- **Modificar e excluir algumas das definições contidas no art. 2º do Anexo I do PGMC**, de forma a compatibilizá-las com o teor das disposições regulamentares a que se referem e eliminar conceituações redundantes.
- **Dar nova redação ao art. 5º da proposta GT**, de forma a fixar que os mercados relevantes serão identificados, analisados e acompanhados permanentemente pela Anatel a fim de guiar a eventual adoção de medidas assimétricas e a verificação de sua eficácia e retirada de medidas quando estas não se fizerem mais necessárias.
- **Dar nova redação ao art. 10, parágrafo único da proposta GT**, de forma a deixar claro que a revisão do Ato que designa os Grupos com PMS será reavaliada pela Anatel “a cada 2 (dois) anos”, conforme texto da consulta pública, e não no “prazo mínimo de 2 (dois) anos”.
- **Dar nova redação ao art. 12, §3º da proposta do GT**, de forma a incluir que (i) as eventuais modificações das *Medidas Regulatórias Assimétricas* antes do prazo previsto de 4 (quatro) anos também possa ser objeto de

pedido pelo interessado e (ii) incluir que tal revisão antecipada também poderá ocorrer na hipótese de ser constatado que tais medidas já não sejam mais necessárias para incentivar e promover a competição livre, ampla e justa, além da hipótese já prevista, associada à eventual constatação de que as medidas adotadas se revelaram insuficientes.

- **Dar nova redação ao art. 13, §2º da proposta do GT, de forma a incluir prazo para que seja revisado, pela Anatel, os mercados relevantes identificados.** Seguindo a lógica adotada, haverá 3 (três) elementos que necessitarão ser revisados periodicamente: a designação dos Grupos detentores de PMS (prevista no art. 10, parágrafo único da proposta GT); as medidas regulatórias assimétricas (prevista no art. 12, §2º da proposta GT) e os mercados relevantes identificados (cujo prazo para revisão não chegou a ser explicitado na minuta do ato normativo). A presente proposta de alteração objetiva dar clareza ao fato de que também os mercados relevantes serão reavaliados, processo que, a meu ver, deve coincidir com a revisão das medidas regulatórias assimétricas, uma vez que a definição dos remédios regulatórios está intimamente relacionada com a própria definição dos mercados.

4.2.24. **TEMA 2 – COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS**

- 4.2.24.1. Neste Tema, foram tratadas as contribuições relativas à criação de um procedimento específico para composição de conflitos entre prestadoras, gerados em função dos regramentos previstos no PGMG.
- 4.2.24.2. A proposta de criação de um procedimento, cujo rito seria sumarássimo, diferente dos que já estão previstos na regulamentação expedida pela Anatel, surgiu da necessidade de maior celeridade para resolução de questões que, caso não solucionadas, poderiam, inclusive, impedir a entrada de um novo entrante no mercado.
- 4.2.24.3. Examinadas as contribuições recebidas na CP, o GT propôs, em síntese:
- a) Manter a legitimidade para demandar por meio do procedimento de composição de conflitos do PGMG apenas às prestadoras não detentoras de PMS;
 - b) Estabelecer, como regra geral, a inversão do ônus da prova em favor das prestadoras sem PMS;
 - c) Permitir a emenda da petição inicial, em alinhamento ao que prevê a Lei de Processo Administrativo – LPA;
 - d) Estender os prazos para apresentação de defesa pelo requerido e recurso;
 - e) Previsão de notificação das partes para apresentação de alegações finais, no prazo de 5 (cinco) dias, antes que a decisão de mérito seja adotada;
 - f) Manter a inexigibilidade de caução para adoção de cautelares, uma vez que tal medida pode inviabilizar a eficácia da cautelar adotada, em virtude da impossibilidade econômica para a prestação da caução;

g) Estabelecer que a Comissão de Composição de Conflitos terá carácter permanente e seus membros terão mandato de 3 (três) anos;

h) Criar um Regimento Interno da Comissão de Composição de Conflitos com vistas a estabelecer sua estrutura e funcionamento, bem como as competências de seus membros.

4.2.24.4. Para melhor clareza e entendimento sobre o Tema, optei por dividi-lo em subtemas, acompanhando a divisão feita pelo GT no Informe nº 004/2012, conforme abaixo:

- A) Comissão de Composição de Conflitos;
- B) Regimento Interno da Comissão de Composição de Conflitos.
- C) Legitimados para demandar por meio do procedimento de composição de conflitos;
- D) Inversão do ônus da prova;
- E) Inépcia da inicial;
- F) Prazos;
- G) Adoção de Cautelares;

4.2.24.5. A seguir, passo ao detalhamento de cada subtema.

A) Comissão de Composição de Conflitos

4.2.24.6. A proposta trazida pelo GT é de nomeação de Comissão de Composição de Conflitos como responsável para dirimir os conflitos gerados no âmbito do PGMC.

4.2.24.7. É importante frisar que o procedimento de composição de conflitos do PGMC possui algumas peculiaridades se comparado aos demais procedimentos estabelecidos para composição de conflitos no âmbito da Anatel.

4.2.24.8. Na verdade, não há uma uniformidade de tratamento para os tipos de procedimento de resolução de conflitos na Anatel. O Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 270/2001, prevê alguns tipos de Resolução de Conflitos, tais como Procedimento de Mediação, de Arbitragem e Reclamação Administrativa, não trazendo regras detalhadas sobre o procedimento a ser seguido em cada um deles.

4.2.24.9. Por sua vez, o Regulamento Geral de Interconexão, aprovado pela Resolução nº 410/2005, prevê que a arbitragem das condições de Interconexão será feita pela Comissão de Arbitragem composta por três membros nomeados pelo Presidente da Anatel.

4.2.24.10. Recentemente, a Anatel expediu o Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD, aprovado pela Resolução nº 590, de 15/05/2012, em que se prevê que a Resolução de Conflitos dessa natureza será decidida monocraticamente.

4.2.24.11. Vale ainda mencionar a proposta apresentada por este Gabinete, por meio da Análise nº 197/2012-GCMB, de 23/04/2012, de revisão do Regimento Interno da Anatel, objeto da Consulta Pública nº 20/2012, em que se prevê que, em regra, as composições de conflitos submetidas à Anatel deverão ser decididas monocraticamente. Excepcionalmente, a autoridade competente para decidir a

composição de conflitos se entender pertinente, poderá solicitar ao Presidente da Anatel a convocação de Comissão para análise e decisão sobre o conflito. Além disso, propus regras detalhadas de procedimento para cada tipo de composição de conflitos.

- 4.2.24.12. A proposta apresentada pelo GT para composição de conflitos do PGMC pode ser assim resumida: (i) Rito sumaríssimo; (ii) restrição no ingresso de Pedido de Composição de Conflitos; (iii) decisão colegiada adotada por Comissão de Composição de Conflitos nomeada pelo Presidente da Anatel.
- 4.2.24.13. Considerando que o Regimento Interno é instrumento hábil a instituir regras gerais aplicáveis a todo e qualquer procedimento no âmbito da Anatel, e o fato de que uma pluralidade de procedimentos para tratar sobre o mesmo tema, qual seja, composição de conflitos, não é razoável e pode gerar divergentes manifestações de entendimento e decisões, proponho que seja avaliada a possibilidade de que a versão final do Regimento Interno a ser submetido para aprovação do Conselho Diretor, que atualmente se encontra na Superintendência Executiva para análise das contribuições recebidas no âmbito da CP nº 20/2012, preveja que os procedimentos existentes que possuam regras não aderentes ao que está previsto no Regimento sejam revogados, mantendo-se apenas a presente proposta de composição de conflitos do PGMC.
- 4.2.24.14. Justifico. A despeito de entender que o Regimento Interno deva assegurar a uniformidade entre todos os procedimentos de composição de conflitos submetidos para solução da Anatel, a composição de conflitos do PGMC deve observar um procedimento próprio, que lhe garanta a celeridade necessária, considerando que, repisa-se, nesses casos deve-se ter uma resposta ao administrado com a maior agilidade possível, uma vez que, em última análise, é pressuposto para formentar a competição.
- 4.2.24.15. Pela necessidade de celeridade que o procedimento precisa ter, inclusive, é que proponho, diferentemente do que foi proposto pelo GT, que a decisão a ser adotada na Composição de Conflitos do PGMC seja adotada monocraticamente pela autoridade julgadora de primeira instância. Adotando premissa idêntica à que propus no âmbito da revisão do Regimento Interno, proponho também que a existência de Comissão ocorra excepcionalmente, caso a autoridade entenda pertinente que o conflito seja submetido a um colegiado. As demais regras sugeridas pelo grupo, quais sejam, (i) restrição no ingresso de Pedido de Composição de Conflitos e (ii) procedimento sumaríssimo seriam mantidas e essas seriam as peculiaridades que diferenciariam o procedimento de composição de conflitos do PGMC da regra geral prevista na proposta de revisão do Regimento Interno da Anatel.

B) Regimento Interno da Comissão de Composição de Conflitos do PGMC

- 4.2.24.16. Conforme previsto no art. 17, §2º, da proposta de PGMC, as competências e atribuições dos membros da Comissão de Composição de Conflitos do PGMC seriam definidas em seu Regimento, a ser aprovado por meio de Portaria do Conselho Diretor.

- 4.2.24.17. Considerando que a existência de um órgão colegiado para Composição de Conflitos do PGMG será uma exceção e que a proposta de Regimento da Comissão de Composição de Conflitos - RCCC, na forma como foi desenhada pelo GT, replica as regras procedimentais já previstas no corpo do PGMG, **proponho não acatar** a proposta de se criar um Regimento Interno da Comissão de Composição de Conflitos (RCCC) do PGMG trazida pelo GT.
- 4.2.24.18. Alternativamente, entendo que, na hipótese de existência de Comissão, as atribuições e competências de cada membro da Comissão e demais órgãos auxiliares (Órgão de Assessoramento Técnico e Secretário Executivo) podem ser inseridas na Portaria do Conselho Diretor que os nomeará, conforme nova redação que proponho para o instrumento.
- 4.2.24.19. De todo modo, considerando que aproveitei alguns dispositivos previstos na Proposta de RCCC do GT para o texto do Regulamento, e para a Portaria de nomeação dos membros, é oportuno trazer à baila as contribuições trazidas pela Procuradoria sobre o tema.
- 4.2.24.20. Por meio do Parecer nº 1151/2012/MGN/PFE-Anatel PGF/AGU, fez as seguintes sugestões de melhoria na proposta de RCCC apresentada pelo GT:

b) Quanto à Proposta de Portaria de Regimento da Comissão de Composição de Conflitos:

b.2) No que se refere aos artigos 5º e 6º da proposta de Portaria, cabe indagar da área especializada se a intenção era que apenas o cargo de Presidente da Comissão se submete a mandato (um ano, in casu). Desta forma, pergunta-se se não seria o caso de os cargos dos demais membros da Comissão de Composição de Conflitos e do Órgão de Assessoramento Técnico se submeterem a um prazo;

b.3) Quanto aos art. 7º a 11 da proposta em exame:

Pela exclusão do art. 11, § 2º e pela seguinte redação ao art. 11, § 1º da proposta de Portaria:

Redação Proposta pela PFE

Art. 11. Omissis.

(...)

§ 1º As competências e atribuições do Órgão de Assessoramento Técnico poderão ser desempenhadas por órgãos da Anatel, nos termos de Portaria do Presidente da Agência.

~~§ 2º. A delegação de competências das competências e atribuições do Órgão de Assessoramento Técnico à órgãos da Anatel será realizada por meio de Portaria do Presidente da Anatel.~~

Pela seguinte redação ao art. 7º, caput e incisos I e IV e art. 11, incisos I, III e IV:

Redação Proposta pela PFE

Art. 7º. ~~À Comissão de Composição de Conflitos, é responsável pelo andamento do Procedimento de Composição de Conflitos e pelo cumprimento de suas etapas, compete tendo as seguintes competências:~~

~~I – analisar e decidir quanto à admissibilidade da petição inicial do Requerimento Inicial;~~

~~(...)~~

~~IV – determinar a notificação do informar ao Requerente quanto à necessidade de regularização de eventuais falhas na petição inicial;~~

~~(...)~~

Art. 11. Compete aos Membros do Órgão de Assessoramento Técnico:

~~I – autuar o analisar a admissibilidade do Requerimento Inicial e instaurar o Procedimento de Composição de Conflitos e encaminhá-lo à Comissão para decisão quanto à admissibilidade da petição inicial;~~

~~(...)~~

~~III – notificar o Requerente, por determinação da Comissão, informar ao Requerente quanto à necessidade de regularização de eventuais falhas na petição inicial;~~

~~IV – se manifestar pela remessa da Petição de Composição de Conflitos para outro órgão quando constatar que a demanda não trata de tema pertinente ao PGMG;~~

~~(...)~~

b.4) Quanto aos artigos 12 a 17 da minuta de Portaria:

Pela sugestão de que se uniformize, ao longo da proposta de Portaria, a utilização do termo “petição inicial”;

Pela seguinte redação aos artigos 13 a 17 da proposta de Portaria, nos termos argumentados ao longo do presente opinativo:

Redação Proposta pela PFE

Art. 13. A petição inicial ~~denominada Composição de Conflitos do PGMG~~ será ~~dirigida submetida~~ à Comissão de Composição de Conflitos e deverá conter:

I - qualificação da pretendente, indicando a sua razão social e o nome fantasia, quando aplicável, o número de inscrição no cadastro nacional de pessoas jurídicas e o endereço;

II - a exposição minuciosa dos fatos, que deverão ser pertinentes ao PGMG, bem como os fundamentos do pedido, com todas as suas especificações;

III - as razões que impedem um acordo voluntário entre as partes envolvidas e da necessidade de intervenção da Anatel;

IV - os documentos necessários ~~para~~ à demonstração dos fatos alegados, bem como 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, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso, e retirar e apresentar documentos;

Art. 14. Compete à Comissão analisar e decidir quanto à admissibilidade da petição inicial. A petição denominada Composição de Conflitos do PGMG, será encaminhada ao Órgão de Assessoramento Técnico para análise de admissibilidade.

§ 1º. O suprimento de eventuais falhas na Petição de Composição de Conflitos petição inicial deverá ocorrer no prazo de até 5 (cinco) dias, contados do recebimento da notificação para regularização, sob pena de indeferimento arquivamento.

§ 2º. Não havendo exigências na Admitida a petição inicial ou cumprida a diligência prevista no parágrafo anterior, o Órgão de Assessoramento, por determinação da Comissão, notificará o Requerido para, no prazo de até 5 (cinco) dias, para apresentar defesa, encaminhando juntamente cópia integral da petição inicial Petição de Resolução de Conflitos do PGMG.

§ 3º. Quando constatado que a demanda não trata de tema pertinente ao PGMG, será providenciada a remessa da petição ao órgão competente para tratar do assunto.

§ 4º. O ônus da prova cabe à entidade detentora de PMS, exceto quando restar comprovado, no caso concreto, que a parte demandante tem melhores condições de produzi-la produção de prova.

Art. 15. No curso do procedimento Após instaurado o Procedimento de Composição de Conflitos, o Árbitro Relator poderá notificar as partes para apresentar informações e documentos que entender necessários ao deslinde da causa.

Art. 16. Havendo necessidade, as partes serão convocadas para comparecer à Reunião de Composição de Conflitos.

Art. 17. O Requerimento Inicial será indeferido de plano caso não verse sobre conflitos surgidos em matéria de aplicação da ordem jurídica do setor de telecomunicações de competência da Anatel ou se a Requerente não cumprir a diligência do Erro! Fonte de referência não encontrada. 14, § 1º. A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

II - quando a parte for manifestamente ilegítima;

III - quando o autor carecer de interesse processual;

IV - quando o Procedimento de Composição de Conflitos do PGMG não corresponder à natureza da causa, caso em que será providenciada a remessa da petição ao órgão competente para tratar do assunto;

V - quando não atendidas as prescrições dos arts. 14, § 1; e

VI – quando a Requerente não declarar o endereço em que receberá as notificações.

§ 1º.Indeferido o Requerimento Inicial, a parte que o formulou será notificada. A Requerente será notificada da decisão de indeferimento da petição inicial.

~~§ 2º. Do indeferimento do Requerimento Inicial não caberá recurso.~~ Da decisão de indeferimento, poderá a Requerente interpor Recurso Administrativo ao Conselho Diretor, facultado à Comissão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, exercer juízo de retratação.

§ 3º. Não exercendo o juízo de retratação no prazo disposto no parágrafo anterior, a Comissão encaminhará os autos ao Conselho Diretor.

§ 4º. Da decisão do Conselho Diretor não caberá Pedido de Reconsideração.

b.5) Quanto ao art. 18 da proposta de Portaria, pela seguinte redação ao dispositivo:

Redação Proposta pela PFE

Art. 18. A Comissão de Composição de Conflitos do PGMC poderá, motivadamente, no curso do procedimento ou, em caso de risco iminente, antes dele, adotar medidas cautelares, sem a prévia manifestação do interessado.

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

§ 1º. O processo referente à medida cautelar tramitará em autos apartados, sem prejuízo do andamento do processo de mérito.

§ 2º. Caso haja recurso contra a decisão que adotar medidas cautelares, os autos apartados devem ser desampensados do procedimento principal, para análise e julgamento pela autoridade competente.

b.6) Quanto aos art. 20 e 21 da Proposta de Portaria, recomenda-se a adoção do seguinte texto:

Redação Proposta pela PFE

Art. 20. Omissis.

§ 2º A Reunião de Composição de Conflitos será necessariamente registrada em ata própria, podendo, também, ser gravada, caso a Comissão assim decida.

~~§ 3º. A Comissão poderá admitir a participação de terceiros na Reunião de Composição de Conflitos.~~ A Comissão de Composição de Conflitos, observada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 21. Na ~~O procedimento da~~ Reunião de Composição de Conflitos:

I - O presidente da Comissão ~~de Composição de Conflito~~, responsável pela direção dos trabalhos, apregoará as partes, abrirá a reunião e, após a explicação de seus objetivos, ~~a síntese do pedido inicial e da contestação~~ sintetizará o conteúdo da petição inicial e da contestação;

II - Será ouvida a proposta de acordo do requerente e posteriormente a proposta de acordo do requerido;

III - A Comissão ~~de Composição de Conflitos~~ tentará conciliar as partes;

IV - Havendo a composição do conflito pelas partes, o acordo será reduzido a termo e todos os participantes o assinarão.

~~V – Não havendo composição pelas partes e constatada a existência de elementos suficientes, a Comissão poderá decidir cautelarmente o conflito ao final da Reunião, ou no prazo de quinze dias;~~

V - Não havendo composição pelas partes e constatada, ainda, e a inexistência de elementos suficientes para a adoção de medida cautelar, a Comissão poderá determinar produção de provas em audiência ou no prazo de 5 (cinco) dias, salvo se a prova demandar mais tempo para ser produzida;

VI - Após a determinação das provas a serem produzidas, a Comissão ~~de Composição de Conflitos~~ encerrará a Reunião de Composição de Conflitos.

§ 1º. A composição de que trata o inciso IV será homologada pela Comissão e o procedimento será arquivado pela Comissão.

~~§ 2º. Na hipótese do inciso V, caso a Comissão entenda necessário, concederá às partes prazo adicional de cinco dias para apresentação de novas alegações.~~

§ 3º. Na hipótese do inciso V, após a apresentação das provas, as partes serão intimadas para no prazo de 5 (cinco) dias apresentar alegações.

~~§ 4º. Esgotado o prazo para as partes apresentarem suas alegações, a Comissão, no prazo de 15 (quinze) dias, proferirá a decisão cautelar.~~

~~§ 5º. O prazo mencionado no parágrafo anterior poderá ser prorrogado, uma única vez, por igual período, mediante justificativa da Comissão.~~

b.7) Quanto aos artigos 22 a 30 da proposta de Portaria:

Pela adoção da seguinte redação ao art. 22, 27 e 29:

Redação Proposta pela PFE

Art. 22. Antes ~~de submeter~~ da submissão de matéria a deliberação pela Comissão, o Processo de Composição de Conflitos será encaminhado ao Órgão de Assessoramento Técnico, o qual emitirá Informe Técnico sobre o tema no prazo máximo de 10 (dez) dias.

(...)

Art. 27. Os efeitos da decisão final do processo principal exarada pela Comissão de Composição de Conflitos retroagirão à data do protocolo da petição inicial.

(...)

Art. 29. Os membros da Comissão, na análise dos processos de composição de conflitos, deverão observar, entre outros, os princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, pautando-se sempre pela adoção de critérios técnicos, imparciais e não ~~discrecionários~~ arbitrários.

No que se refere ao art. 23, § 1º da minuta, esta Procuradoria alerta para a possibilidade de que o demandante acabe por “escolher” o relator de sua causa, tendo em vista, como se disse, que a previsão é que a distribuição se faça de forma sequencial. Diante disso, indaga-se se não seria mais adequado prever a distribuição por sorteio, observada a isonomia de quantitativos de processos, de modo a evitar a previsibilidade na designação do relator das causas referentes à composição de conflitos do PGMG;

- 4.2.24.21. Considerando que utilizei grande parte dos dispositivos previstos na proposta de RCCC, seja para introduzi-los ao corpo do Regulamento, seja para aproveitá-los na minuta de Portaria de nomeação dos membros da Comissão, acatei as sugestões de melhoria de redação feitas pela Procuradoria e as introduzi em minha proposta.

C) Legitimados para demandar por meio do procedimento de composição de conflitos

- 4.2.24.22. Segundo previsão contida no art. 16 da proposta de Regulamento submetida à CP, a legitimidade para ingresso de pedido de composição de conflito, no âmbito do PGMC, seria exclusiva das prestadoras não detentoras de PMS e das Entidades Representantes.

- 4.2.24.23. A grande maioria das contribuições seguiu o mesmo fundamento da empresa Telefônica, que afirmou que a hipótese de restrição no ingresso de pedido de composição de conflitos *“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.”* Afirma ainda que a vedação não faz sentido, 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.”*.

- 4.2.24.24. Sobre o tema, a Procuradoria Federal Especializada se manifestou, por meio do Parecer nº 563/2012/MGN/PFE-Anatel-PGF/AGU, no seguinte sentido:

101. *No ordenamento jurídico pátrio, não é novidade a instituição de procedimentos distintos para regular situações fáticas que sejam desiguais in concreto, de sorte a privilegiar o princípio constitucional da isonomia, no seu âmbito material. Nessa linha, já dizia Celso Antonio Bandeira de Mello:*

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas². [grifou-se]

102. *A guisa de exemplo, cita-se a edição do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, aprovado pela Lei nº 8.069/1990, que tem por objetivo a proteção à criança e ao adolescente justamente por se tratarem de figuras vulneráveis. É exatamente por isso que seu art. 3º preceitua que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*

103. *Do mesmo modo, a Lei nº 10.741/2003, que aprovou o Estatuto do Idoso, veio para regular de forma diferenciada a situação das pessoas consideradas idosas, passando a ter por objeto de proteção aqueles que contam com 65 anos completos.*

² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 9.

104. *Finalmente, a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi editada com a finalidade de estabelecer mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal. Verifica-se que tal diploma legal foi editado para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, não podendo ser aplicada se a violência doméstica e familiar for sofrida por um homem. Há, portanto, procedimentos distintos para tratar a violência doméstica, tal como no PGMC. Se a violência for praticada pelo homem (detentor de poder) em face da mulher (parte vulnerável), aplica-se o procedimento da Lei Maria da Penha. Contudo, se a violência for inversa, isto é, da mulher contra o homem, segue-se o procedimento ordinário. Nesse sentido, vale a pena registrar que o Estado não tolera a violência da mulher contra o homem, mas apenas direciona sua punição a um procedimento ordinário.*

105. *Tudo isso serve para afirmar que o delineamento de um modelo de resolução de conflitos que estabeleça um rol de legitimados ativos para sua instauração não se constitui em inovação no ordenamento jurídico, sendo, no caso concreto da presente proposta de PGMC, mais um mecanismo de contrabalancear o poder econômico desigual das prestadoras envolvidas.*

106. *Tampouco há que se falar em violação ao direito de petição. Isso porque, apesar de a legitimidade ativa para a instauração do procedimento previsto na proposta regulamentar em exame ser atribuída de forma exclusiva às empresas não detentoras de PMS, nos termos do art. 15 da minuta de PGMC, aquelas que forem consideradas detentoras de PMS poderão se valer do procedimento ordinário, previsto nos arts. 62 e 63 do Regimento Interno da Anatel. Ou seja, a Anatel também irá combater eventuais condutas abusivas das prestadoras não detentoras de PMS em face das detentoras de PMS, só que, na linha do exposto, por meio de procedimento ordinário, não existindo óbices jurídicos para que assim ocorra.*

- 4.2.24.25. Os arts. 5º e 6º da LGT, inspirados na Constituição Federal, determinam que o Poder Público tem o dever de atuar para propiciar a livre, ampla e justa competição, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita. Tal atuação se dá por meio da adoção de medidas assimétricas, privilegiando o princípio da isonomia ou da igualdade material, segundo o qual se deve conferir tratamento jurídico diferenciado sempre que for necessário para promover a igualização das condições entre as partes, de acordo com as respectivas necessidades.
- 4.2.24.26. Neste cenário, o Procedimento de Composição de Conflitos, no âmbito do PGMC, foi criado como medida para minimizar os efeitos da competição limitada, decorrente de um cenário em que os mercados de varejo são dependentes dos mercados de atacado, cujos *players* detém controle sobre infraestrutura de difícil duplicação.
- 4.2.24.27. No caso em análise, em que os conflitos abrangem questões puramente competitivas, percebe-se claramente a existência de situação em que se faz necessária a aplicação de medida assimétrica para garantir a igualdade de condições entre as partes, uma vez que a parte vulnerável sempre será a entrante, que necessita de celeridade na solução do conflito para poder dar seguimento às suas atividades comerciais.

- 4.2.24.28. Há que se ressaltar que, a despeito da restrição imposta pela Anatel para ingresso com pedido de Composição de Conflitos, sob o rito sumaríssimo, o direito de petição, constitucionalmente previsto, permanece garantido ao que dele intentar fazer uso. Além disso, caso a prestadora com PMS necessite se valer de um procedimento para composição de conflitos perante a Anatel, poderá se valer dos demais procedimentos previstos na regulamentação expedida pela Agência.
- 4.2.24.29. Fica claro, portanto, que a Anatel intentou com a restrição de ingresso com pedido de Composição de Conflitos favorecer as prestadoras sem PMS. Desse modo, não vislumbro qualquer violação à Constituição Federal e à LGT como alegado pelas diversas contribuições sobre o tema.
- 4.2.24.30. Quanto à previsão de que as Entidades Representantes pudessem ingressar com Pedido de Composição de Conflitos, considerando a exclusão da criação de tal entidade, entendo pertinente se fazer um ajuste na redação para prever a possibilidade de que entidades que representem as prestadoras sem PMS possam manter sua legitimidade de ingresso de pedido, mas sem que haja referência expressa a Entidade Representante.

D) Inversão do ônus da prova

- 4.2.24.31. Ainda no âmbito do art. 16, foram recebidas contribuições alegando a necessidade de prever a inversão do ônus da prova em favor das prestadoras sem PMS quando da resolução de conflitos envolvendo Grupos com PMS quanto às ofertas de atacado. O GT se manifestou favoravelmente às contribuições recebidas.
- 4.2.24.32. Sobre tais contribuições, o GT se manifestou nos seguintes termos:

De acordo com a Teoria da Carga Dinâmica da Prova, amplamente acatada pela doutrina e pela jurisprudência, a prova cabe a quem efetivamente tem as melhores condições de produzi-la. Os princípios que norteiam a teoria da distribuição da carga dinâmica das provas são: (i) o princípio da igualdade, o qual prevê que o efetivo acesso à jurisdição pode ficar comprometido caso as partes não recebam um tratamento diferenciado para neutralizar as desigualdades existentes entre elas; (ii) o princípio da cooperação, segundo o qual as partes têm o dever de cooperar com o órgão jurisdicional sem se refugiar no seu mero interesse particular.

*Os casos a serem tratados pelo sistema de composição de conflitos do PGMG terão como objeto oferta de produtos pelas prestadoras com PMS, de modo que é presumível que estas tenham maior condições de produzir provas quanto às alegações apresentadas. Nesse sentido, **propõe-se que a contribuição seja acatada parcialmente**, no sentido de estabelecer como regra geral, a inversão do ônus da prova em favor das prestadoras sem PMS, mas que tal ônus possa ser imposto sobre o Grupo sem PMS, caso a Comissão de Composição de Conflitos entenda que essa parte é a que tem maior capacidade de produção da prova.*

Assim, entende-se que a inversão do ônus da prova não deve ser absoluta, mas sim relativizada no caso concreto, de acordo com a Teoria da carga dinâmica da prova.

4.2.24.33. A Procuradoria, por sua vez, esclareceu os seguintes pontos sobre esse subtema:

107. *Inicialmente, não há que se falar na existência de óbices jurídicos quanto à possibilidade de determinação da distribuição do ônus da prova tal como proposta pela área especializada dentro da sistemática de medidas regulatórias assimétricas que visam corrigir eventuais distorções concorrenciais observadas no setor regulado. No entanto, quanto ao ponto em comento, algumas considerações merecem ser feitas.*

(...)

110. *Dos excertos colacionados, assinala-se que a inversão do ônus da prova em favor daquele que não detém PMS é a regra, salvo quando restar comprovado que a parte demandante tem melhores condições de produção de prova. Trata-se de opção regulatória e que não encontra empecilhos de cunho jurídico, estando a proposição devidamente motivada.*

111. *Nesse ponto, todavia, incumbe a esta Especializada enumerar outras experiências legislativas quanto ao assunto, de sorte a orientar área técnica, para que esta adote a opção da forma mais consciente possível. Assim, convém registrar que a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente já ocorre no Direito do Consumidor. Nesse sentido, dispõe o art. 6º do CDC:*

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

112. *Pelo que se vê, no Código de Defesa do Consumidor, norma que protege o consumidor, considerado hipossuficiente (seja sob o aspecto econômico, técnico ou jurídico), não prevê que a inversão do ônus da prova em todas as lides em que ele for parte. Assim, a inversão do ônus probatório, na seara consumerista, dependerá de decisão do julgador, observada a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor. Em outras palavras, deve ser comprovada, no caso concreto, a necessidade da inversão do ônus da prova em favor do usuário. Nesse sentido, dispõe Leonardo de Medeiros Garcia quanto à previsão do instituto no CDC:*

4.2. A inversão do ônus da prova não é automática.

Deve o juiz justificar devidamente se presentes os pressupostos da referida norma para, aí sim, deferir a inversão do ônus da prova. Chamado de inversão do ônus da prova ope judicis (por ato do juiz) em contraposição à inversão do ônus da prova ope legis (ou por força da lei)³.

³ GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código do Consumidor – Lei nº 8.078/1990. 4ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 54.

113. *Quanto ao que dispõe o art. 15, §4º, da proposta de PGMC, esta Procuradoria, repise-se, não vislumbra empecilhos de ordem jurídica que maculem a redação do dispositivo. No entanto, de posse da sistemática adotada pela legislação consumerista, indaga-se da área especializada, para fins de melhor motivar a proposta em análise, se não seria o caso de a proposta de PGMC inspirar-se no que preceitua o CDC, determinando que a inversão do ônus da prova ocorrerá a critério da Anatel, na análise do caso concreto.*

- 4.2.24.34. De acordo com o que prevê o art. 36 da Lei de Processo Administrativo, Lei nº 9.784/99, a prova dos fatos é responsabilidade daquele que os alega. No entanto, o procedimento de Composição de Conflitos, na forma em que foi concebido no PGMC, considera que os conflitos a serem submetidos à Anatel terão como objeto oferta de produtos pelas prestadoras com PMS, as quais, por consequência, são aquelas que poderão prestar mais adequadamente as informações à Agência sobre a celeuma.
- 4.2.24.35. Há que se considerar que a inversão de ônus probatório, proposta no presente caso, é apenas relativa, uma vez que admite a produção de provas pelo demandante quando restar comprovado que este, no caso concreto, tem melhores condições de produzi-las.

E) Inépcia da inicial

- 4.2.24.36. Foram recebidas inúmeras contribuições sobre a declaração de inépcia da petição inicial contida no art. 19 da proposta de PGMC, no sentido de permitir que os fatos ensejadores na inépcia sejam sanados ou para declarar que a decisão de arquivamento por inépcia da inicial deve ser declaradamente uma decisão sem julgamento de mérito.
- 4.2.24.37. A proposta de texto apresentada em Consulta Pública previa, em seu art. 19, os requisitos exigíveis da Petição de Composição de Conflitos. Não observados tais requisitos, o Regulamento previa a declaração de inépcia da inicial e arquivamento do feito.
- 4.2.24.38. Sobre a proposta submetida à CP, a Procuradoria se manifestou, por meio do Parecer nº 1160/2010/PGF/PFE-Anatel, pela necessidade de concessão de prazo para que o demandante emendasse à inicial, tendo em vista que *“o intuito do procedimento é criar meios para a efetivação das assimetrias regulatórias, e não a criação de obstáculos para a análise dos pleitos apresentados pelos não detentores de PMS.”* E continua: *“Desse modo, o indeferimento liminar da petição, sem que seja oportunizada sua emenda, pode constituir cerceamento de defesa.”*
- 4.2.24.39. Não somente isso, segundo prevê o art. 284 do Código de Processo Civil, *“Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.”* Apenas no caso do autor não cumprir a diligência fixada pelo juiz é que sua petição inicial será indeferida.
- 4.2.24.40. Ademais, a Lei de Processo Administrativo prevê que é vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o

interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas. Neste caso, considerando o que prevê o art. 24 do mesmo instrumento legal e a necessidade de celeridade que o procedimento proposto requer, **entendo** razoável a concessão de prazo de 5 (cinco) dias para que o demandante supra quaisquer falhas em sua petição inicial.

F) Prazos

- 4.2.24.41. A proposta de texto em Consulta Pública previa, em seu art. 20, que o Requerido deveria ser notificado para apresentar defesa no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contados do recebimento da notificação.
- 4.2.24.42. Sobre a proposta, a Procuradoria se manifestou, por meio do Parecer nº 1160/2010/PGF/PFE-Anatel, pela necessidade de que os prazos, modo de encaminhamento da petição e a forma de processamento das notificações fossem similares aos que já são adotados pela Agência, em observância ao que preceitua seu Regimento Interno. Além disso, quanto ao prazo para a defesa, a Procuradoria considerou o mesmo excessivamente exíguo, recomendando a ampliação do prazo para 5 (cinco) dias.
- 4.2.24.43. Foram recebidas contribuições alegando que os prazos estabelecidos na Composição de Conflitos do PGMCM são muito curtos, desrespeitando assim a Lei do Processo Administrativo (LPA).
- 4.2.24.44. Sobre tais contribuições, o GT se manifestou nos seguintes termos:

Nesse ponto, cumpre ressaltar que a Composição de Conflitos prevista no PGMCM constitui procedimento especial, podendo assim estabelecer prazos mais curtos que a LPA, que estabelece as regras gerais do processo administrativo.

Tendo em vista o caráter das demandas a serem analisadas pelo sistema de composição de conflitos do PGMCM, faz-se necessário a instituição de prazos céleres e que possam trazer ao administrado uma resposta rápida, sob pena de prejudicar e até mesmo retirar uma prestadora do mercado que se pretende tornar competitiva.

Além do exposto, o Decreto n.º 7.175, de 12 de maio de 2010, que instituiu o Programa Nacional de Banda Larga, determina a adoção de procedimentos céleres para a resolução de conflitos como diretriz para a regulação dos serviços de telecomunicações e da infraestrutura de rede de suporte de conexão à Internet em banda larga.

*No entanto, entende-se ser recomendável a **ampliação do prazo previsto no art. 20 da proposta de PGMCM para 5 (cinco) dias corridos e improrrogáveis**, permitindo assim maior qualidade da defesa, em alinhamento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas sem prejudicar a celeridade especial necessária no tipo de conflito em tela.*

- 4.2.24.45. Outro ponto que merece ser revisto é o prazo para que as partes possam recorrer da decisão da autoridade julgadora de primeira instância. Segundo texto submetido à CP, esse prazo seria de 5 (cinco) dias. Considerando a necessidade de que os prazos, o modo de encaminhamento da petição e a forma de processamento das

notificações sejam similares aos que já são adotados em outros procedimentos da Anatel, **entendo** que o prazo recursal deve se adequar à previsão regimental e da LPA, estendendo-se o prazo para 10 (dez) dias.

- 4.2.24.46. Especificamente quanto à possibilidade de se recorrer da decisão da autoridade julgadora de primeira instância, o GT previu que esse recurso seria apenas no efeito devolutivo. A despeito de considerar que a regra é que o recurso tenha sempre o efeito devolutivo e que a preocupação do GT era com a celeridade do procedimento, **entendo** que existem casos em que há justo receio de prejuízo, de difícil reparação, decorrente da execução da decisão e, neste caso, a lei possibilita que haja efeito suspensivo para a decisão (art. 61, parágrafo único da LPA). Logo, cercear o direito da parte de ter uma decisão suspensa sem que haja uma motivação incontestável para isso é, no mínimo, temerária. Por esse motivo, **opino** no sentido que se observe a regra de tramitação dos recursos prevista no Regimento Interno da Anatel.

G) Adoção de cautelares

- 4.2.24.47. Quanto à adoção de cautelares na composição de conflitos do PGM/C, foram recebidas contribuições alegando que: (i) não seria possível a adoção de medidas cautelares no âmbito dos conflitos de competência, por se tratarem de conflitos de natureza privada onde não está presente o interesse público; (ii) no caso da adoção de medidas cautelares, a outra parte sempre deve ser ouvida, uma vez que não haveria risco do processo se tornar ineficaz; e (iii) haveria risco de irreversibilidade de decisões cautelares, de modo que seria prudente a exigência de caução.
- 4.2.24.48. A adoção de tal medida encontra respaldo no artigo 175, parágrafo único, da Lei nº 9.472/97 (LGT), no art. 45 da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo) e no artigo 72, parágrafo único, do Regimento Interno da Anatel e tem por finalidade assegurar maior eficácia às decisões da Agência nos casos em que eventual demora processual inviabilize o resultado útil do processo. Não há dúvidas sobre a importância de tal instituto como uma forma de *enforcement* na atuação da Agência.
- 4.2.24.49. O Tribunal de Contas da União – TCU, diante da competência constitucional de controle externo dos Órgãos da Administração Pública Federal, elaborou o Acórdão nº 2109/2006 onde aponta o principal problema no tratamento dado aos PADOs pela Anatel:

“A sanção aplicada no âmbito de um PADO - se efetivamente cobrada - acaba tendo um viés estritamente punitivo, e não de correção tempestiva de falhas na entrega de serviços com qualidade.”

(...)

“Basicamente, em caso de constatação de irregularidades, os registros dão embasamento à abertura de processos de apuração (PADOs), quando se instaura o contraditório e a operadora tem a oportunidade de apresentar elementos para justificar ou contestar as constatações informadas pela Agência durante a fiscalização. O controle é realizado pela área responsável pela instauração do PADO para efeito de atenuação ou confirmação de eventuais penalidades e para garantir o devido rito processual. Mas não há um acompanhamento concomitante e contínuo da resolução dos problemas identificados nas missões de fiscalização e apontados nos processos de apuração.”

(...)

*“Entende-se por efetividade, nesse contexto, a melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações nos **aspectos e ocorrências objeto de sanções ou de orientação específica por parte da Agência**. A efetividade, no entender da equipe de auditoria, não se avalia somente pela quantidade de multas ou de recursos arrecadados, mas pelo **aperfeiçoamento do serviço através da correção e não reincidência das desconformidades identificadas**.*

(...)

*A análise do processo sancionatório utilizado pela Anatel demonstrou **limitações que prejudicam a eficácia das ações de repressão às infrações cometidas pelas prestadoras, e assim o processo não apresenta a efetividade necessária** para garantir o cumprimento - por parte das prestadoras - dos requisitos de qualidade estabelecidos na regulamentação.” (grifos nossos)*

- 4.2.24.50. O TCU, na mesma decisão colegiada, destaca que não é somente a abertura de Pados que compõe o universo de medidas coercitivas e repressivas a ser utilizada pela Anatel. Também está previsto na regulamentação a possibilidade de adoção de medidas cautelares, sendo que estas se mostram mais efetivas do que os próprios Pados, como se vê do trecho transcrito abaixo:

*“A **adoção de medida cautelar não encerra ou impede a abertura do processo de PADO decorrente, que seguirá seu trâmite normal**, podendo a seu término resultar em **sanções complementares** às empresas.*

*O objetivo das medidas cautelares, em especial aquelas relacionadas às **questões de qualidade** na prestação dos serviços, é **promover a correção ou suspensão dos atos das prestadoras que afetam direta ou indiretamente os usuários**, caracterizando-se pela **urgência de evitar danos ou lesões ainda maiores aos usuários, pela má qualidade ou desconformidade às normas na prestação do serviço**.” (grifos nossos)*

- 4.2.24.51. Portanto, acredito que a adoção dessas medidas cautelares por parte da Anatel será mais eficiente e eficaz para que os objetivos almejados pela presente proposta de Regulamento sejam alcançados, quais sejam, que a competição seja livre, ampla e justa.
- 4.2.24.52. Sobre o tema, a Procuradoria Federal Especializada se manifestou nos seguintes termos:

177. A medida cautelar é um instrumento previsto na Lei n.º 9.784/1999 (artigo 45), na Lei Geral de Telecomunicações (artigo 175, parágrafo único) e no Regimento Interno da Anatel (artigo 72, parágrafo único), que tem por finalidade assegurar maior eficácia às decisões da Agência nos casos em que eventual demora processual inviabilize a reparação efetiva, a reconstituição do bem lesado ou, enfim, o resultado útil do processo. Veja-se, a esse respeito, o que dispõem os referidos dispositivos:

LPA

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

LGT

Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa.

Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.

RIA

Art. 72. Nenhuma sanção administrativa será aplicada, a pessoa física ou jurídica, sem que lhe seja assegurada ampla defesa, em procedimento administrativo instaurado para apurar eventual infração a leis, regulamentos, normas, contratos, atos e termos de autorização.

Parágrafo único. No curso do procedimento ou, em caso de risco iminente, antes dele, a Agência poderá, motivadamente, adotar medidas cautelares estritamente indispensáveis para evitar a lesão, sem a prévia manifestação do interessado.

178. Como se pode ver, a medida cautelar pode ser imposta tanto antes como, também, no curso de procedimento administrativo. Destaque-se que a medida cautelar não se confunde com a sanção em si. Na verdade, a medida cautelar integra o chamado poder de polícia da Administração Pública, por meio do qual a atividade estatal condiciona a liberdade e a propriedade individuais, ajustando-as aos interesses da coletividade:

As medidas de polícia administrativa frequentemente são autoexecutórias: isto é, pode a Administração Pública promover, por si mesma, independentemente de remeter-se ao Poder Judiciário, a conformação do comportamento do particular às injunções dela emanadas, sem necessidade de um prévio juízo de cognição e ulterior juízo de execução processado perante as autoridades judiciárias. Assim, uma ordem para dissolução de comício ou passeata quando estes sejam perturbadores para a tranquilidade pública, será coativamente assegurada pelos órgãos administrativos. Estes se dispensam de obter uma declaração preliminar do Judiciário, seja para declaração do caráter turbulento do comício ou da passeata, seja para determinar sua dissolução.

A interrupção de um espetáculo teatral, por obsceno, será procedida, do mesmo modo, pela Administração Pública, sem que esta obtenha prévia declaração judicial reconhecendo e autorizando a paralisação de exibição teatral. A apreensão de gêneros alimentícios impróprios para o consumo, por deteriorados ou insalubres, também é medida coativa passível de ser posta em prática pelo Executivo, sem recurso às vias judiciárias, tão logo constate a irregularidade⁴. [grifo nosso]

179. Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ diferencia bem a providência acautelatória da sanção, como se vê do ensinamento abaixo transcrito:

Cumpra discernir sanções administrativas de providências administrativas acautelatórias, que muitas vezes poderiam ser com elas facilmente confundidas. Importa – e muito – fazer tal dissecação porque, como não se submetem à integralidade dos aludidos princípios, se fossem confundidas com as sanções administrativas causariam a impressão de que não se poderia falar em um regime uniforme para estas últimas.

Providências administrativas acautelatórias são medidas que a Administração muitas vezes necessita adotar de imediato para prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa e cuja finalidade não é – como a das sanções – intimidar eventuais infratores para que não incorram em conduta ou omissão indesejada, mas diferentemente, é a de paralisar comportamentos de efeitos danosos ou de

⁴ Mello, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 19ª ed., Editora Malheiros, p. 777.

⁵ Mello, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 19ª ed., Editora Malheiros, p. 795.

abortar a possibilidade de que se desencadeiem. Susana Lorenzo aparta as duas figuras com suma brevidade e clareza.

Quase sempre tais providências precedem sanções administrativas, mas com elas não se confundem. Assim, e.g., a provisória apreensão de medicamentos ou alimentos presumivelmente impróprios para o consumo da população, a expulsão de um aluno que esteja a se comportar inconvenientemente em sala de aula, a interdição de um estabelecimento perigosamente poluidor, quando a medida tenha que ser tomada sem delonga alguma, são medidas acautelatórias e só se converterão em sanções depois de oferecida oportunidade de defesa para os presumidos infratores. Como se vê, em certos casos a compostura da providência acautelatória é prestante também para cumprir a função de sanção administrativa, mas só assumirá tal caráter, quando for o caso, após a conclusão de um processo regular, conforme dito. [grifo nosso]

180. Frise-se que o descumprimento de uma medida cautelar imposta pela Agência enseja, sem dúvida, a aplicação de uma sanção, já que se trata de ato administrativo de efeito concreto expedido pela Agência.

181. Outrossim, esta Procuradoria entende que a adoção das medidas cautelares pela Agência não obste o prosseguimento do procedimento principal. Isso porque, em caso contrário, o trâmite do procedimento principal acaba por ficar confuso e postergado. Nessa linha, concorda-se com os termos do § 2º do art. 23 da minuta de Regulamento.

182. Assim, no entender desta Consultoria, as medidas cautelares e seus respectivos atos posteriores devem ser autuados em autos apartados, de modo que eventual recurso e demais atos não gerem a paralisação da análise do próprio mérito do procedimento principal, nem tumulto processual.

183. Cumpre ressaltar que, como já salientado, as medidas cautelares podem ser impostas tanto antes como, também, no curso de procedimento administrativo. Isso significa que a adoção de medidas cautelares preventivas é perfeitamente admitida e deve ser incentivada, de modo a conferir maior efetividade às ações da Agência.

184. Nessa linha, é de bom alvitre registrar que não existe um rol taxativo de medidas a serem determinadas a título de medida cautelar. Ao contrário, as possibilidades são amplas, cabendo à Agência avaliar cada caso concreto e ponderar qual a que mais se ajusta a ele. Em outras palavras, deve verificar qual medida melhor serve para resolver da forma mais efetiva possível os problemas específicos de cada caso. Pode, por exemplo, impor obrigações de fazer, de não fazer, determinar a devolução de valores, a implementação de interconexão, o pagamento de quantias não repassadas, a suspensão, ainda que parcial, da comercialização de determinados serviços ou da celebração de contratos com novos consumidores, a melhoria de redes.

185. Nesse ideário, a adoção de medidas cautelares, por parte da Agência, é altamente recomendável e seu descumprimento pode, inclusive, gerar a imposição de multa ou, mesmo, de outras obrigações à prestadora.

186. Finalmente, o § 3º do art. 23 da minuta de Regulamento em exame destaca que, “em virtude de risco de eventual irreversibilidade de decisões cautelares, a Comissão poderá estabelecer a exigência de caução”.

187. De se notar que o Código de Processo Civil já prevê em seu bojo a possibilidade de exigência de caução para os casos em que a concessão da medida cautelar venha a causar danos à parte requerida:

Código de Processo Civil

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

188. Assim, de início, não se vislumbram empecilhos de ordem jurídica que impeçam a previsão constante do art. 23, § 3º da proposição em análise.

189. Entretanto, deve-se consignar que o diploma processual civil tem em seu âmago a ideia de igualdade das partes, seja no aspecto material, seja no aspecto processual. O PGMC, de outro giro, traz ideia diversa, a partir da construção do conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como vetor de intensidade regulatória:

(...)

190. Nessa linha de raciocínio, a previsão do § 3º do art. 23 deve observar a assimetria existente entre prestadoras com e sem PMS. Explica-se. As medidas cautelares exaradas no âmbito do procedimento de resolução de conflitos do PGMC serão deferidas sempre em favor da prestadora que não detenha PMS, para colocá-la em posição igualdade com a prestadora detentora de PMS, já que somente aquelas poderão demandar pelo procedimento de Composição de Conflitos do PGMC, nos termos do art. 15 da minuta de Regulamento em exame.

191. Deste modo, para determinar o pagamento da caução a que se refere o artigo 23, §3º, da proposta de Regulamento, deverá a Comissão do PGMC observar algumas diretrizes, que levem em consideração o escopo próprio do Plano que ora se pretende aprovar.

192. Assim, a Comissão precisará verificar se a medida é, de fato, irreversível. Após, deverá sopesar se a irreversibilidade da medida é mais danosa do que conferir a tutela cautelar à prestadora não detentora de PMS sem a exigência de caução. Passada tal fase, a Anatel ainda deverá observar se a caução exigida pode ser oferecida pela parte interessada; ou seja, é imprescindível que a caução a ser prestada observe o porte econômico da interessada. Nesse caso, deve-se ainda ponderar como a Anatel deverá agir no caso de haver comprovada impossibilidade econômica para a prestação de caução por parte da prestadora sem PMS. Em outras palavras, indaga-se como deverá a Agência se comportar no caso de impossibilidade de prestação de caução: deverá ela deixar de conceder a tutela cautelar ou ainda assim a conferirá, apesar da impossibilidade verificada?

193. Desta forma, esta Procuradoria indaga se não seria o caso de a área consultante prever em que hipóteses a caução referida poderia ser exigida pela Agência, estabelecendo os critérios para tanto no bojo da proposta de Regulamento que ora se analisa, bem como prevendo o que será feito em caso de comprovada impossibilidade econômica para a prestação de caução.

194. Outrossim, assinala o § 2º do art. 25 da proposta de PGMC:

Proposta de PGMC

Art. 25. 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 adicional 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.

195. Da leitura do Parecer nº 1160/2010/PGF/PFE-Anatel, observa-se que a problemática já foi discutida por esta Procuradoria naquela ocasião. Vejamos:

Parecer nº 1160/2010/PGF/PFE-Anatel

120. Primeiramente, cabe ressaltar que, a qualquer momento, é permitida a concessão de medida cautelar, que engloba inclusive a antecipação da tutela, antes da decisão final, desde que estejam presentes os requisitos para a concessão da medida, nos termos do art. 29, e não apenas ao final da reunião de composição de conflitos.

121. Não há razão para a delimitação de prazo para a prolação de decisão cautelar, já que a mesma deve ser utilizada em caso de risco iminente, nos termos do art. 45 da Lei nº 9.784, de 1999. Assim, os dispositivos previstos nos artigos 29 e 31 são contraditórios.

122. Importante ressaltar que, após a apresentação das alegações finais, a comissão deve proferir a decisão final de mérito, e não a decisão cautelar, como estabelece o § 2º do art. 31.

123. Cumpre destacar que deverá ser assegurado à parte interessada o direito à interposição de recurso voluntário contra eventual decisão cautelar tomada pela Comissão. (...). [grifou-se]

196. Nesse sentido, esta Procuradoria reitera o quanto disposto no opinativo em referência, recomendando que se ajuste a redação do art. 25, caput e § 2º da proposta de PGMC ao entendimento ali esposado. Cumpre ressaltar que os comentários ao § 1º do dispositivo em comento já foi objeto de comentários, conforme se comprova em linhas acima.

- 4.2.24.53. Quanto à necessidade de oitiva da outra parte antes da adoção de uma medida cautelar, entende-se que esta deve ser garantida sempre que não colocar em risco a eficácia do processo.
- 4.2.24.54. No entanto, em conflitos de competição, muitas vezes a celeridade na adoção de uma medida cautelar é fundamental para não retirar um player do mercado ou deixar um consumidor final sem a prestação do serviço.
- 4.2.24.55. Desse modo, nas situações de risco iminente, sempre com base no caso concreto, a Anatel poderá adotar medidas sem prévia manifestação da outra parte, nos termos do art. 45 da Lei de Processo Administrativo. Ressalto que tal prática não é uma novidade no âmbito da Anatel.
- 4.2.24.56. Vale mencionar, por fim, que acolhendo a sugestão da Procuradoria, o GT optou por excluir a possibilidade de exigência de caução em virtude do risco de eventual irreversibilidade de decisões cautelares, posição esta a qual me filio, uma vez que tal medida pode inviabilizar a eficácia da cautelar adotada, em virtude da impossibilidade econômica para a prestação da caução.

4.2.24.57. Diante de todo o exposto neste Tema, e considerando que:

- (i) a criação de procedimento diferenciado para resolução de conflitos no âmbito do PGMC pode, em última análise, fomentar a competição;
- (ii) a decisão, se adotada monocraticamente, privilegiará o princípio da celeridade, necessário para que se alcance uma competição livre, justa e efetiva;
- (iii) a existência de Comissão de Composição de Conflitos será uma exceção, o que torna desnecessária a previsão de um Regimento Interno para regulamentar as atribuições e competências dos membros da Comissão;
- (iv) É possível que a competência e as atribuições dos membros da Comissão de Composição de Conflitos seja estabelecida na Portaria de nomeação dos membros;
- (v) a imposição de restrição no ingresso de Pedido de Composição de Conflitos feita pela Anatel ocorreu em função da necessidade de se criar uma assimetria regulatória em favor das prestadoras sem PMS;
- (vi) a distribuição do ônus probatório trará benefícios ao procedimento de composição de conflitos, em especial, à celeridade do processo;
- (vii) o presente procedimento foi criado para a efetivação das assimetrias regulatórias e não para criar obstáculos para análise dos pleitos a serem submetidos à Anatel;
- (viii) a necessidade de se conceder prazo para que o demandante supra eventuais falhas em sua petição inicial;
- (ix) os prazos e regras, como previstos na proposta, não estariam alinhados com aqueles fixados nos demais procedimentos no âmbito da Anatel;
- (x) a adoção de cautelares é fundamental para alcançar os objetivos do PGMC

manifesto minha concordância com a proposta constante dos Informes nº 4/2011 e 14/2012, **propondo, adicionalmente**, as seguintes alterações:

Sugestão do Relator

- **Dar nova redação aos dispositivos que tratam da criação de Comissão de Composição de Conflitos**, tendo em vista minha proposta de que a decisão seja adotada, em regra, monocraticamente;
- **Incluir dispositivo que preveja que, em casos excepcionais, a autoridade julgadora de primeira instância poderá solicitar ao Presidente da Anatel a convocação de uma Comissão de Composição de Conflitos;**

- **Propor nova redação para o art. 15 do Regulamento**, de modo a esclarecer sobre qual mercado versa o conflito submetido à Anatel para composição. Isto porque, muitas empresas podem deter PMS em determinado mercado relevante e não o deterem em outros, de forma que podem sofrer abusos, o que indica que não lhes pode ser negado o direito de ingresso com Pedido de Composição de Conflitos no mercado em que não for dominante.⁶;
- **Propor nova redação para o art. 47 do Anexo I do Regulamento**, de modo a deixar claro que apenas as prestadoras não detentoras de PMS estão legitimadas a ingressar com Pedido de Composição de Conflitos, segundo o rito do PGMCM;
- **Propor nova redação ao art. 27 do Regulamento**, de modo a esclarecer que o recurso contra decisão da autoridade julgadora de primeira instância poderá ser recebido também em seu efeito suspensivo, e não apenas no efeito devolutivo;
- **Alterar a proposta de Portaria de nomeação dos membros da Comissão de Composição de Conflitos**, a ser utilizada quando for necessária a instituição de tal comissão pelo Presidente da Anatel, contendo as atribuições e competências de seus membros.

4.2.25. **TEMA 3 – ENTIDADES**

- 4.2.25.1. Neste Tema, foram tratadas as contribuições relativas à previsão de criação de Entidades que serviriam de aparato operacional à adequada implantação do para atender aos fins almejados pelo PGMCM. Segundo esclarecido pelo GT, *“a proposta das entidades fundamenta-se na necessidade de criar um ambiente propício a atuação dos agentes privados, facilitando o acesso a informações e elementos essenciais de produção, de tal forma que o ambiente de transação no setor ganhe mais eficiência e como consequência da promoção da competição entre os prestadores sejam canalizados os ganhos para os consumidores.”*
- 4.2.25.2. A Consulta Pública nº 41 previu a criação de 3 (três) Entidades, quais sejam: Entidade Comparadora; Entidade Representante e Entidade Supervisora de Oferta de Atacado. O objetivo dessas Entidades era propiciar que agentes radicados em diversas partes do país pudessem dispor de um ponto focal em que seriam centralizadas as transações em decorrência do PGMCM, tais como: acesso aos Bancos de Dados de Ofertas de Atacado (BDAs); representatividade perante a Anatel para ingressar com pedido de composição de conflitos; avaliação da replicabilidade de preços, prazos e nível de qualidade de Produtos constantes das Ofertas de Referência de Produtos de Atacado (ORPA), dentre outras.
- 4.2.25.3. Segundo o texto submetido à CP, a **Entidade Comparadora** tinha basicamente dois objetivos: (i) permitir a avaliação da replicabilidade das Ofertas de Referência de

⁶ A Contribuição nº 261 feita na CP 41 pela Telcomp – Associação Brasileira de Prestadoras de Serviços de Telecomunicações sugere que a Anatel melhore a redação do art. 16 para deixar claro que quando existe conflito de interesse potencial em dado mercado relevante, podem ocorrer situações em que uma prestadora de serviço seja PMS em algum mercado, mas não naquele objeto da discussão.

Produtos de Atacado e (ii) dar mais transparência para as ofertas de varejo, reduzindo os custos de informação; ou seja, custos do consumidor em identificar a oferta mais adequada ao seu perfil de consumo. Para cumprir os objetivos, essa entidade deveria ser credenciada pela Anatel para efeito de recebimento, consolidação e apresentação das informações sobre ofertas de varejo fornecidas pelos Grupos de Prestadoras.

4.2.25.4. Várias contribuições apoiaram a criação da Entidade Comparadora, mas sugerindo que as obrigações de transparência nas ofertas de varejo fossem aplicadas sobre toda e qualquer prestadora de serviço de telecomunicações, independentemente da detenção de PMS. Os demais argumentos trazidos nas contribuições podem ser assim resumidos:

- (i) ausência de competência da Anatel para impor condicionamentos a não prestadores de serviços de telecomunicações;
- (ii) burocratização decorrente da necessidade de credenciamento das Entidades pela Anatel;
- (iii) possibilidade de conluio e de captura das Entidades; e
- (iv) criação de obrigações das prestadoras perante um terceiro, dentre outros.

4.2.25.5. Quanto à **Entidade Representante**, tem-se que a proposta em CP objetivou sua criação com o intuito de defender os interesses dos Grupos sem PMS em Mercado de Atacado. A entidade foi desenhada com a possibilidade de (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 a fim de acompanhar o atendimento das demandas e (iii) representar os Grupos sem PMS em seus pleitos junto à Entidade Supervisora e à Comissão de Composição de Conflitos do PGMC, instituída pela Anatel.

4.2.25.6. Os principais argumentos trazidos nas contribuições sobre a criação de Entidade Representante podem ser assim resumidos: (i) a criação de entidade representante é inócua, uma vez que tal direito à associação já está previsto na Constituição Federal, e (ii) a criação de prerrogativas para tais Entidades tem o potencial de gerar efeitos de coordenação prejudicial à competição.

4.2.25.7. Por sua vez, segundo o texto da CP, a **Entidade Supervisora de Oferta de Atacado** seria criada para: (i) avaliar a Oferta de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado; (ii) implantar metodologias uniformizadas relativas às ofertas de atacado previstas no PGMC; (iii) promover fóruns de conciliação entre prestadoras do setor de telecomunicações relativas às ofertas de atacado e procurar solucionar divergências no âmbito meramente técnico; (iv) propor e encaminhar revisões das Ofertas de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado; (v) centralizar o acesso às Bases de Dados de Atacado e às Ofertas de Referência de Atacado dos Grupos com PMS; (vi) atuar como Câmara de Arbitragem, em caso de conflito, nos termos possibilitados pela Lei nº 9.307/96, que dispõe sobre a Arbitragem.

4.2.25.8. Sobre a Entidade Supervisora de Oferta de Atacado, foram levantados vários questionamentos na Consulta Pública, dentre eles:

- (i) a legitimidade da Anatel determinar a criação destas entidades;
- (ii) a legalidade da Anatel determinar a vinculação dos prestadores a estas entidades;
- (iii) a falta de delimitação da natureza jurídica destas entidades;

- (iv) a definição das competências destas entidades;
- (v) a possibilidade de falta de isonomia de tratamento das prestadoras por estas entidades;
- (vi) a possibilidade de que por meio destas entidades seja criado um ambiente de atuação coordenada entre os prestadores, de forma tal que mitigasse a competição, e
- (vii) a legalidade de transferência de competências da Anatel para estas entidades.

4.2.25.9. Examinadas as contribuições recebidas na CP, o GT propôs em síntese:

- a) Suprimir a previsão de criação de Entidade Comparadora;
- b) Suprimir a previsão de criação das Entidades Representantes, mantendo-se a possibilidade de que entidades que representem os Grupos sem PMS ingressem com pedido de Composição de Conflitos.
- c) Mudar o escopo da Entidade Supervisora, que passa a ter atribuições meramente operacionais, cujas funções seriam basicamente: (i) centralizar e operacionalizar as BDA e (ii) desenvolver e disponibilizar Sistema de Negociação de Ofertas de Atacado;
- d) Alterar as atribuições e denominação do GIBDA, o qual passa a intitulado de GIESB – Grupo de Implementação da Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado e das Bases de Dados de Atacado.

4.2.25.10. O GT reavaliou os objetivos de criação de tais entidades e concluiu pela supressão da previsão de criação das Entidades Representantes e da Entidade Comparadora, para se evitar uma multiplicação desnecessária de Entidades, bem como definir de forma mais precisa o escopo do PGM, com a consequente, e necessária, revisão das competências da Entidade Supervisora.

4.2.25.11. O GT justificou a exclusão da previsão de criação da Entidade Representante considerando que uma das principais funções dessa Entidade era de defender os interesses dos Grupos sem PMS na avaliação das Ofertas de Referência (o que poderia ser feito pela empresa diretamente ou pela Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado), que a retirada da previsão expressa em regulamento sobre a criação de uma entidade que defenda os interesses das prestadoras sem PMS não afasta o direito constitucional da livre associação, o que, em tudo, corroboraria a ideia de que a previsão de uma grande quantidade de Entidades trará menos benefícios do que se espera.

4.2.25.12. Caso as empresas sem PMS encontrem dificuldade para demandar as ofertas de Atacado das prestadoras com PMS ou para acompanhar seus pedidos, que não possam ser solucionados individualmente junto à Entidade Supervisora, poderá se valer de seu direito constitucional de se associar ou demandar à Anatel em forma de Composição de Conflitos, hipóteses que prescindem da criação de uma entidade para tanto.

4.2.25.13. Quanto à possibilidade de que a Entidade Representante represente os interesses das prestadoras sem PMS perante à Anatel em um procedimento de Composição de Conflitos, igualmente tal hipótese dispensa a criação de uma entidade para que isso ocorra. Na verdade, o importante é que as prestadoras possam demandar a Anatel

tanto de forma individual, quanto por meio de entidades representativas (direito de livre associação). Sob este prisma, é preciso, pois, que esteja resguardada a legitimidade de ingresso de pedido de Composição de Conflitos a qualquer entidade representativa das prestadoras sem PMS, desde que atendidos os requisitos legais de representação de interesses, o que, a meu ver, restou atendido pela alteração proposta pelo GT à redação do art. 15 do Regulamento.

- 4.2.25.14. Quanto à sugestão de exclusão da Entidade Comparadora, e considerando os objetivos da referida entidade, o GT esclareceu que apesar de considerar necessário que seja dada mais transparência às ofertas de varejo comercializadas, entende que tal objetivo não está no escopo do PGMC, uma vez que o Plano se destina a estabelecer assimetrias regulatórias aplicadas a Grupos detentores de PMS no Mercado de Atacado.
- 4.2.25.15. Ademais, a informação sobre a possibilidade de replicação, ou não, das Ofertas de Referência deve estar disponível à Agência quando da homologação de tais ofertas, o que prescinde da criação de uma Entidade Comparadora, sendo necessária somente a previsão de que no rol das informações constantes da Oferta de Referência estejam presentes as condições mais vantajosas (preço e prazo de atendimento) das ofertas de varejo do mercado de atacado em que o Grupo detém PMS. Por tal razão, o GT sugeriu a supressão da criação de tal entidade e, por consequência, que sejam especificadas de forma mais detalhada quais informações devem constar nas Ofertas de referência de desagregação de elementos de rede e de EILD.
- 4.2.25.16. Quanto à Entidade Supervisora das Ofertas de Atacado, é possível perceber que as diversas contribuições sobre o tema estimularam a reflexão sobre os possíveis modelos de Entidade Supervisora, consideradas viáveis sob a ótica jurídica e econômica.
- 4.2.25.17. Dos modelos suscitados no Informe nº 4/2012, o GT concluiu que o mais adequado para o caso do PGMC seria o que foi denominado de *Broker Centralizado em Entidade Privada*. Neste modelo, seria mantido o caráter privado da entidade, aos moldes do que foi proposto na CP, devendo ser contratada pelas próprias detentoras de PMS e funcionar sob supervisão da Anatel.
- 4.2.25.18. Neste caso, a Entidade Supervisora atuaria apenas com funções operacionais na Base de Dados de Atacado – BDA, mantendo e operando os sistemas de TI ligados à mesma. Todo o aspecto de mercado relacionado às ofertas de atacado seriam definidas no âmbito do Grupo de Implementação das Bases de Dados de Atacado. Isto significa que tanto a metodologia das ofertas, a definição dos perfis de acesso às BDAs, governança da Entidade Supervisora e demais definições seriam tomadas sob coordenação próxima da Anatel. Com isso, a Anatel teria acesso irrestrito às BDAs, podendo definir e providenciar a restrição de níveis de acessos às bases de dados.
- 4.2.25.19. Dada as críticas advindas, na visão de alguns contribuintes, sobre o papel demasiado abrangente que a Entidade Supervisora teria, o GT sugeriu, acertadamente a meu ver, a mudança de escopo e características dessa entidade, redirecionando, para a Anatel, atividades como a resolução de conflitos suscitados no âmbito da Entidade Supervisora, ainda que de natureza eminentemente operacional; a Homologação das Ofertas de Referência; a Fiscalização e a Auditoria da BDA para a Anatel, de maneira que essa entidade se comportaria exatamente como agentes intermediadores

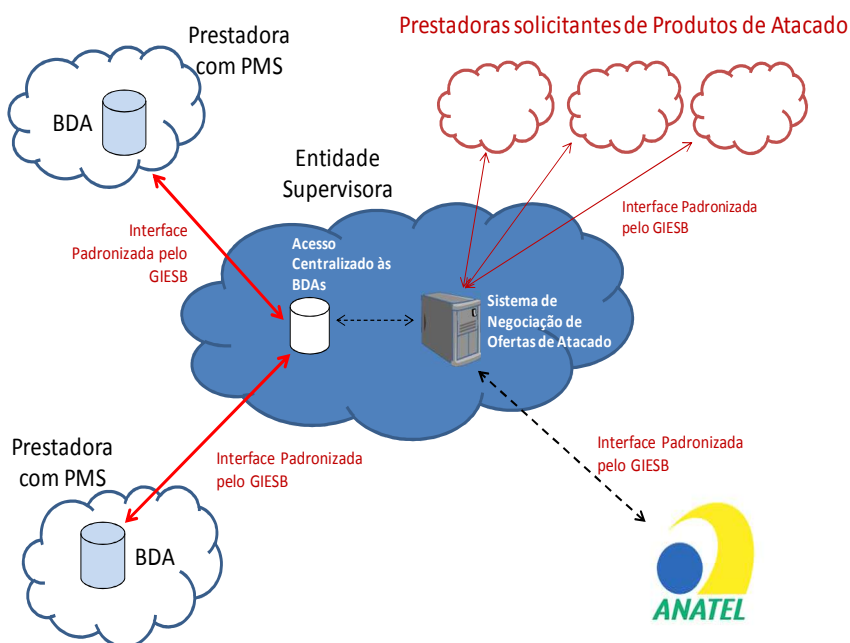
presentes nas atuais bolsas de valores. A entidade possuiria três funções apenas: (i) centralizar e operacionalizar as BDA; (ii) desenvolver e disponibilizar sistema de negociação de Ofertas de Atacado e (iii) fornecer informações à Anatel relativas às suas atividades.

4.2.25.20. De fato, acredito que o modelo denominado de *Broker Centralizado em Entidade Privada* tem o potencial de criar um mecanismo simples de transparência dos negócios realizados e de operação célere em relação à contratação de produtos de atacado. Vale acrescentar que o Sistema de Negociação das Ofertas de Atacado a ser desenvolvido pela Entidade Supervisora, que terá acesso irrestrito às BDAs, tem a função de relacionar ofertantes e demandantes de ofertas de atacado em um mercado relevante, permitindo o lançamento de ordens de compra e de venda nesses mercados. Tal sistema guarda semelhança com os sistemas de *broker* oferecidos pelas corretoras de títulos mobiliários no mercado de capitais.

4.2.25.21. Por consequência, em razão da mudança de escopo da Entidade Supervisora, surgiu a necessidade de se fazer uma adequação na proposta do Grupo de Implementação da BDA (GIBDA), que não somente implementará as BDA, como proposto no texto da Consulta Pública, mas também deverá implementar a própria Entidade Supervisora.

4.2.25.22. As atribuições e prazos do Grupo de Implementação da Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado e das Bases de Dados de Atacado (GIESB) propostos pelo GT aproveitaram as experiências advindas do Regulamento Geral de Portabilidade, que contou com um Grupo de Implementação da Portabilidade (GIP), e do Regulamento de Gestão de Qualidade do SCM, que, de forma mais ou menos similar, previu a criação do Grupo de Implantação de Processos de Aferição da Qualidade (GIPAQ).

4.2.25.23. Para melhor elucidação a respeito do funcionamento da Entidade Administradora, apresento a **Figura 1** abaixo:



4.2.25.24. Conforme se nota da figura acima, a implementação das BDAs, a criação de Sistema que permitirá o acesso centralizado das BDAs, a padronização da Interface entre as BDAs e prestação de informações à Anatel será feita pelo GIESB e deverá observar

os prazos previsto no PGMC, os quais serão melhor detalhados junto ao Tema 6 – “Considerações Operacionais” desta Análise.

- 4.2.25.25. É importante salientar que para que a homologação das Ofertas de Referência ocorra, será necessário o envio das informações por meio de sistema informatizado a ser definido pelo GIESB junto à Entidade Supervisora. Para que tal processo de homologação não seja prejudicado por problemas operacionais ocorridos na Entidade Supervisora, **proponho** que enquanto a Base de Dados de Atacado padronizada pelo GIESB não estiver em funcionamento, a Superintendência responsável pela homologação das Ofertas de Referência poderá adotar procedimento simplificado para a apresentação e homologação das Ofertas de Referência, com a possibilidade, inclusive, de que as Ofertas possam ser apresentadas em meio físico.
- 4.2.25.26. Com relação aos prazos para a implementação das Bases de Dados de Atacado, do Sistema de Negociação de Ofertas de Atacado e da Entidade Supervisora, apesar da previsão contida no PGMC, depreende-se da proposta do GT de alteração do art. 48, sua escolha por não defini-los, de antemão, optando por indicar que os mesmos serão definidos no âmbito do GIESB. Da forma como está, aparentemente é minimizado o risco de se fixar prazos sem levar em conta o mapeamento por inteiro da situação que envolve diversos atores, a uniformização de padrões a serem adotados pela Prestadoras de PMS e as soluções identificadas como mais eficientes, por exemplo, o que ocorrerá no âmbito do Grupo de Implementação.
- 4.2.25.27. Por fim, é importante mencionar a previsão contida no art. 39 do Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD, aprovado pela Resolução nº 590, de 15/05/2012, por fazer referência expressa à obrigatoriedade de que as prestadoras detentoras de PMS na oferta de EILD façam parte de uma entidade e a faculdade de que as prestadoras sem PMS também façam parte de tal entidade, nos seguintes termos, *in verbis*:
- Art. 39. As Entidades Fornecedoras pertencentes a Grupos detentores de PMS na oferta de EILD deverão participar de Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado, nos termos a serem definidos em regulamentação da Agência.*
- Parágrafo único. As Entidades Solicitantes poderão participar de Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado mencionada no **caput** deste artigo.*
- 4.2.25.28. Percebe-se pelo dispositivo transcrito que não há qualquer incompatibilidade de tal previsão com o presente PGMC, uma vez que Regulamento previu a obrigatoriedade de que as Entidades Fornecedoras pertencentes a Grupos detentores de PMS na oferta de EILD participem da Entidade Supervisora, a ser criada pelo PGMC e a faculdade de participação das prestadoras sem PMS. Com a criação da Entidade Supervisora pelo PGMC, a previsão do Regulamento será, de fato, cumprida.
- 4.2.25.29. De outro giro, entendo necessário estabelecer que as atividades desempenhadas pela Entidade Supervisora sejam executadas a título oneroso não apenas pelas Prestadoras com PMS, mas também por aquelas sem PMS, como se depreende da proposta de redação dada ao art. 39 pelo GT. Isto porque entendo que as atividades desenvolvidas pela Entidade Supervisora serão benéficas a todas as prestadoras, em especial às que não detém PMS que poderão acessar os dados de Oferta de Atacado das prestadoras

com PMS. Vale mencionar que a proposta de que os custos da Entidade sejam compartilhados foi objeto de diversas contribuições.^[1] Frise-se que a definição da forma de financiamento e remuneração da Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado ficará a cargo do GIESB.

- 4.2.25.30. A experiência internacional mostra que determinados custos que surgem em decorrência das iniciativas de incentivo à concorrência são compartilhados entre todas as partes e não suportados apenas pelas operadoras que detêm PMS. Na Austrália, por exemplo, os custos específicos da operação de LLU (*local loop unbundling*), por exemplo, são recuperados através de todas as linhas de cobre no nível do varejo, e não somente através das linhas desagregadas vendidas aos que procuram acesso. Da mesma forma, os custos relativos à implantação e manutenção de CPS (*carrier pre selection*) são também suportados em parte por clientes de atacado, reconhecendo que eles são os principais beneficiários dessa intervenção.
- 4.2.25.31. Diante de todo o exposto neste Tema, e considerando que: (i) a pluralidade de entidades pode tornar demasiadamente complexa o arranjo institucional para a regulação proposta pelo PGM e (ii) a necessidade de adequação da proposta de criação da Entidade Supervisora ao modelo de *Broker Centralizado em Entidade Privada*, manifesto minha concordância com a proposta constante dos Informes nº 4/2011 e 14/2012, **propondo, adicionalmente**, as seguintes alterações:

Sugestão do Relator

- **Excluir do Regulamento todas as referências às Entidades Representantes e Comparadora**, mantendo a hipótese de representatividade das prestadoras sem PMS para ingresso de Pedido de Composição de Conflitos e participação no GIESB;
- **Melhorar redação do art. 35, I**, com o fito de deixar claro que a Entidade Supervisora assegura o acesso, de forma centralizada às BDAs;
- **Incluir art. 38 na proposta de Regulamento**, a fim de prever que as atividades desempenhadas pela Entidade Supervisora poderão ser executadas a título oneroso;
- **Melhorar redação do art. 39**, com o fito de prever que o GIESB será responsável pela implementação não apenas das BDAs, mas também do Sistema de Negociação de Oferta de Atacado e da Entidade Supervisora;
- **Incluir inciso VI ao art. 40**, prevendo como atribuição do GIESB a definição da forma de financiamento e remuneração da Entidade Supervisora;
- **Incluir novo §3º no art. 5º do Anexo I para que prever que** enquanto a Base de Dados de Atacado padronizada pelo GIESB não estiver em funcionamento, a Superintendência responsável pela homologação das Ofertas de Referência poderá adotar procedimento simplificado para a apresentação e homologação das Ofertas de Referência.

^[1] Contribuições nºs 516, 518 e 523 feitas na CP 41 pela Pricewaterhouse Coopers, Telecom e Algar Telecom sugerem que o financiamento das entidades criadas não fiquem restritos somente aos players que detêm PMS, mas poderia ser estendido às operadoras que não acumulam PMS.

4.2.26. **TEMA 4 - ANÁLISES DE MERCADO E IDENTIFICAÇÃO DE GRUPOS COM PMS**

4.2.26.1. Este Tema trata de questões relativas à identificação de mercados relevantes e dos Grupos com PMS, constantes da Análise dos Mercados Relevantes (Estudo). Em especial, discorre sobre: (i) a relação entre os mercados de atacado e varejo; (ii) a adequação do conceito e dos critérios adotados para definição de mercado relevante; e (iii) os critérios utilizados para identificação dos Grupos com PMS.

4.2.26.2. Examinadas as contribuições recebidas à minuta de PGMCM, verifica-se que o Grupo de Trabalho (GT) propõe, em síntese:

- a) Estabelecer, de forma clara e transparente, a relação dos produtos de atacado e varejo dentro da cadeia de valor na caracterização do mercado relevante na dimensão produto, visando possibilitar o adequado entendimento da ocorrência do exercício de poder de mercado e das medias assimétricas adotadas. Para isso, modificar a redação do item III.1 do Anexo II do PGMCM e incluir um subtítulo “RELAÇÃO DESTE MERCADO NA CADEIA PRODUTIVA” no título DA DIMENSÃO PRODUTO, na estrutura da Análise dos Mercados Relevantes (estudo).
- b) Estabelecer que os produtos de varejo deverão ser definidos antes dos de atacado, mas manter a análise de competitividade dos mercados de varejo prévia à dos mercados de atacado, evitando que, no caso em que não exista problemas concorrenciais no varejo, sejam aplicados remédios desnecessários nos mercados de atacado. Para isso, incluir o dispositivo 1.1 no item III.1, do Anexo II; e nas Análises dos Mercados Relevantes (estudo) transformar os títulos “DA DIMENSÃO PRODUTO” e “DA DIMENSÃO GEOGRÁFICA” em subtítulos do novo título “DA IDENTIFICAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE”.
- c) Aprimorar a Análise dos Mercados Relevantes (estudo) no sentido de realizar análise de substitutibilidade do lado da oferta, no título “DA DIMENSÃO PRODUTO”, já existente na estrutura do estudo, demonstrando as razões para a definição dos mercados relevantes adotados, apontando detalhadamente o produto e explicando sua substitutibilidade do lado da demanda e da oferta.
- d) Não utilizar do teste do monopolista hipotético, na forma como proposta em algumas contribuições, visto que sua aplicação no caso concreto não mostra-se factível, mas utilizar a lógica do teste do monopolista nas análises dos mercados relevantes (estudo), no título “DA DIMENSÃO PRODUTO”, tendo em vista que sua aplicação é de caráter predominantemente teórico.
- e) Definir com maior rigor os produtos dos mercados relevantes adotando no estudo abordagens como “restrições comuns de preços”, “agrupamentos de mercados” e “cadeias de substituição”. Ademais, propõe-se analisar de forma separada o mercado de terminação e provimento de chamadas no mercado de telefonia móvel, por se tratar de um mercado de dois lados. Alterar redação do item III.2 do Anexo II para incorporar a abordagem do mercado de dois lados.
- f) Manter a adoção da substituição para definição de mercado relevante tal como proposto no item III, 3.1 do Anexo II, visto que, de outra forma pode-se obter

definições muito abrangentes para os mercados, surgindo risco para a apreensão da probabilidade de exercício de poder de mercado. Foram rejeitadas contribuições que criticaram a adoção da substituição simétrica devido à existência de importantes limitações competitivas de alguns produtos sobre outros.

- g) Não alterar a expressão “possibilidade de exercício de poder de mercado”, rejeitando assim, sugestões para utilização de “possibilidade de exercer poder de mercado, mesmo em face de uma política de concorrência ativa” nas análises, como forma de inibir comportamentos nocivos à concorrência, visto que a preocupação manifestada já foi devidamente tratada no item II.3 do Anexo II.
- h) Alterar artigo que se refere às condições para identificar o Mercado Relevante, no âmbito do PGMG (art. 5º, Parágrafo Único), de forma a explicitar as intenções do PGMG e garantir a coerência entre o Regulamento e seu Anexo II.
- i) Explicitar intenção do PGMG de não regular *ex ante*, por certo intervalo de tempo, mercados emergentes para manter os incentivos aos investimentos, acrescentando, para tanto, o item II.5 no Anexo II que expressa que os mercados emergentes devem receber incentivos do tipo “feriado regulatório”.

Quando da implementação do citado “feriado”, excluir do compartilhamento, por prazo determinado, as redes mais modernas (cabo coaxial e fibra óptica) com taxa de transmissão superiores a 25Mbps, visando manter os investimentos nas redes. Com isso, o GT propôs que a dimensão produto será: “...oferta de exploração industrial de redes fixas de acesso por par de cobre, e infraestrutura para prestação de serviço de telecomunicações em taxas de transmissões inferiores a 25Mbps”.

Alinhar a taxa de transmissão da EILD com a taxa de transmissão máxima prevista na dimensão produto para o *bitstream*, visto que aquela é insumo fundamental para este. Por esse motivo, incluir o §3º no Art. 25 do Anexo I.

- j) Manter conceito estabelecido de PMS, não acatando contribuições no sentido de acrescentar uma perspectiva de futuro a este, visto que o PGMG já demonstra que o órgão regulador pretende avaliar a probabilidade de exercício de poder de mercado com uma perspectiva de futuro.
- k) Manter, na determinação de PMS, a utilização dos critérios de economia de escala e escopo para o Grupo, visando identificar qual possui maiores condições de explorar estas economias, rejeitando contribuições no sentido de que a avaliação de PMS deveria ser conduzida na esfera do mercado. Para explicitar melhor essa ideia, sugeriu substituir a expressão “presença de economias” por “capacidade de explorar as economias”, alterando os art. 9º, II e III do Regulamento e do item IV, 2 e 3, do Anexo II.
- l) Manter utilização do critério de 20% de participação de mercado como um dos elementos importantes para determinação dos Grupos com PMS, pois, além desse percentual ser usual na prática antitruste no Brasil, não é critério absoluto para apontar grupo com PMS. Assim, rejeitou contribuições que alegaram que

o percentual escolhido não mostra-se adequado por contrastar com a experiência internacional.

- m) Acrescentar o item II.6 no anexo II, com previsão de que não deverão ser considerados no âmbito do PGMC os mercados onde a regulamentação simétrica já limite adequadamente o exercício de poder de mercado.
- n) Incluir, na Análise dos Mercados Relevantes (estudo), avaliação prévia da existência de competição efetiva nos mercados relevantes. A análise da situação concorrencial do mercado deve ser feita previamente à identificação dos Grupos com PMS.
- o) Modificar a definição de Mercado Relevante de forma a torná-la mais aderente ao direito antitruste e à literatura econômica, nos seguintes termos:

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

IX- Mercado Relevante: Produto ou grupo de produtos e área geográfica em que ele é produzido ou vendido, tal que um monopolista hipotético, não sujeito a regulação de preços, poderia provavelmente impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes;

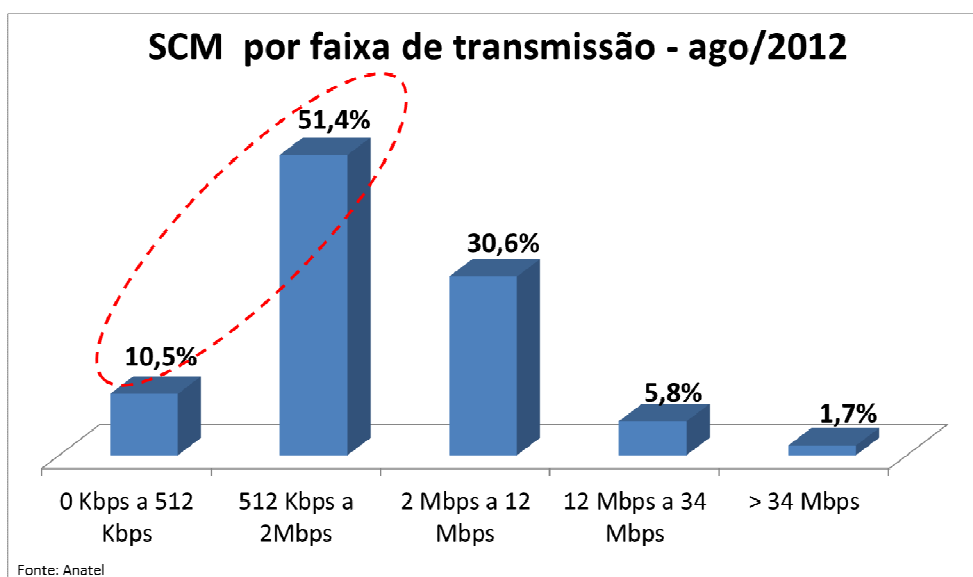
- p) Utilizar o termo “probabilidade de exercício de poder de mercado”, em substituição ao termo “risco de exercício de poder de mercado”, por mostrar-se mais adequado aos termos utilizados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência (SBDC).
- q) Inserir seção específica nas Análises dos Mercados Relevantes (estudo) para tornar mais clara a identificação das falhas de mercado que o PGMC busca corrigir e as justificativas das assimetrias regulatórias propostas.
- r) Expor a motivação e argumentos utilizados para definição do mercado relevante de forma mais completa nas Análises dos Mercados Relevantes (estudo), e alterar redação do item II do Anexo II da proposta nesse sentido.
- s) Avaliar a perspectiva do mercado relevante com e sem imposição de assimetrias regulatórias, de forma a realizar uma análise dinâmica da existência de competição.
- t) Não priorizar o critério “criação de incentivos ao investimento em novas estruturas”, em face de outros critérios, quando da atribuição das Medidas Regulatórias assimétricas, rejeitando, assim, contribuições que alegam a necessidade de percepção de quais critérios são mais importantes que outros e em quais circunstâncias.
- u) Manter a abordagem de integração vertical adotada na CP, rejeitando contribuições que alegam ser necessário considerar os diferentes níveis de integração, pois apenas há necessidade de identificar se essa integração caracteriza risco concorrencial, na visão do GT.

- v) Manter a utilização da oferta de combo como *proxy* da existência de economia de escopo, tendo em vista a limitação técnica existente para calcular a redução do custo médio de um produto a partir da produção de outro, rejeitando, assim, contribuições que alegaram que para esta avaliação a Anatel deveria adicionalmente apresentar indícios da redução do custo médio da oferta do produto isolado.
- w) Suprimir os critérios “*poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços*” e “*acesso privilegiado a fontes de financiamento*” da lista para identificação de Grupo com PMS, pela dificuldade e incerteza de sua aplicabilidade.
- x) Manter o rol de critérios para identificação dos Grupos com PMS, rejeitando contribuições que sugerem que deveriam ser adicionados critérios como (i) investimento em rede e expansão geográfica, (ii) grau de inovação tecnológica, (iii) práticas anticompetitivas denunciadas, (iv) rentabilidade, e (v) porte da empresa, pois, caso sejam identificadas peculiaridades no Mercado, a Anatel poderá adotar outros critérios que julgar pertinentes para identificação dos Grupos com PMS, conforme já previsto no §3º do art 9º da proposta GT.
- y) Rejeitar contribuições que alegaram que não foram consideradas as condições de entrada e rivalidade para mensurar a probabilidade de exercício de poder de mercado, pois o item II do Anexo II já prevê análise dessas condições.
- z) Modificar art. 6º e, em decorrência dessa alteração, incluir o art. 2º no Anexo I, prevendo as dimensões produto a serem consideradas nas Análises de Mercado Relevante.

- 4.2.26.3. Com relação aos itens “a” a “g”, “j” a “q”, “s”, “t”, “u”, “v”, “w”, “x” e “y”, manifesto minha concordância com os fundamentos das propostas do GT constantes dos Informes nº 4/2012 e nº 14/2012, pois considero que esses mostraram-se adequados e relevantes para o aprimoramento tanto do PGMG e seus Anexos, quanto da Análise dos Mercados Relevantes (Estudo), atribuindo a estes robustez, transparência e maior aderência à literatura concorrencial.
- 4.2.26.4. Quanto aos itens “h” e “r”, entendo que a abordagem proposta pelo GT parece acertada de maneira geral, cabendo, contudo alguns aprimoramentos.
- 4.2.26.5. Conforme restou bem evidente em todo seu processo de formulação, o PGMG objetiva avaliar detidamente apenas os mercados nos quais exista risco de exercício de poder de mercado, não pretendendo declarar uma lista exaustiva dos mercados relevantes de telecomunicações. A proposta do GT estabelece que os mercados relevantes deverão atender aos critérios constantes no Parágrafo Único do Art. 5º e nas diretrizes metodológicas do Anexo II, para serem identificados como um mercado relevante no âmbito do PGMG, objeto de regulamentação assimétrica *ex ante*.
- 4.2.26.6. No entanto, considero que a redação atual dos dispositivos citados não deixa claro que a intenção do Regulador com os critérios propostos é identificar os mercados relevantes onde exista risco de exercício de poder de mercado e portanto, sejam objeto de regulação ex ante, passando a impressão equivocada de que os critérios

listados serão utilizados para a definição dos mercados relevantes em si. Esse “teste dos três critérios”, como referenciado no Estudo, deve ser realizado após a definição do mercado relevante, para verificar se esse possui as características necessárias para ser considerado no âmbito do PGMC. Pelo exposto, considero necessária a adequação da redação desses dispositivos de forma a torná-los mais aderentes aos objetivos do PGMC.

- 4.2.26.7. Quanto ao **item “i”**, relativo à intenção do PGMC de não regular *ex ante* alguns mercados com o objetivo de não criar um desestímulo aos novos investimentos em redes, entendo que a proposta do GT de conceder um “*feriado regulatório*” mostra-se adequada, pois a adoção de incentivos como estes fazem todo o sentido para o Brasil. Desde o início da formulação do PGMC já estava previsto que sua regulação deveria ser construída de forma a não desincentivar investimentos em infraestruturas modernas.
- 4.2.26.8. Quanto à proposta do GT de não exigir, neste momento, a apresentação de Oferta de Referência para a desagregação de elementos de rede quando a taxa de transmissão para o Produto Bitstream for superior a 25 Mbps ou quando tratar-se de rede de acesso ópticas ou coaxiais, também com o intuito de preservar os investimentos em redes de telecomunicações, considero necessário alguns aprimoramentos.
- 4.2.26.9. Verifico que a imensa maioria das ofertas varejistas no mercado residencial de SCM brasileiro ainda está consideravelmente distante do patamar de 25 Mbps, havendo espaço considerável para a comercialização de ofertas competitivas baseadas em patamares inferiores, como 2, 5, 8 ou 10 Mbps, por exemplo. Afinal, mais de 60% dos acessos residenciais, em agosto de 2012, possuíam taxa de transmissão iguais ou inferiores a 2Mbps e apenas 7,5% dos acessos possuíam taxa igual ou superior a 12 Mbps, conforme pode-se observar no **Gráfico 3** abaixo.



- 4.2.26.10. Assim, tendo em vista o exposto, os termos da proposta do GT no tocante à preservação do incentivo ao investimento em redes ópticas, a gradativa evolução de redes coaxiais para redes híbridas HFC e a existência de redes coaxiais maduras em algumas localidades, solicitei à SUE, por meio do Memorando nº 539/2012-GCMB, que reexaminasse a Análise dos Mercados Relevantes (Estudo) quanto à eventual

substituição do limite de 25 Mbps pelo valor de 10 Mbps junto ao mercado denominado Infraestrutura de Rede Fixa de Acesso para Transmissão de Dados por meio de Par de Cobre em Taxas de Transmissão Inferiores a 25 Mbps, incluindo-se na análise as redes coaxiais. Avaliada a questão, a área realizou as adaptações necessárias na Análise dos Mercados Relevantes (Estudo), conforme se nota da reposta da SUE, por meio do Memorando nº 350/2012-SUE.

- 4.2.26.11. Analisando a resposta feita pela área técnica, e considerando o cenário atual de ofertas varejistas no mercado residencial de SCM brasileiro, considero que uma taxa de 10 Mbps será mais aderente à realidade atual do mercado.
- 4.2.26.12. No tocante ao cabo coaxial, acredito que parte considerável das redes instaladas já encontram-se amortizadas, maduras, não havendo razões suficientemente claras para mantê-las sob “feriado regulatório”. Dessa forma, concordo com os termos propostos pela SUE, para definir o mercado de acesso passível de imposição de assimetrias regulatórias como sendo: infraestrutura de rede fixa de acesso para transmissão de dados por meio de par de cobre ou cabo coaxial em taxas de transmissão inferiores ou iguais a 10 Mbps.
- 4.2.26.13. Quanto ao prazo proposto pelo GT para o “feriado regulatório” no caso de redes de fibra óptica, o GT observa que, tendo em vista que o objetivo do “feriado” é manter os incentivos aos investimentos, o prazo dessa medida deve ser definido com base no tempo necessário para amortização dos investimentos feitos (payback). Adicionalmente, informou que para identificação do prazo adequado foram buscadas informações no mercado internacional.
- 4.2.26.14. Na Análise dos Mercados Relevantes (Estudo), o GT se embasou em documento produzido pela Consultoria Yankee Group⁷, que mostra que o *payback* das redes fixas de acesso para transmissão de dados por meio de fibra ótica varia entre 8,7 e 16,5 anos, dependendo das premissas assumidas, e concluiu que o prazo que será capaz de garantir o incentivo aos investimentos em redes de nova geração, é de 9 (nove) anos, contados da publicação do Regulamento do PGMC.
- 4.2.26.15. Observo que, idealmente, este prazo deveria mesmo ser definido com base no tempo necessário para amortização dos investimentos feitos (*payback*). No entanto, entendo que, devido à assimetria de informações existente, a Anatel não tem conhecimento sobre informações básicas para obtenção do *payback*, tais como quais foram os investimentos feitos, ou o momento em que estes ocorreram. Razão pela qual, nas redes ópticas brasileiras, a identificação pelo *payback* não se mostra factível neste momento.
- 4.2.26.16. Dessa forma, considero que o prazo de 9 (nove) anos proposto pelo GT mostra-se adequado para este primeiro momento do PGMC.
- 4.2.26.17. Neste ponto, cabe adicionar que, em que pese não ter sido citada na análise do GT a ocorrência de “feriado regulatório” para as fibras apagadas, entendo que, por coerência ao proposto para as redes de fibra óptica acesa, esse deve ser dado também às fibras apagadas.

⁷ Disponível em <http://www.slideshare.net/benfelten/open-access-makes-economic-sense>

- 4.2.26.18. Importante esclarecer que estas previsões, assim como as demais constantes desse PGMC, estão sujeitas a uma revisão periódica, podendo ser revisitadas, caso necessário.
- 4.2.26.19. Quanto ao alinhamento da taxa de transmissão do EILD a do *bitstream*, entendo que, em que pese a área técnica tenha afirmado que “*por analogia e considerando os mercados à jusante definidos no capítulo 2, iremos considerar a dimensão produto desse mercado como a oferta de infraestrutura de rede de transporte para transmissão de dados em taxas de transmissão inferiores a 25 Mbps*”, não considero ser adequada esta analogia referente ao limite superior da taxa de transmissão das redes de transporte com o limite das redes de acesso, para fins da definição do mercado relevante.
- 4.2.26.20. Ademais, são recentes as ofertas varejistas de SCM em taxas de transmissão acima de 10Mbps, muitos são os fornecedores com ofertas comerciais de canais da hierarquia PDH (Plesiochronous Digital Hierarchy) do tipo E1 (2 Mbps), E2 (8Mbps) e E3 (34 Mbps). Por outro lado, considero que no mercado de redes de transporte, neste momento, não devem ser sujeitas à regulação assimétrica, no âmbito desse PGMC, as ofertas em taxas de transmissão superiores a 34 Mbps. Assim, considero que a definição do mercado relevante de oferta de infraestrutura de rede de transporte para transmissão seja limitado a ofertas com taxas de transmissão inferiores a 34 Mbps.
- 4.2.26.21. Quanto ao **item “z”**, entendo que o GT utilizou-se adequadamente das contribuições analisadas para aprimorar as análises dos mercados relevantes, possibilitando, após análise dos mercados, obter os resultados apresentados, de forma resumida, no item 5.3.13 do Informe nº 14/2012.
- 4.2.26.22. A tabela abaixo, constante do Informe supracitado, identifica os (i) mercados relevantes analisados pelo GT, (ii) a respectiva dimensão geográfica, (iii) os grupos com PMS nesses mercados e os (iv) “remédios” propostos pelo GT⁸.

Tabela 2 – Proposta GT: Resumo dos Mercados Relevantes e Grupos com PMS

	MERCADOS RELEVANTES DO PGMC								
	Rede fixa de acesso	Terminação móvel	Itinerância Nacional	Transporte local	Transporte longa distância	Infraestrutura passiva			
						Postes	Torres	Dutos e valas	Fibras apagadas
Dimensão Geográfica	Município	Região do PGA	Área de Registro	Município	Município	Área de Registro/Código Nacional			
Grupos com PMS	Concessionárias em alguns municípios	Grupo Claro, Oi, Tim e Vivo	Grupos Vivo, Oi, Tim e Claro	Concessionárias em alguns municípios	Concessionárias em alguns municípios	Não há PMS	Grupos Telemar, Telefonica, Telmex e Tim	Grupos Telemar, Telefonica, Telmex, e CTBC (apenas na área de numeração 34)	Grupos Telemar, Telefonica e Telmex

- 4.2.26.23. **Contudo**, por entender cabível alguns aprimoramentos à proposta do PGMC, **proponho**:

⁸ Para efeito de simplificação, não apresentarei nessa tabela os referidos remédios visto que este item está sendo discutido em outro tema.

- **Aperfeiçoar o Parágrafo único do art. 5º e o item II do Anexo II da proposta GT, com vistas à maior clareza e compreensão** sobre o objetivo do Regulador de avaliar detidamente apenas os mercados nos quais exista risco de exercício de poder de mercado.
- **Adaptar artigos na minuta e anexos** para incorporar a alteração da taxa de transmissão da **rede fixa de acesso para 10 Mbps e inclusão das redes de cabo coaxial como objeto de regulação assimétrica ex ante**, nos termos da reposta da SUE à diligência realizada.
- Considerar que o **“feriado regulatório”** proposto para as redes de fibra ópticas, por coerência, também **se aplica às fibras apagadas**, excluindo, por consequência, as previsões de obrigações para este produto no mercado de infraestrutura passiva.
- Considerar que o mercado relevante de oferta de infraestrutura de rede de transporte para transmissão seja limitado a ofertas com taxas de transmissão **inferiores a 34 Mbps**, adaptando os respectivos artigos na minuta.
- **Excluir, no item IV do Anexo II**, previsão de que não deverão ser objeto de assimetrias mercados cujas tendências de evolução sejam decrescentes, por entender que isto já encontra-se atendido quando da análise das diretrizes metodológicas propostas, sendo desnecessária sua previsão expressa.
- **Aperfeiçoamentos redacionais** tanto da minuta do PGMC, quanto de seus anexos, com vistas à clareza e precisão.

4.2.27. TEMA 5 – ASSIMETRIAS REGULATÓRIAS

- 4.2.27.1. Este Tema concentra os comentários às contribuições em consulta pública e à proposta do GT relativas ao estabelecimento de *medidas regulatórias assimétricas* associadas a cada um dos mercados considerados para efeitos do PGMC e está relacionado com o *Tema 4 – Análises de Mercado e Identificação de Grupos com PMS*.
- 4.2.27.2. O assunto *Medidas Regulatórias Assimétricas* é tratado em dois pontos distintos do regulamento: na parte que denomino de **corpo do PGMC** (documento principal) e em seu **Anexo I**.
- 4.2.27.3. O **corpo do PGMC** (em particular no Título IV) disciplina as regras básicas para o estabelecimento das assimetrias, inclusive suas limitações materiais e sua relação com assimetrias regulatórias estabelecidas em outros regulamentos. O **Anexo I do PGMC** (Capítulos II a VIII) especifica quais são as assimetrias regulatórias exigíveis neste primeiro ciclo do PGMC, além de previsões acessórias como a homologação de ofertas de referência, como devem ocorrer suas atualizações e as consequências práticas da não apresentação/homologação das ofertas de referência no tempo previsto em regulamentação, na hipótese de conflito entre agentes.
- 4.2.27.4. Neste ponto, fica claro que o conteúdo do corpo do PGMC tem natureza mais perene, não sendo de se esperar que seja revisado pela Anatel com tanta frequência.

- 4.2.27.5. Para o Anexo I, a lógica é a inversa. É a de revisão periódica obrigatória (a cada 4 anos), ou antes desse prazo, caso as *medidas regulatórias assimétricas* tenham se revelado insuficientes para promover a competição livre, ampla e justa ou, ainda, conforme proposto por mim junto ao Tema 1, quando se constatar que tais medidas já não se mostrem mais necessárias.
- 4.2.27.6. Em outros termos, o corpo do PGMC define as regras gerais para se estabelecer medidas assimétricas, enquanto o Anexo I fixa, em verdade, quais serão as medidas assimétricas exigíveis dos Grupos com PMS para o próximo período de 4 (quatro) anos, período que passo a denominar também de *ciclo do PGMC*.
- 4.2.27.7. Dito isso, cabe citar que há *medidas regulatórias assimétricas* destinadas a atender comando do Decreto nº 6.654/2008, o qual determina que, na hipótese de transferências de controle que resultem em Grupo que contenha Concessionárias do STFC em setores de mais de uma Região do PGO, passa a ser obrigatório que esse Grupo atue nas demais Regiões, nos termos a serem definidos no PGMC. Significa dizer que, nesse caso específico, a revisão periódica das medidas regulatórias assimétricas (ou antes disso) pode modificar, em alguma medida, a extensão e a forma em que deve se dar a atuação do Grupo na terceira Região, porém, não comporta, em princípio, eliminar a obrigação em si, sob pena de inobservância ao PGO vigente.
- 4.2.27.8. A fim de atenderem à sua finalidade, as *medidas regulatórias assimétricas* seguem na proposta do GT com o dever de serem estruturadas como um conjunto específico de obrigações para cada mercado relevante e de representar uma intervenção proporcional ao risco existente que se deseja mitigar.
- 4.2.27.9. Percebo que as contribuições em consulta pública ajudaram a aprimorar consideravelmente o detalhamento e a existência (ou não) de algumas medidas assimétricas, o que é evidenciado na leitura dos Informes nº 4 e 14 do GT. Além disso, foi incorporada nova disposição normativa que especifica, de forma taxativa, os tipos de Medidas Regulatórias Assimétricas que podem vir a ser adotados pela Anatel no PGMC.
- 4.2.27.10. Os 7 (sete) tipos de medidas assimétricas possíveis, propostos pelo GT, são:
- I - Medidas de transparência;
 - II - Medidas de tratamento isonômico e não-discriminatório;
 - III - Medidas de controle de preços de produtos de atacado;
 - IV - Medidas de obrigação de acesso e de fornecimento de recursos de rede específicos;
 - V - Obrigações de oferta de produtos de atacado nas condições especificadas pela Anatel;
 - VI - Obrigações para corrigir falhas de mercado específicas ou para atender ao ordenamento legal ou regulatório em vigor; e
 - VII - Separação contábil, funcional ou estrutural.

- 4.2.27.11. As medidas assimétricas propostas para cada mercado relevante buscaram aquela que provavelmente eliminará ou reduzirá a falha observada naquele mercado, considerando outros critérios previstos no PGMC.
- 4.2.27.12. Decorrida a consulta pública, o GT atualizou as análises de mercado, conforme deliberado pelo Conselho Diretor quando da submissão do texto à sociedade, e aplicou nova metodologia de identificação dos mercados relevantes, conforme sugerido amplamente nas contribuições recebidas, ocasionando, inclusive, a renomeação de alguns mercados relevantes.
- 4.2.27.13. A Tabela a seguir busca resumir as *medidas assimétricas* propostas pelo GT para o próximo ciclo do PGMC.

Tabela 3 – Proposta GT: Resumo das Medidas Regulatórias Assimétricas

MERCADO DO PGMC ou CONDICIONAMENTO PGO	MEDIDAS ASSIMÉTRICAS PROPOSTAS
1. Rede Fixa de Acesso para transmissão de dados via par de cobre em taxas < 25 Mbps	Medida de Transparência Oferta de Referência e BDA para (1) <i>Bitstream</i> e (2) de <i>Full Unbundling</i>
2. Rede Fixa de Transporte Local e de Longa Distância para transmissão de dados em taxas < 25 Mbps	- Medida de Transparência Oferta de Referência e BDA para (1) EILD, (2) <i>Backhaul</i>, (3) Interconexão Classe V e (4) de Interligação para tráfego de trânsito - Disponibilizar 1 (um) POI/PPI de Interconexão Classe V no maior município em cada Área de Registro em que for PMS. Havendo 2 ou mais PMS, seus POI/PPI devem ser um local comum - Fornecer capacidade de roteamento necessária à demanda solicitada em POI/PPI, com divulgação dos <i>Autonomous Systems</i> conectados na rede do Grupo com PMS - Havendo PTT do CGI.br, Anatel pode determinar que o POI/PPI seja nesse PTT
3. Infraestrutura Passiva	Medida de Transparência Oferta de Referência e BDA
4. Interconexão em Redes Móveis	- Medida de Transparência Oferta de Referência e BDA <i>Bill and Keep</i> 60%-40% entre Prestadoras de Grupos com PMS <i>Full Bill and Keep</i> entre Prestadora de Grupo com PMS e Prestadora de Grupo sem PMS - Vedação de preços diferentes entre chamadas <i>on-net</i> e <i>off-net</i> para Prestadoras de Grupos com PMS
5. Itinerância Nacional	Oferta de Referência (replicação de ofertas no varejo)
6. Grupo com Concessionária de STFC em mais de uma Região do PGO	- Construir infraestrutura de rede de transporte na sede dos municípios, cuja soma da população corresponda: - I – 50% da população das demais Regiões – 3 anos do Ato de Concentração - II – 60% da população das demais Regiões – 5 anos do Ato de Concentração - III – 70% da população das demais Regiões – 7 anos do Ato de Concentração

4.2.27.14. Examinadas as contribuições recebidas à minuta de PGMC, verifica-se que o Grupo de Trabalho (GT) propôs, em síntese:

- b) Incluir dispositivo que limita os tipos de Medidas Regulatórias Assimétricas que podem vir ser adotados pela Anatel junto ao PGMC, os quais passam a estar restritos aos 7 (sete) tipos de medidas assimétricas enumerados no art. 11 da proposta GT.
- c) Manter os critérios que foram submetidos à consulta pública, a serem observados pela Anatel quando da atribuição de medidas regulatórias assimétricas, com alguma alteração na essência do critério relativo à “*criação de incentivos ao investimento em Infraestrutura*”, que passa a ser “*criação de incentivos ao investimento em novas infraestruturas*”.
- d) Manter a previsão de que as medidas regulatórias assimétricas do PGMC não afastam o dever de observância pelos Grupos com PMS de outras medidas regulatórias assimétricas estabelecidas em outros regulamentos.
- e) Aumentar o detalhamento das informações que devem constar das Ofertas de Referência de Produtos de Atacado-ORPA (arts. 6º e 7º).
- f) Estabelecer que a submissão das ORPA à homologação será feita por meio de sistema informatizado disponibilizado pela Anatel (art. 9º, §1º do Anexo I).
- g) Manter o prazo de 6 (seis) meses para a revisão das ORPAs pelos Grupos detentores de PMS, com vistas à sua permanente atualização (art. 10).
- h) Modificar o grau de acesso às informações na Base de Dados, que permanece com a característica de ser visualizada por todas as prestadoras demandantes, mas com perfis de acesso definidos pelo GIESB (art. 13, §5º)
- i) Excluir qualquer medida regulatória assimétrica especificamente voltada para o mercado de TV por Assinatura, considerando a recente edição da Lei nº 12.485/2011;
- j) Incluir medidas assimétricas no mercado de Terminação de Chamadas em Redes Móveis, de Itinerância Nacional e de Infraestrutura Passiva, sendo que este último se modifica, passando de uma medida assimétrica relacionada a cada um dos mercados de atacado, conforme havia constado da consulta pública, para constituir objeto de medidas assimétricas próprias, em mercado relevante destacado.

4.2.27.15. Quanto ao dever de apresentação de Oferta de Referência de Produtos de Atacado (ORPA) para todos os mercados identificados no PGMC, compartilho do entendimento do GT, e que foi aderido pelo Conselho Diretor na aprovação da consulta pública, de que o mecanismo pode contribuir para aumentar sensivelmente o grau de transparência das ofertas praticadas pelos Grupos detentores de PMS. Não é por outra razão, que tal medida é adotada internacionalmente, de forma tão ampla. A medida favorece a compra de Produtos de Atacado, pois as condições de oferta que o Grupo vier a adotar como referência deve ser praticada isonomicamente a toda e qualquer empresa demandante, e de forma transparente.

- 4.2.27.16. Da mesma forma, não vislumbro qualquer descompasso entre a previsão de homologação das Ofertas de Referência pela Anatel com a LGT, pois não implica criação de mecanismo de tarifação no regime privado, como suscitaram algumas contribuições.
- 4.2.27.17. Primeiramente, porque os arts. 146 e 155 da LGT são claros ao expressar que a propriedade das redes é limitada pela sua função social e que a disponibilização dessas redes para desenvolver a competição será obrigatória nos casos e condições fixados pela Anatel:

Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

I - é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;

II - deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;

III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

(...)

Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

- 4.2.27.18. Em segundo lugar, porque são as próprias prestadoras pertencentes aos Grupos detentores de PMS que especificarão, de acordo com requisitos e grau de detalhamento mínimos, as condições de sua oferta.
- 4.2.27.19. A proposta do GT também contemplou que as Ofertas de Referência serão submetidas à homologação da Anatel mediante sistema informatizado disponibilizado pela Agência (art. 9º da minuta GT). Quanto a este ponto, **proponho**, apenas, incluir dispositivo que permita que, na eventualidade de ausência do respectivo sistema, que a homologação não seja prejudicada, o que poderia retardar os benefícios de transparência das ofertas para grupos demandantes dos produtos de atacado:

“Enquanto não disponibilizado o sistema referido no § 3º deste artigo, os Grupos com PMS deverão protocolar em meio físico e mídia eletrônica os referidos documentos.”

- 4.2.27.20. Quanto à proposta de inclusão das fibras ópticas apagadas no rol de infraestruturas passivas, divirjo em parte do GT, pois entendo que podem, sim, ser incluídas na definição de *infraestrutura passiva*, mas não caberia impor a elas o dever de compartilhamento ditado no PGMC, por coerência com a proposta de “*feriado regulatório*” concedido à fibra óptica ativa (fibra acesa), já comentada em outro Tema desta Análise.

A) Assimetria – Disponibilização de Ponto de Troca de Tráfego (PTT)

- 4.2.27.21. Segundo o Item 5.2.1.9 do Informe nº 14/2012, a lógica de impor a medida regulatória assimétrica referente ao PTT tem o objetivo de impedir a elevação artificial de custos dos concorrentes por meio da disponibilidade de interconexão

pelo Grupo com PMS apenas em pontos pré-estabelecidos pelo próprio detentor de PMS.

4.2.27.22. Quanto a este ponto, proponho acolher parcialmente algumas contribuições em consulta pública que alegaram que a disponibilização de PTTs deve levar em conta se existe, ou não, demanda desse insumo na respectiva área.

4.2.27.23. Assim, **proponho** solução alternativa à do GT, a qual poderia implicar no dever de disponibilizar até 67 (sessenta e sete) PTTs em 90 dias da entrada em vigor do PGMC. A proposta alternativa é caracterizada por:

- Estabelecer que só será exigível PTT do Grupo com PMS, se houver a solicitação de algum interessado para aquela Área de Registro.
- Prazo de 90 (noventa) dias para disponibilizar o PTT, a contar da primeira solicitação, se tal Área de Registro ainda não possuir o PTT em operação.
- O PTT do Grupo com PMS deve ser instalado no município mais populoso da Área de Registro, no endereço à sua escolha.
- Caso haja mais de um Grupo com PMS em uma dada Área de Registro, o PTT deve ser implementado em um local comum.
- Nas Áreas de Registro em que já exista pelo menos um PTT em operação, a Prestadora do Grupo com PMS deverá participar nos PTTs indicados pela Anatel.

Dessa forma, entendo que se endereça pleito legítimo de que não se imponha custo desnecessário de disponibilização de infraestrutura (PTT) em regiões do País que não possuem uma demanda clara por esta facilidade de conexão.

Por outro lado, assegura, também, que havendo mais de um Grupo com PMS na mesma Área de Registro, que o exercício de seu poder de mercado seja relativizado mediante a obrigação de que os PTTs sejam em um mesmo local. A medida reduz barreiras às empresas demandantes de troca de tráfego via PTT.

4.2.27.24. O novo texto é apresentado no Anexo a esta Análise.

B) Assimetria – Desagregação de Elementos de Rede

4.2.27.25. A desagregação de elementos de rede e o acesso ao enlace local por empresas exploradoras concorrentes como medidas de incentivo à competição foi prevista no Decreto nº 4.733/2003, que dispôs sobre políticas públicas de telecomunicações, o qual se respalda no dever de compartilhamento de rede por todas as prestadoras de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, conforme art. 155 da LGT.

4.2.27.26. Nestes termos, o PGMC em consulta pública previu como produtos de desagregação de elementos de rede o *full unbundling* e o *bitstream*.

4.2.27.27. De forma a equilibrar o dilema entre compartilhamento de rede previsto na LGT e o incentivo ao investimento, a proposta do PGMC prevê um prazo de carência em que o compartilhamento não será exigível. Assim, não foi incluído como dever de compartilhamento, nem constará como item obrigatório das Ofertas de Referência

de Produtos de Atacado (ORPA), as redes de fibras ópticas, as quais respondem por volume considerável dos investimentos atualmente na busca de inovação e em redes mais modernas.

- 4.2.27.28. Porém, como antecipado no Tema 4 - *Análises de Mercado e identificação de Grupos com PMS*, não vejo razões para afastar, neste momento, o dever de compartilhamento de redes em cabos coaxiais detidas por grupos detentores de PMS no mercado de rede fixa de acesso em taxas inferiores ou iguais a 10 Mbps. A edição recente da Lei nº 12.485/2011, que dentre outros pontos, instituiu o Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), ainda que tenha liberado a entrada de novos agentes no mercado que mais se utiliza de redes coaxiais, deve ser levada na devida conta. Afinal, a aprovação da Lei não afasta o fato de que existem redes maduras em algumas localidades brasileiras e que estão baseadas, total ou parcialmente, em cabos coaxiais.
- 4.2.27.29. Há redes coaxiais com mais de 15 (quinze) anos de operação, amortizadas, e que permitiram, inclusive, e por exemplo, a obtenção de parcelas significativas do mercado de varejo de banda larga. Dados da Superintendência de Serviços Privados da Anatel, de agosto de 2012, indicam que mais de 28% do total de acessos de SCM no Brasil utilizavam da tecnologia de Cable Modem ou HFC, de um total de 15 tecnologias listadas naquele relatório. É o que mostra a **Tabela** abaixo.

Tabela 4 – SCM por tecnologia, Junho a Agosto 2012

Tecnologia	Jun		Jul		Ago	
	Acessos	%	Acessos	%	Acessos	%
Atm	355.934	1,85%	89.951	0,47%	89.396	0,46%
Cable Modem	366.102	1,91%	334.851	1,75%	5.391.384	27,86%
DTH	310	0,00%	2	0,00%	2	0,00%
ETHERNET	810.634	4,22%	822.456	4,29%	815.355	4,21%
Fibra	5.151.297	26,82%	5.212.117	27,19%	302.486	1,56%
FR	18.307	0,10%	18.059	0,09%	18.402	0,10%
FWA	172.779	0,90%	180.646	0,94%	130.578	0,67%
HFC	138.950	0,72%	140.505	0,73%	141.216	0,73%
LTE	3.190	0,02%	3.518	0,02%	4.053	0,02%
MMDS	5.417	0,03%	6.625	0,03%	6.287	0,03%
PLC	201	0,00%	511	0,00%	511	0,00%
Satélite	30.689	0,16%	32.494	0,17%	33.106	0,17%
Spread Spectrum	836.162	4,35%	873.093	4,56%	882.181	4,56%
WIMAX	11.224	0,06%	11.196	0,06%	10.664	0,06%
xDSL	11.307.947	58,87%	11.439.776	59,69%	11.524.851	59,56%
Total	19.209.143	100,00%	19.165.800	100,00%	19.350.472	100,00%

Fonte: Anatel. *Relatório Mensal de Acompanhamento*. Agosto de 2012

- 4.2.27.30. Dado o exposto, e considerando adicionalmente, a tendência nacional e internacional de aumento da proporção de trechos ópticos em redes híbridas HFC (processo de opticalização), **proponho** manter a obrigação de *full unbundling* e de

bitstream para os casos de oferta envolvendo rede de par trançado (par de cobre) e adicionar a obrigação de *bitstream* para redes de cabos coaxiais para eventuais Grupos que forem identificados com PMS nesse mercado relevante.

C) Assimetria – Vedação de Cláusulas de exclusividade nos contratos de compra de conteúdo e Unidade Receptora Decodificadora (URDs)

- 4.2.27.31. Por entender que as medidas regulatórias assimétricas relacionadas à vedação de cláusulas de exclusividade nos contratos de compra de conteúdo e à *Unidade Receptora Decodificadora (URDs)*, ambas propostas em CP, já merecem tratamento adequado tanto pela Lei nº 12.485/2011, quanto pelo Regulamento de SeAC, aprovado pela Resolução nº 581, de 26/03/2012, manifesto-me favorável às suas retiradas do PGMC, conforme proposto pelo GT.

D) Assimetria – Obrigações para Grupo Econômico que contenha Concessionária do STFC atuando em setores de mais de uma Região do PGO

- 4.2.27.32. O GT deixou de acolher contribuições que alegaram que a obrigação relativa ao dever de atuação de grupo econômico que atue em Setores de mais de uma Região do PGO seria ilegal, contrária ao art. 128, I da LGT, o qual disciplinou:

Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;

- 4.2.27.33. Contudo, cabe deixar claro que a proposta em consulta pública para este ponto teve o objetivo único de atender ao previsto no art. 6º, §1º do Decreto nº 6.654/2008, que aprovou o Plano Geral de Outorgas (PGO):

Art. 6º. As transferências de concessão ou de controle de concessionária do serviço a que se refere o art. 1º deverão observar o princípio do maior benefício ao usuário e ao interesse social e econômico do País.

§ 1º As transferências que resultem em Grupo que contenha concessionárias em Setores de mais de uma Região definida neste Plano Geral de Outorgas implicam:

I - atuação obrigatória nas demais Regiões, por parte de prestadora de serviços de telecomunicações pertencentes ao Grupo que contenha as respectivas concessionárias, conforme dispuser o Plano Geral de Metas de Competição a ser editado pela Agência Nacional de Telecomunicações, observado o disposto no § 5º;
e

II - obrigação de atender aos condicionamentos impostos pela Agência Nacional de Telecomunicações com a finalidade de assegurar a competição, impedir a concentração econômica prejudicial à concorrência e não colocar em risco a execução do contrato de concessão, em atenção ao que dispõe a Lei no 9.472, de 1997, em especial nos seus arts. 97 e 98.

- 4.2.27.34. São úteis também os comentários constantes do Informe nº 4/2012 do GT, que retratam com clareza os valores jurídico-regulatórios envolvidos na presente obrigação:

5.4.127. Nesse sentido, temos que o Decreto nº 6.654 estabelece um condicionamento, a ser regulamentado no PGMC, para as transferências citadas no caput do art. 6º. Além disso, vale destacar que o Decreto nº 2.354, revogado pelo Decreto nº 6.654, impedia, por meio de seu art. 14, que um Grupo Econômico detivesse concessão de serviço público de telecomunicações em mais de uma Região do PGO.

5.4.128. Assim, só foi possível a realização de transferências que resultassem em Grupo que contenha concessionárias em Setores de mais de uma Região após a promulgação do Decreto nº 6.654, onde está previsto o supracitado condicionamento a tal tipo de transferência.

5.4.129. Dessa forma, temos que na eventualidade de realização das transferências de controle de que trata art. 6º, §1º, deverão ser observados os condicionamentos previstos no PGMC.

5.4.130. Considerando que tais tipos de transferências acontecem de forma voluntária pelas prestadoras do serviço de telecomunicações em regime público, não há que se falar em imposição de obrigações de investimento, uma vez que a obrigação de investimento decorre da transferência e que não há nenhuma imposição quanto à sua realização.

5.4.131. Ou seja, como as prestadoras não são obrigadas a realizar tal tipo transferência, então também não são obrigadas a realizar os investimentos exigidos no caso dessas.

5.4.132. Assim, não há que se falar em ilegalidade, visto que a realização das referidas transferências é de livre decisão das prestadoras. Por outro lado, há que se avaliar se o condicionamento imposto pelo PGO, regulamentado posteriormente pelo PGMC, possui razoabilidade quanto às metas estabelecidas.

5.4.133. Tendo em vista que no caso concreto a única transferência que se enquadra no previsto no art. 6º, §1º, foi a que resultou na aquisição do controle do Grupo da Brasil Telecom pelo Grupo Oi, utilizaremos dados fornecidos pelo Grupo Oi no contexto do PGMC para demonstrar a razoabilidade de tais metas.

5.4.134. Segundo dados apresentados no documento intitulado “Presença e Investimentos da Oi na Região III” (fls.744 – 748), temos que, segundo o Grupo Oi, em 2011 este possuía backbone (rede de transmissão) em municípios que correspondiam a 58% dos municípios da Região 3 (fl. 747).

- 4.2.27.35. Logo, tenho que as metas progressivas propostas pelo GT são totalmente razoáveis, além de gozarem de inquestionável legalidade.
- 4.2.27.36. Faço ressalva, apenas, quanto ao início da contagem dos prazos de exigência das obrigações, que ao invés de se basear na data de aprovação do Ato de Concentração, conforme sugerido pelo GT, **proponho** deve iniciar-se na data em que a respectiva transferência de controle societário mencionada no art. 6º do PGO vier a ser concretizada.
- 4.2.27.37. A alteração considera ser mais apropriado exigir obrigações a partir do momento em que as operações societárias são efetivadas, ao invés do momento em que passam pelo crivo do órgão estatal autorizador da operação, posto que a operação pode demorar para ocorrer ou simplesmente nem se aperfeiçoar juridicamente.

E) Decisões Cautelares em caso de não homologação de Ofertas de Referência de Produtos de Atacado

4.2.27.38. Na CP, haviam sido estabelecidas, para cada mercado relevante, margens percentuais do preço praticados no varejo por grupos detentores de PMS, as quais seriam adotadas como referência em caso de necessária composição de conflito pela Anatel, quando o Grupo com PMS não tenha apresentado uma Oferta de Referência à homologação ou que esta não tenha sido homologada pela Anatel.

4.2.27.39. Contudo, o risco de eventual descompasso entre as tais margens e aquelas previstas na MAR (Metodologia de Avaliação de Replicabilidade) deve ser levado em conta, conforme foi alertado pelo Informe nº 14/2012 do GT:

5.6.4.1.2. Além das modificações associadas às conclusões das análises de mercado, são necessárias também modificações tendo em vista a proposta de MAR já destacada.

5.6.4.1.3. Assim, tendo em vista as margens propostas no presente Informe, torna-se necessário modificar os arts. 19, 20 e 26 do Anexo I do PGM, uma vez que os referidos artigos estabelecem margens a serem utilizadas cautelarmente quando da composição de conflitos na ausência de homologação de Oferta de Referência de Produto de Atacado.

5.6.4.1.4. Nesse sentido, caso haja descompasso entre as margens previstas na MAR e aquelas previstas nos dispositivos supracitados, não haverá incentivos para a homologação das ofertas de referência, tornando-se assim totalmente inócua a aplicação da assimetria regulatória, uma vez que os Grupos detentores de PMS terão preferência pela decisão cautelar.

4.2.27.40. Dessa forma, o GT propôs, em síntese, “um percentual de menor preço praticado no varejo pelo próprio Grupo detentor de PMS”, o que me parece ter sido acertado. A medida foi materializada nos dispositivos normativos atinentes à oferta de *bitstream* (desagregação de canais lógicos), de *full unbundling* (desagregação plena do enlace local), de EILD e de exploração de *backhaul*.

4.2.27.41. Faço ressalva, apenas, quanto aos casos de conflito envolvendo as ofertas de EILD e de exploração de *backhaul*. Para esses, entendo que o mais adequado é fazer menção à utilização dos Valores de Referência de EILD Padrão, posto que definidos junto aos arts. 36, §7º, e 44 do Regulamento de EILD, aprovado pela Resolução nº 590/2012, e no art. 1º do Ato nº 2.716/2012, justamente para esta finalidade: composição de conflito envolvendo Grupo detentor de PMS.

4.2.27.42. Assim, **proponho** redação alternativa ao dispositivo relativo à expedição de cautelares em caso de ORPA não homologada para os Produtos EILD e Exploração de Backhaul, materializada no Anexo a esta Análise, assim:

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 Grupo com PMS no Mercado Relevante de oferta atacadista de infraestrutura de rede fixa de transporte local e de longa distância para transmissão de dados em taxas de transmissão inferiores a 34 Mbps, a Anatel utilizará como referência os valores estabelecidos pelo Ato nº 2.716, de 15/05/2012, ou por outro que venha a substituí-lo.

F) Do Mercado Relevante de Terminação de Chamadas em Redes Móveis

- 4.2.27.43. O GT, tendo em vista os resultados da Análise do Mercado Relevante de Terminação de Chamadas em Redes Móveis, sugeriu a inclusão de assimetrias regulatórias, nos seguintes termos:

CAPÍTULO VI

OFERTA DE INTERCONEXÃO EM REDES MÓVEIS

Art. 37. A Prestadora definida como PMS no Mercado de Terminação de Chamadas em Redes Móveis deverá apresentar Oferta de Referência de interconexão nas Classes II, III e IV definidas no Regulamento Geral de Interconexão (RGI), nos termos do Art. 6º do Anexo I deste Plano.

Art. 38. As Ofertas de Referência de Interconexão em Redes Móveis serão homologadas pela Anatel.

Parágrafo Único: Na homologação das Ofertas, a Anatel observará as regras dispostas no RGI e deverá garantir que os valores de uso de rede móvel (VU-M) não inviabilizem a adoção dos valores atualizados de valores de comunicação (VCs) fixados nos Contratos de Concessão de Prestadora de STFC.

Art. 39. No relacionamento entre Prestadoras definidas como PMS no Mercado de Terminação de Chamadas em Redes Móveis, quando o tráfego sainte, em dada direção, for superior a 60% (sessenta por cento) do tráfego cursado entre as Prestadoras, somente é devida a remuneração pelo uso da rede do SMP na realização das chamadas que excedam este limite.

Art. 40. No relacionamento entre Prestadoras definidas como PMS no Mercado de Terminação de Chamadas em Redes Móveis e Prestadoras do SMP não detentoras de PMS não haverá pagamento pelo uso de rede do SMP.

Art. 41. As Prestadoras definidas como PMS no Mercado de Terminação de Chamadas em Redes Móveis não poderão praticar preços diferentes entre as chamadas originadas e terminadas na sua rede e as chamadas originadas na sua rede e terminadas em outra rede.

- 4.2.27.44. Quanto ao disposto no art. 41 da proposta do GT, constato que seu teor se distanciou do princípio seguido durante toda a formulação do PGMC de que as eventuais *medidas regulatórias assimétricas* devem estar associadas ao mercado de atacado, e não de varejo.

- 4.2.27.45. É o que decorre também do Item III.1.1 do Anexo II – Diretrizes Metodológicas para Identificação de Mercado Relevante e dos Grupos com PMS, o qual remete à destinação e ao objeto sobre os quais deve incidir as medidas assimétricas eventualmente aplicadas pela Anatel:

III - Definição das dimensões do Mercado Relevante

(...)

1.1. Os produtos de varejo deverão ser definidos antes dos produtos de atacado e, apenas na existência de probabilidade de exercício de poder de mercado nos mercados de varejo, poderão ser atribuídas correções, por meio de medidas assimétricas, no(s) mercado(s) de atacado relacionado(s).

- 4.2.27.46. Assim, **proponho excluir o art. 41**, que, em resumo, vedaria que as prestadoras de Grupo com PMS no mercado de terminação de chamadas em redes móveis praticassem preços de público diferentes para chamadas *on-net* e *off-net*.

- 4.2.27.47. Quanto ao disposto no art. 38, relativo à Oferta de Referência e a critério a ser observado quando de sua homologação, é fácil perceber sua natureza de medida de transparência, como de resto se caracterizam as obrigações de Oferta de Referência para todos os demais mercados de atacado considerados no PGMC.
- 4.2.27.48. Tal medida está alinhada ao art. 3º, XI, do PGMC, que prevê que a competição no setor de telecomunicações é regida, dentre outros, pelo princípio da “*boa-fé e da transparência*”.
- 4.2.27.49. Ao mesmo tempo, também atende ao princípio do inciso V do art. 3º do PGMC, de “*sustentabilidade econômica do setor*”, vez que o **parágrafo único do art. 38** em questão apenas reforça o teor do art. 8º do Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes do SMP, aprovado pela Resolução nº 438/2006, de que o valor do VU-M não pode inviabilizar o valor atualizado do VC de Concessionária do STFC. Senão vejamos:

PGMC

Art. 3º A competição no setor de telecomunicações é regida pelos princípios e regras contidos na Constituição Federal, na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações – LGT, na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e na regulamentação da Anatel, em especial pelos seguintes pressupostos:

(...)

V - sustentabilidade econômico-financeira do setor;

(...)

XI - boa-fé e transparência;

Resolução nº 438/2006 – RRUR-SMP

Art. 8º. O valor de VU-M não pode inviabilizar a adoção do valor atualizado de VC-1 fixado nos Contratos de Concessão de Prestadora de STFC.

- 4.2.27.50. Assim, **não vislumbro impedimentos** à adoção da medida proposta pelo GT no caput do art. 38 e em seu parágrafo único.
- 4.2.27.51. Quanto ao disposto nos arts. 39 e 40, verifico que buscaram endereçar questão constatada pelo próprio GT no item 2.3 da Análise dos Mercados Relevantes, qual seja a intensificação do que foi denominado de “*efeito clube exclusivo*”. Esse efeito decorre da discriminação entre os preços para as chamadas *on-net* e os preços para as chamadas *off-net*:

Análise dos Mercados Relevantes

(...)

Considerando os dados referentes ao SMP, em janeiro de 2012 observou-se um nível de concentração de mercado, medido pelo HHI, de aproximadamente 0,25, o que indica um dos menores índices de concentração no mundo.

Apesar dessa alta competição no mercado nacional, observa-se que existem alguns problemas ainda no mercado de telefonia móvel, especialmente no que diz respeito à intensificação do “efeito clube exclusivo” decorrente da discriminação de preços praticada pelas prestadoras móveis entre as chamadas destinadas a usuários da

mesma prestadora (on-net) e chamadas destinadas a usuários de outras prestadoras (off-net).

- 4.2.27.52. Segundo tal Análise, no primeiro trimestre de 2012, cerca de 80% das chamadas locais originadas no SMP eram chamadas *on-net*, isto é, entre clientes da mesma prestadora.
- 4.2.27.53. De fato, a utilidade de um acesso móvel é estritamente relacionada ao número de usuários. Se a quantidade de acessos é pequena, o usuário poderá utilizar seu terminal móvel para se comunicar com um número limitado de pessoas e sua utilidade será baixa. Conforme se expande o grupo de usuários em que uma determinada chamada é mais barata, aumentam as possibilidades de uso de seu acesso móvel e, portanto, sua utilidade.
- 4.2.27.54. O fato de que o total de tráfego de chamadas intra-rede móvel (*on-net*) é maior do que a o tráfego *off-net* não caracteriza, por si, um problema. Porém, quando seus níveis atingem valores muito elevados, corre-se o risco de esvaziar o princípio previsto na legislação brasileira de que “*as redes de telecomunicações devem ser organizadas segundo vias de livre circulação*”, conforme art. 146 da LGT.
- 4.2.27.55. Em outras palavras, não é suficiente que o Brasil conte com 4, 5 ou mais Prestadoras de serviço móvel à disposição do consumidor, a depender da região do País, mas é também necessário preservar que esses consumidores possam, efetivamente, se comunicar, ainda que se encontrem em prestadoras móveis concorrentes.
- 4.2.27.56. Para o caso de empresas entrantes no mercado, é fácil perceber que um nível elevado de chamadas *on-net* de concorrentes já instalados prejudica fortemente sua atuação. Afinal, não basta que sua oferta consiga ser atrativa para estimular a migração de um consumidor determinado; ela deve ser capaz, neste cenário, de que tal usuário e todo o grupo de contatos com os quais este consumidor mais se comunica mudem para a empresa entrante. No Brasil, o aumento do perfil de chamadas *on-net* tem se caracterizado pela prática de preços de varejo bastante inferiores aos praticados para chamadas *off-net*, o qual é oferecido pelos maiores grupos econômicos em operação.
- 4.2.27.57. Para o consumidor, o “*efeito clube exclusivo*” também tem seus efeitos. Ou ele se vê sujeito a dispor de 2, 3 ou 4 aparelhos ou a ter que se tornar cliente de mais de uma prestadora ao mesmo tempo, para que consiga realizar negócios ou se comunicar com seu círculo familiar e profissional. O ideal é que tal situação não seja a única opção para que o consumidor possa se comunicar a preço baixo. Trata-se de dar-lhe mais autonomia. Nesse contexto, são bem vindas propostas que busquem a resolução da questão de forma gradual, que os preços de público se acomodem e se equilibrem em linhas de crescente modicidade tarifária e que, também, conceda previsibilidade ao mercado regulado.
- 4.2.27.58. Por isso, pareceu-me acertada a proposta do GT de endereçar o elevado nível de *efeito clube exclusivo* mediante o estabelecimento de medida regulatória assimétrica no mercado de atacado, que se aproveite da possibilidade de adoção do regime de *bill and keep*, dada a estreita relação que os preços de atacado (como o VU-M) têm na formulação dos preços de público e no estímulo à competição.

- 4.2.27.59. Contudo, a experiência histórica da regulação brasileira mostrou que o *Bill and Keep total*, ou seja, o regime que dispensa o pagamento de VU-M entre prestadoras móveis, também pode ocasionar fraude na remuneração de redes, especialmente, na presença de operações verticalizadas (Fixo, Móvel e Longa Distância). No passado, o tema elevou drasticamente o contencioso administrativo e judicial entre empresas de telecomunicações e aumentou o grau de desconfiança mútua em um setor da atividade econômica em que a interoperabilidade de redes, o encontro de contas mensal e ações coordenadas de combate e prevenção de fraudes devem ser a ordem do dia.
- 4.2.27.60. Ao mesmo tempo, deve ser levado em conta que o *Bill and Keep Total* modifica de forma incisiva o regime atual, que é justamente o inverso, ou seja, é o de *full billing*, em que incide o VU-M em toda e qualquer chamada inter-redes do SMP, o serviço de telecomunicações em que foram identificados os detentores de PMS nesse mercado relevante.
- 4.2.27.61. Por isso a cautela quando se desejar empregar tal modelo de remuneração (*bill and keep e suas variantes*), tanto mais se se considerar que, tão logo seja concluída a modelagem de custos dos preços e tarifas de atacado conduzida pela Anatel, a lógica econômica impõe que cada prestadora arque com o preço orientado a custo que for apurado para a terminação de chamada na rede de outra prestadora móvel.
- 4.2.27.62. Assim, com vistas a subsidiar a deliberação deste órgão colegiado, solicitei informações à Superintendência Executiva (SUE) a respeito do cronograma previsto para os principais resultados advindos do Projeto 9-BRA/98/006-Anatel/UIT relativo ao desenvolvimento e implantação de modelagem de custos das prestadoras de serviços de telecomunicações, em particular os constantes das fases de modelagem FAC-HCA, FAC-CCA, LRIC e *Bottom-up* (Empresa Hipotética Eficiente). Adicionalmente, questionei se os resultados do projeto envolveriam a totalidade das prestadoras de Serviço Móvel Pessoal (SMP).
- 4.2.27.63. A resposta da SUE constou do Mem. nº 352/2012-GT-SUE, de 25/10/2012, indicando a proximidade da conclusão das etapas fundamentais para a obtenção do valor de referência do VU-M (o RVU-M) apurado com a orientação a custos, sendo que todas terminarão ainda no primeiro semestre do próximo ano (2013), conforme sua previsão:

2. *Informamos que os prazos previstos para os resultados finais dos modelos desenvolvidos, conforme cronograma oficial do projeto, são:*

- **FAC-HCA:** 8 de fevereiro de 2013
- **FAC-CCA:** 8 de fevereiro de 2013
- **LRIC:** 28 de junho de 2013
- **Bottom-up (Empresa Hipotética Eficiente):** 26 de abril de 2013

3. *Oportuno destacar que além do desenvolvimento e implantação dos modelos, o projeto prevê também um período de discussão e desenvolvimento da metodologia para definição de tarifas (TU-RL) e valores de referência (EILD) (Fase VII), envolvendo publicação das propostas para Consulta Pública. O término da Fase VII está previsto para 1º de novembro de 2013, de acordo com o cronograma oficial do projeto.*

4. Relativamente às prestadoras de Serviço Móvel Pessoal (SMP) que serão objeto de modelagem destacamos que no Contrato vigente existe a previsão de desenvolvimento dos modelos FAC-HCA e Bottom up para a Tim. Entretanto, após aprovação final do aditivo contratual, cuja conveniência e oportunidade foram aprovadas pelo Conselho Diretor em 19 de julho de 2012, serão consideradas a Oi Móvel, a Tim, a Vivo, a Claro, a CTBC Celular, a Sercomtel Celular.

4.2.27.64. Assim, **proponho** que, para Prestadoras de Grupos com PMS, seja mantido o regime *full billing* e que, na relação entre Prestadoras de Grupos com e sem PMS, se admita o *Bill and Keep parcial*, iniciando-se na proporção 80-20%, e reduzindo-se para 60-40% em um segundo momento, até que, posteriormente, tendo sido determinado o valor orientado a custos previstos no Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes, seja restituído o regime de *full billing*.

4.2.27.65. A proposta leva em conta o fato de que, concluindo-se as etapas da modelagem de custos em junho de 2013, que a Anatel venha a expedir até 31/12/2013, o valor do RVU-M, a ser utilizado em 2016, em caso de conflitos envolvendo Grupo com PMS, e que será apurado com base na modelagem de custos, conforme determinado pelo art. 14 do Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes do SMP (Res. nº 438/2006):

Art. 14. A partir da data estabelecida em Resolução, a Anatel determinará, com base no modelo FAC, o valor de referência de VU-M (RVU-M) de Prestadora de SMP pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de interconexão em rede móvel, que será utilizado como referência quando da resolução de conflitos relacionados à pactuação do VU-M mencionada no artigo 13, considerando:

I - os custos correntes incorridos por uma prestadora hipotética eficiente, apurados por modelo desenvolvido pela Anatel;

II - os custos históricos informados pelas prestadoras e aceitos pela Anatel, nos termos da regulamentação.

Parágrafo único. A Anatel poderá, oportunamente, determinar o RVU-M com base no modelo LRIC, conforme regulamentação específica.

4.2.27.66. A meu ver, a possibilidade de sinalizar, ainda em 2013, o valor que será adotado em caso de conflitos com Grupo com PMS no ano de 2016 só traz benefícios, seja ao mercado, que pode se planejar para o fato, seja para a Anatel, que também passa a seguir um caminho seguro para a orientação do RVU-M a custos. Em outros termos, é melhor prever, agora, um escalonamento, uma redução gradual do RVU-M, do que, na iminência de 2016, partir-se para um valor de RVU-M em que vários prognósticos levam a crer que será extremamente mais baixo do que o valor de VU-M praticado atualmente, conforme o benchmarking internacional.

4.2.27.67. Nestes termos, **proponho** a redução gradual do RVU-M em 3 (três) etapas. A primeira iniciando em 2014, outra em 2015 e a terceira em 2016, esta resultante da modelagem de custos. A proposta leva em conta que, em 2011, a Anatel já tomou medidas para a redução gradual do VU-M por meio da Resolução nº 576/2011 (Regulamento de VC), para 2012 e outra para 2013.

4.2.27.68. Voltando à proposta desse relator, a primeira redução do RVU-M (para caso de conflito) pode ser refletida no estabelecimento de um RVU-M igual a 75% do valor do VU-M vigente em 31/12/2013 e a segunda redução, por um valor de RVU-M igual a 50% do valor do VU-M também vigente em 31/12/2013.

4.2.27.69. Importante destacar, ainda, que a proposta que ora apresento a este colegiado tem a possibilidade adicional de assegurar que eventuais reduções no VU-M pactuado ou no VU-M resultante de composição de conflitos (o RVU-M) sejam repassados ao consumidor, dado o que foi previsto junto ao art. 8º do Regulamento de VC, aprovado pela Resolução nº 576/2011 e no art. 7º do Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras do SMP, senão vejamos:

Regulamento de VC (Res. nº 576/2011)

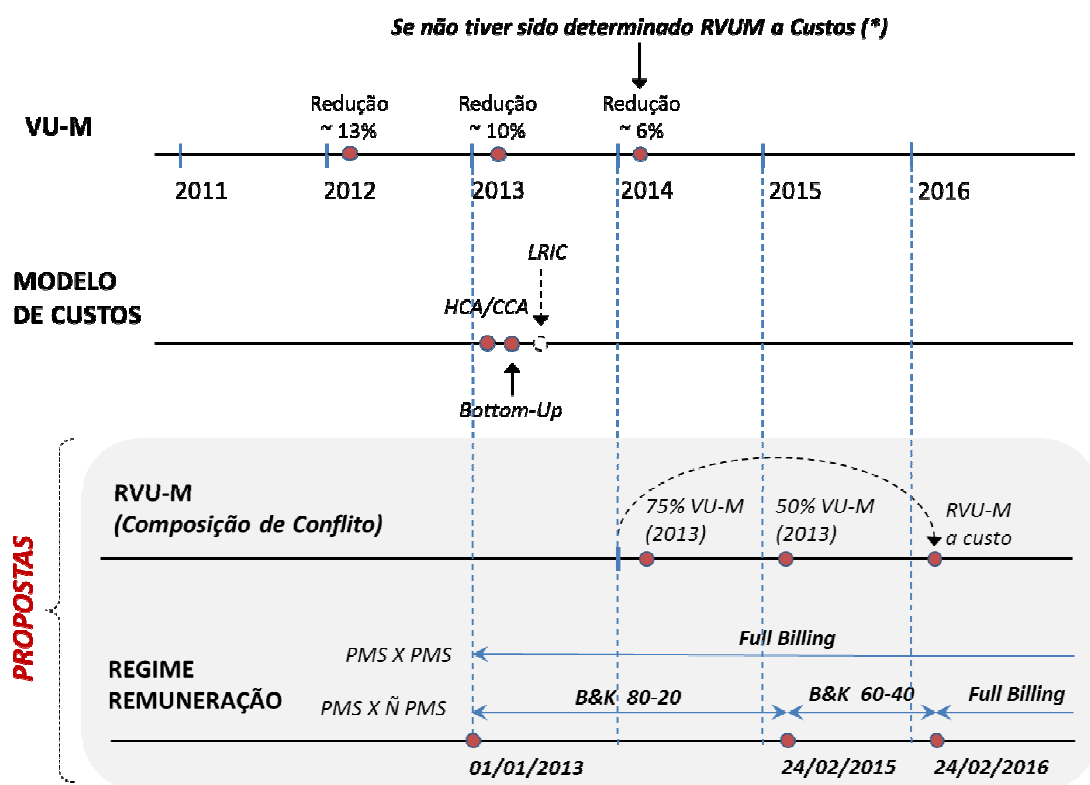
Art. 8º. A fixação ou revisão do valor de referência do VU-M (RVU-M) ou do VU-T implicará a simultânea revisão das tarifas objeto deste Regulamento.

RRUR-SMP (Res. nº 438/2006)

Art. 7º. Quando da alteração do VU-M, a redução de seu valor real, se houver, deve ser integralmente deduzida do preço de público nas chamadas em que for aplicável.

4.2.27.70. As propostas ora apresentadas por este Relator são representadas na Figura a seguir.

Figura 2 – Proposta Relator – Mercado de Oferta de Interconexão em Redes Móveis



4.2.27.71. Acredito importante lembrar, por fim, e conforme descrito em vários outros pontos desta Análise, que o PGMCM se pauta pelo princípio do equilíbrio na imposição de *medidas regulatórias assimétricas*, cabendo, como consequência, a retirada de eventuais medidas assimétricas que venham a revelar que não tenham surtido os efeitos desejados ou que já não se mostrem necessárias para o incentivo e a promoção da competição livre, ampla e justa.

- 4.2.27.72. Por tal razão, considerando que o mecanismo de imposição de *bill and keep parcial* entre grupos com e sem PMS, aliado à redução gradual do RVU-M a ser adotado em caso de composição de conflito, na forma como ora propostos por este relator, podem alterar o grau de competitividade nesse mercado relevante, **entendo oportuno** prever que a deliberação do Conselho Diretor contemple determinação às áreas técnicas da Anatel para que iniciem estudo com vistas a averiguar a conveniência, necessidade e atualidade da regra contida no art. 18 do Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes do SMP, aprovado pela Resolução nº 438/2006:

RRUR-SMP (Res. 438/2006)

Art.18. Em resolução de conflitos envolvendo a pactuação de VU-M, a Anatel fixará cautelarmente o valor de VU-M, utilizando como referência um valor de até 20% (vinte por cento) superior ao maior dos VU-M das Prestadoras pertencentes aos Grupos detentores de PMS na oferta de interconexão em rede móvel, na respectiva região do PGA do SMP.

Parágrafo único. O valor de VU-M referido no caput poderá ser alterado mediante apresentação do Documento de Separação e Alocação de Contas (DSAC) pela Prestadora de SMP pertencente a Grupo não detentor de PMS na oferta de interconexão em rede móvel, considerando os critérios estabelecidos nos artigos 14 e 15.

- 4.2.27.73. A redação proposta está descrita no anexo a esta Análise, na minuta de PGMC com marcas de revisão.

G) Do Mercado Relevante de Itinerância Nacional

- 4.2.27.74. Segundo definição da UIT, contida nas Recomendações ITU-T, Rec. Q.1741.2 (2002) e ITU-T, Q.1761 (04), a Itinerância móvel é a habilidade para utilizar o serviço de telecomunicação em uma rede diversa da sua prestadora ou na habilidade para prover o serviço a um usuário por meio da rede de outra prestadora.
- 4.2.27.75. A Itinerância é a facilidade que permite a utilização dos equipamentos móveis nas localidades em que a prestadora não possui rede, ou seja, se utilizando da rede de outra prestadora, para realizar ou receber chamadas de voz, enviar ou receber dados (incluindo SMS, MMS e acesso à Internet) ou ter acesso a outras funcionalidades associadas a este tipo de serviço.
- 4.2.27.76. O GT, tendo em vista os resultados da Análise do Mercado Relevante de Itinerância Nacional, sugeriu a inclusão de assimetrias regulatórias, nos seguintes termos:

CAPITULO VII

OFERTA DE ITINERÂNCIA NACIONAL

Art. 42. O Grupo com PMS no Mercado Relevante de Itinerância Nacional deve:

I - Apresentar Ofertas de Referência de Itinerância Nacional incluindo, no mínimo, serviços de voz, dados e mensagem de texto, 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 itinerância nacional;

III - Divulgar e manter atualizados em seu sítio na Internet, os Planos, ofertas ou o que venha a substituir, o que detiver menor preço, com maior base de usuários em cada Área de Registro, devendo conter de forma evidenciada, no mínimo, os preços de itinerância efetivamente praticados e demais informações técnicas e comerciais necessárias à operacionalização da Itinerância Nacional;

IV - Enviar, à Anatel, cópia dos acordos de disponibilização de Itinerância Nacional firmados;

V - Enviar ao usuário visitante em sua rede, sem ônus, mensagem de texto, que deverá conter, no mínimo, a informação de que o usuário se encontra fora de sua Área de Registro, o valor e as condições em que os serviços serão ofertados.

Parágrafo único. A Oferta de Referência de Itinerância Nacional deverá contemplar ofertas em todas as tecnologias disponibilizadas pela Prestadora a seus usuários.

Art. 43. Deverão constar da Oferta de Referência de Itinerância Nacional, além das informações previstas no Art. 6º deste Anexo, as seguintes informações:

I - Condições para a oferta de Itinerância Nacional, abrangendo, no mínimo:

- a) Informações sobre as áreas de cobertura;
- b) Características técnicas do serviço de voz, dados, e mensagem de texto, incluindo as tecnologias disponíveis, por Área de Registro;
- c) Questões de segurança e sigilo de informações, incluindo, entre outros, normas e medidas para assegurar a integridade da rede, e normas de segurança a cumprir por ambas as partes.

Art. 44. A Anatel avaliará, quando da homologação da Oferta de Referência das Prestadoras definidas como PMS no Mercado de Itinerância Nacional, a compatibilidade dos preços propostos com o menor valor de Itinerância efetivamente cobrado pela PMS dos seus usuários.

Art. 45. O Grupo sem PMS signatário de Contrato de Itinerância Nacional será integralmente responsável pela exploração e execução do serviço de telecomunicações perante o usuário e a Anatel, inclusive quanto ao correto funcionamento da rede de suporte ao serviço, mesmo que esta seja de propriedade de terceiros, sendo-lhe garantido, neste caso, direito de regresso.

Art. 46. As Prestadoras definidas como PMS no mercado de Itinerância Nacional são obrigadas a realizar acordos com as Prestadoras não detentoras de PMS, no mínimo, nas condições dispostas na Oferta de Referência de Itinerância Nacional.

Parágrafo único. Em não havendo acordo para o contrato de Itinerância Nacional, qualquer das partes poderá interpor perante a Anatel pedido de composição de conflito, nos termos deste PGMC.

4.2.27.77. As medidas assimétricas propostas nos **arts. 42 e 43** são do tipo medida de transparência, como de resto se caracterizam as obrigações de Oferta de Referência para todos os demais mercados de atacado considerados no PGMC.

4.2.27.78. Quanto à medida do inciso **V do art. 42** em específico, entendo que a mesma pode ser excluída, vez que não constitui *medida regulatória assimétrica* típica deste PGMC, ou seja, apta a incentivar ou promover competição, devendo constar na regulamentação apropriada e eventualmente detalhada a sua operacionalização.

4.2.27.79. Quanto à medida do art. 44, entendo que são necessárias para assegurar a isonomia no tratamento com empresas demandantes da itinerância nacional e que são capazes de atender ao problema identificado no item 6.1.1, “i”, da Análise de Mercado

Relevante produzida pelo GT, que afeta prestadoras de SMP com área de atuação incompleta em Códigos Nacionais:

Não há possibilidade para que uma prestadora construa a infraestrutura necessária para a prestação do serviço fora da sua área de autorização, seja por barreiras regulatórias, inexistência de autorização para prestação do serviço em determinada área, seja por barreiras técnicas, como indisponibilidade das radiofrequências necessárias, ou pelo custo de construção e manutenção desta infraestrutura para atendimento apenas de Usuários Visitantes.

Assim, a alternativa mais viável é a realização de acordos de Itinerância com outra prestadora que atue nas localidades em que não oferece o serviço.

Assim, as prestadoras que mais necessitam do serviço de Itinerância Nacional são as que atuam restritas a uma região do país. Contudo, a necessidade da utilização da infraestrutura de outra prestadora para o provimento do serviço em Itinerância permite que aquela exerça um poder de mercado nas ofertas varejistas por meio da negativa ou da imposição de altos preços de acesso e compartilhamento de rede. Desta forma, as detentoras da maior infraestrutura têm incentivos a limitar o acesso a essa infraestrutura, perpetuando assim o seu poder de mercado nas ofertas varejistas.

Outra evidência da existência desta dificuldade está presente no fato de a Anatel ter recebido reiteradas reclamações das empresas com menor área geográfica de atuação quanto ao acesso às redes e/ou fechamento de acordos com prestadoras de maior atuação geográfica. Enquanto as prestadoras com maior área de cobertura, em regra, vêm dispensando seus usuários do pagamento de valores relacionados à itinerância na utilização dos serviços inerentes ao Serviço Móvel Pessoal, por já deterem infraestrutura própria na outra região, ou seja, fora da localidade em que o terminal está registrado; as prestadoras de atuação regionalizada oneram seus usuários em função do valor da itinerância cobrado pelas prestadoras de maior abrangência geográfica, por não deterem a infraestrutura no local em que desejam utilizar o serviço, e para isso, necessitarem de um acordo de itinerância.

Assim, a inexistência de acordos ou a possibilidade de existência de acordos extremamente onerosos, gera um grande desestímulo para que os consumidores contratem serviços das prestadoras de atuação regional, pois para estas a prestação do serviço móvel pessoal em todo o território nacional acabam sendo mais caros para seus usuários, uma vez estando presente nas ofertas das detentoras de poder de mercado a previsão de tarifa zero pela utilização dos serviços fora da área de prestação.

Deste modo, resta evidente a possibilidade de existência de barreiras à entrada no mercado de Itinerância Nacional haja vista a inviabilidade para as prestadoras que atuam regionalmente de construir infraestrutura para atender a seus usuários e, portanto, necessitarem de acordos com as prestadoras que atuam nacionalmente para a disponibilização de suas redes.

- 4.2.27.80. Quanto ao art. 45, entendo que seu teor apenas reflete o que já está previsto em outros regulamentos, dentre eles o Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73/98, razão pela qual não vejo óbice à sua adoção no PGMG.
- 4.2.27.81. Quanto ao caput do art. 46, acredito que cabe, apenas, ressaltar que as Prestadoras de Grupos com PMS só deverão estar “obrigadas a realizar acordos com as Prestadoras não detentoras de PMS”, caso, obviamente, assim o sejam solicitadas pela prestadora sem PMS. **Proponho**, pois, ajuste redacional mínimo, esclarecendo esse ponto.

4.2.27.82. Com relação ao parágrafo único do art. 46, **proponho** correção, de forma a deixar claro que, apenas no caso de o conflito ter sido ingressado por Prestadora sem PMS é que tal composição pela Anatel seguirá o rito previsto no PGMC. Para os demais casos, seguirá o rito estabelecimento no Regimento Interno da Anatel, como de resto ocorre para os casos de conflitos nos demais mercados relevantes do PGMC.

4.2.27.83. A redação proposta está descrita no anexo a esta Análise, na minuta de PGMC com marcas de revisão.

4.2.28. **TEMA 6 – METODOLOGIA DE AVALIAÇÃO DE REPLICABILIDADE - MAR**

4.2.28.1. Em 16/08/2012, o Grupo de trabalho elaborou o Informe nº 14/ SPB/SPV/SCM/SUE/ATC/ARU - 2012, por meio do qual apresenta proposta de Metodologia de Avaliação de Replicabilidade – MAR com o objetivo de aplicação dos princípios previstos no Art. 9º do Anexo I do PGMC, submetido à Consulta Pública, para homologação das ofertas de varejo associadas às ofertas de atacado de Grupos com PMS, em decorrência da deliberação do Conselho Diretor em sua 614ª Reunião, realizada em 21 de julho de 2011:

d) recomendar que seja constituído Grupo de Trabalho (GT), composto pelas Superintendências de serviços e pela Assessoria Técnica, sob coordenação da SUE, para no prazo de 90 (noventa) dias:

...

II - Definir metodologia para avaliar a aplicação dos princípios previstos no Art. 7º do Anexo I do PGMC na homologação das ofertas de varejo associadas às ofertas de atacado de Grupos com PMS. (grifos nossos)

4.2.28.2. Na ocasião, o GT apresentou os principais objetivos esperados com a presente proposta de Avaliação de Replicabilidade. Adicionalmente, detalhou as premissas utilizadas e os principais pontos da proposta, acompanhados das respectivas fundamentações.

4.2.28.3. Com vistas à concretização do que constou da proposta de PGMC, a Matéria nº 5/2012-SPB/SPV/SCM/ATC/ARU/SUE, de 17 de agosto de 2012, encaminhou à apreciação do Conselho Diretor minuta de Portaria para estabelecimento da denominada Metodologia de Análise de Replicabilidade (MAR).

4.2.28.4. O princípio da replicabilidade das ofertas de varejo (OV) de Grupos detentores de PMS nos Mercados de Atacado pelos Grupos sem PMS nos mesmos Mercados de Atacado é utilizado para impedir que ocorram condutas de compressão de margens de lucro dos concorrentes.

4.2.28.5. Potencialmente, Grupos com PMS podem praticar tais condutas estabelecendo preços para seus produtos de atacado de forma a limitar ou até mesmo inviabilizar a competição nos mercados de varejo. Nesse sentido, mostra-se fundamental que a Anatel ao homologar as Ofertas de Referência de Produtos de Atacado (ORPA) possa identificar ex ante a possibilidade de redução do nível competitivo nos mercados de varejo por meio da compressão das margens.

4.2.28.6. Para isso, a experiência internacional mostra que é necessário estabelecer metodologia com critérios claros, objetivos e transparentes a serem utilizados na avaliação de replicabilidade na homologação de ofertas de referência.

4.2.28.7. Assim, levando em conta o exposto, o GT propôs em síntese:

- a) Avaliar a replicabilidade da oferta dos produtos de atacado, considerando a identificação da cadeia produtiva de telecomunicações e a definição de mercado relevante na dimensão produto;
- b) Utilizar representação algébrica da relação entre os gastos apresentados na ORPA e os preços cobrados nas OV para verificar se existe uma margem mínima (M^{FU} , M^{BS} , M^{EILDt} , M^{EILDs}) entre eles, onde configura-se a replicabilidade;
- c) Adotar as ofertas de varejo (OV) com melhores condições para o usuário final como parâmetro de objeto a ser replicado, as quais passam a ser denominadas de “Plano de Entrada”;
- d) Grupos com PMS devem apresentar na ORPA valores cobrados pelo (i) bitstream com taxas de transmissão limitadas a 10Mbps, em razão da definição do mercado relevante no PGMC; (ii) EILD com taxas de transmissão limitadas a 34Mbps, e (iii) SCM (residencial e dedicado), com taxas de transmissão limitadas a 34Mbps;
- e) Assumir que todos os itens de cobrança apresentados da ORPA são necessários para produzir a OV, e que essa produção segue proporções fixas;
- f) Utilizar representação algébrica apta a constatar se existe, ou não, uma diferença mínima entre o prazo total para ativação do produto de atacado referido na ORPA com o prazo total da ativação do respectivo produto de varejo a jusante, onde configura-se a replicabilidade da OV em relação à ORPA;
- g) Utilizar, na aplicação efetiva dos algoritmos de avaliação de replicabilidade, os parâmetros exógenos propostos (margens mínimas para replicabilidade e as margens operacionais) nos casos da rede fixa de acesso e transporte e EILD, pois, considerando o esboço da cadeia produtiva apresentado, uma prestadora entrante no mercado de varejo de SCM ou STFC deveria adquirir como insumos a (i) EILD e (ii) desagregação do enlace local (full unbundling ou bitstream), e, ainda, possuir uma margem operacional mínima para manutenção da operação;
- h) Não definir, neste primeiro momento, a diferença mínima entre o prazo para entrega do produto final e o prazo de entrega do produto de atacado do mercado a montante, tendo em vista a inexistência de informação suficiente para identificar esses prazos, bem como a evidente necessidade de adaptar as redes existentes para a disponibilização de soluções de desagregação de redes, que também gera incertezas quanto aos prazos que poderiam ser considerados como razoáveis;
- i) Definir a taxa de compartilhamento “c” da linha dedicada quando da oferta ao usuário final como sendo a relação entre a taxa de transmissão mínima garantida pelo SCM e a taxa de transmissão nominal da OV, de forma que o “c” assuma os seguintes valores: (i) 10% em um primeiro momento; (ii) 60%

em agosto de 2012; (iii) 70% em agosto de 2013 e (iv) 80% em agosto de 2014. Os três últimos valores coincidem com a velocidade média de conexão assegurada no Regulamento de Gestão de Qualidade do SCM, aprovado pela Resolução nº 574/2011.

- 4.2.28.8. Com relação à proposta do **item "a"**, entendo que a identificação dos produtos de atacado que serão passíveis de avaliação de replicabilidade da oferta, tal como sugerido pelo GT, mostrou-se adequada e coerente à Análise dos Mercados Relevantes do PGMG.
- 4.2.28.9. Quanto às propostas dos **itens "b" e "f"**, manifesto concordância, pois, a MAR, para garantir a competição nos mercados de varejo, objeto de análise do PGMG, deverá avaliar se condições de preço, prazos e de qualidade dos referidos produtos, constantes nas Ofertas de Referência, são condizentes com as condições das Ofertas de Varejo (OV).
- 4.2.28.10. A avaliação de replicabilidade da oferta, quanto às condições de preço, consiste na comparação do preço total da ativação contido na ORPA com o preço total da ativação da OV a jusante do mercado de atacado associado, bem como o preço total do funcionamento da ORPA em relação ao preço total da ativação da OV.
- 4.2.28.11. Quando for verificado que existe uma margem mínima (M^{FU} , M^{BS} , M^{EILD} , M^{EILDA}) entre os gastos de ativação/funcionamento da ORPA e os preços cobrados por ativação/funcionamento nas OV a jusante, então se configura a replicabilidade da OV em relação à ORPA.
- 4.2.28.12. Já a avaliação de replicabilidade da oferta quanto às condições de prazo consiste na comparação do prazo total para ativação da ORPA com o prazo total da ativação da OV a jusante do mercado de atacado associado. Ao traduzir as descrições acima de forma algébrica, possibilita-se estabelecer um critério claro, objetivo e transparente, como requer a experiência internacional, para avaliar se determinada Oferta de Referência de Produtos de Atacado (ORPA) de Grupo detentor de PMS permite que o grupo contratante de produto de atacado possa replicar, no varejo (OV), as mesmas condições de preço e prazo para atendimento ao consumidor final.
- 4.2.28.13. Quanto à proposta do **item "c"**, considero que a proposta traz clareza e agilidade à análise de replicabilidade ao estipular qual a OV que deverá ser utilizada, bem como favorece o usuário final ao possibilitar que o entrante possa replicar ofertas com melhores condições.
- 4.2.28.14. Quanto à proposta do **item "d"**, manifesto concordância visto que os itens que devem ser apresentados na ORPA e as respectivas taxas de transmissão constantes da proposta estão alinhados com as ofertas existentes de produtos de atacado e com os itens de cobrança necessários para produzir a OV.
- 4.2.28.15. Com respeito à proposta do **item "e"**, considero adequada a hipótese assumida. Para viabilizar a análise de replicabilidade, é necessário estabelecer como os elementos da ORPA são transformados nos produtos finais da OV. Para isso, a configuração dos elementos a serem utilizados, bem como das proporções adequadas, deve ser capaz de traduzir as mais variadas composições para viabilizar a OV. Os elementos apresentados na ORPA são os essenciais para produzir a OV,

por exemplo, para ativar uma desagregação de canais lógicos (BS) para oferecer SCM Residencial, uma prestadora concorrente deve precisar da habilitação e da configuração da conexão. Por isso, entendo que assumir que os elementos apresentados na ORPA são os necessários para produzir a OV, mostra-se adequada ao objetivo da MAR.

- 4.2.28.16. Quanto à proposta do **item “g”**, considero que os parâmetros exógenos propostos (margens mínimas para replicabilidade e as margens operacionais) mostram-se adequados para a efetiva aplicação da avaliação de replicabilidade nos termos propostos, cabendo, contudo alguns aprimoramentos.
- 4.2.28.17. A margem mínima de replicabilidade, também conhecida como *retail minus*, para o bitstream foi definida com base em benchmarking internacional, conforme descrito nos itens 5.4.8.15 e 5.4.8.16 do Informe nº 14/2012. No caso específico da margem do full unbundling, utilizou-se o sistema de equações apresentado no item 5.4.8.22 daquele informe.
- 4.2.28.18. Em que pese não ter sido apresentado ao longo do Informe supracitado qualquer menção à não utilização de informações de outros países para estimativa da margem de full unbundling, ao analisar as melhores práticas internacionais identificou-se que a precificação do full unbundling em geral é feita considerando custos incrementais de longo prazo. Assim, levando em conta que o Brasil não concluiu a modelagem de custos, entendo que a proposta da área técnica pode ser utilizada como solução plausível, uma vez que a metodologia desenvolvida demonstra razoabilidade e cumpre seu objetivo de minimizar eventuais condutas de compressão de margens e preços.
- 4.2.28.19. Ademais, considerou-se que para garantir a replicabilidade, um entrante deve poder adquirir todos os insumos (produtos de atacado) para produção do produto final (varejo) e ainda obter uma margem para cobrir custos comerciais/operacionais, que foi denominada pelo GT como margens operacionais mínimas. A proposta do GT para a determinação dos valores dessas margens baseou-se na razoabilidade, conforme apontado no próprio Informe nº 14/2012:

5.4.8.23 *Tendo em vista a indisponibilidade de informações precisas quanto à estrutura de custos dos Grupos com PMS, bem como o objetivo de permitir a entrada de prestadoras tão eficientes quanto esses Grupos, sugerimos que se inicie a aplicação da MAR considerando margens operacionais mínimas conservadoras.*

5.4.8.24 *Caso seja identificado que tais margens não geraram novas entradas no mercado, essas margens podem ser definidas e ajustadas de acordo com os resultados observados no mercado, especificamente no que diz respeito à parcela de mercado das prestadoras entrantes por meio de desagregação de elementos de rede.*

5.4.8.25 *Nesse sentido, sugerimos que a aplicação da MAR seja iniciada considerando $\mu^B = 5\%$ e $\mu^U = \mu^C = 10\%$*

- 4.2.28.20. No entanto, tendo em vista que as medidas propostas de compartilhamento de redes de acesso irão eventualmente propiciar o surgimento de um mercado que atualmente não existe, **entendo** que é recomendável que inicialmente sejam definidas margens operacionais mais atrativas, com o intuito de garantir o surgimento de interessados nesses mercados, de forma a fomentar efetivamente a competição.

- 4.2.28.21. Ainda, considerando que o compartilhamento da rede de acesso por meio de full unbundling prevê a necessidade de maior utilização de elementos de rede por parte do entrante, entendo ser razoável a diferenciação entre as margens mínimas, conforme proposto pelo GT.
- 4.2.28.22. Dessa forma, neste primeiro momento do PGM, **entendo** razoável a adoção das seguintes margens operacionais mínimas: 15% para o *bitstream*; 20% para o *full unbundling* e SCM corporativo.
- 4.2.28.23. Ademais, tendo em vista a dinâmica proposta pelo PGM, esses parâmetros poderão ser ajustados à medida que se observe o crescimento de operações nesses mercados.
- 4.2.28.24. Quanto à proposta do **item “h”**, entendo ser razoável que inicialmente não sejam previstos parâmetros mínimos para avaliação da replicabilidade de prazos. Tendo em vista que o mercado de compartilhamento da rede de acesso ainda não está desenvolvido no Brasil, entendo ser prematura a exigência da replicabilidade de prazos. Conforme destaca a área técnica no Informe nº 14/2012:

5.4.9.2 Além disso, tendo em vista que a disponibilização de soluções de desagregação de redes exige uma adaptação das redes existentes, entende-se que nesse primeiro momento há muita incerteza quanto aos prazos que podem ser considerados como razoáveis para entrega dos produtos de atacado. (grifos nossos)

- 4.2.28.25. Quanto à proposta **do item “i”**, manifesto concordância com a proposta visto que está alinhada com o que prevê a regulamentação vigente quanto ao estabelecimento de taxas mínimas de transmissão no SCM. Observa-se que a proposta do GT utilizou-se do Regulamento de Gestão de Qualidade do SCM, aprovado pela Resolução nº 574/2011, e dos contratos de prestação de serviço vigentes para estabelecer a taxa mínima de transmissão. Conforme pode-se verificar, o RGQ-SCM fixou um cronograma com metas mínimas para que a prestadora passe a garantir uma velocidade média de conexão:

Art. 17. Durante o PMT, a Prestadora deve garantir uma velocidade média de conexão, tanto no download quanto no upload, de, no mínimo:

I – sessenta por cento da velocidade máxima contratada pelo Assinante, nos doze primeiros meses de exigibilidade das metas, conforme estabelecido no art. 46 deste Regulamento;

II – setenta por cento da velocidade máxima contratada pelo Assinante, nos doze meses seguintes ao período estabelecido no inciso I deste artigo; e

III – oitenta por cento da velocidade máxima contratada pelo Assinante, a partir do término do período estabelecido no inciso II deste artigo.

- 4.2.28.26. Quanto ao Tema, cabe destacar que a PFE, por meio do Parecer nº 1.151/2012/MGN/PFE- Anatel PGF/AGU, se manifestou quanto aos aspectos jurídicos da seguinte forma:

“Assim, cabe a esta Procuradoria destacar a legitimidade das premissas adotadas para elaboração da referida Portaria. Por outro lado, cumpre ressaltar que, por deter caráter essencialmente técnico, não compete a este órgão jurídico verificar a compatibilidade de tais premissas com as

metodologias dispostas na proposta em exame, visto que tal função incumbe à equipe técnica.

Outrossim, incumbe a este órgão consultivo verificar a harmonia entre o instrumento deliberativo proposto (Portaria) e a matéria a ser nele veiculada. Deve-se, pois, verificar o que dispõe o art. 3º do Regimento Interno da Anatel:

RI-Anatel

Art. 3º O Conselho Diretor exerce as competências previstas na Lei e no Regulamento da Agência e manifesta-se pelos seguintes instrumentos deliberativos, assim qualificados:

I - Resolução: expressa decisão quanto ao provimento normativo que regula a implementação da política de telecomunicações brasileira, a prestação dos serviços de telecomunicações e o funcionamento da Agência;

II - Súmula: expressa interpretação da legislação de telecomunicações e tem efeito vinculativo;

III - Aresto: expressa decisão sobre matéria contenciosa;

IV - Ato: expressa deliberação relativa a assuntos de interesse de terceiros, não abrangidos por Resolução, Súmula ou Aresto;

V - Despacho: expressa deliberação da Agência em petição, requerimento ou recurso de terceiros, de interesse individual ou coletivo;

VI - Consulta Pública: procedimento administrativo que submete documento ou assunto a comentários e sugestões do público em geral;

VII - Portaria: expressa deliberação relativa a assuntos de interesse interno da Agência.

Parágrafo único. Resolução, Súmula e Aresto são instrumentos deliberativos de competência exclusiva do Conselho Diretor. (grifou-se)

Portaria, portanto, consiste no instrumento que expressa deliberação relativa a assuntos de interesse interno da Agência. Da leitura do conteúdo da proposta de Portaria em análise, acima elencado, observa-se a sua consonância com as matérias que devem ser veiculadas por meio do referido instrumento de deliberação.

Nesse passo, é assunto de interesse interno da Agência o estabelecimento da Metodologia de Avaliação de Replicabilidade, estabelecendo-se os valores dos parâmetros para sua aplicação, já que foi definido que compete à Agência, dentre outros, a homologação das Ofertas de Referência de Produtos de Atacado apresentadas pelos Grupos Detentores de PMS, conforme definido no PGMC.

Diante disso, esta Procuradoria entende pela harmonia entre o instrumento a ser utilizado (Portaria) e o conteúdo a ser veiculado no instrumento deliberativo em tela, razão pela qual, por não se tratar de exercício de seu poder normativo, não se impõe obrigatoriamente a realização de Consulta Pública, podendo a Anatel, no entanto, em análise de conveniência e oportunidade, promover tal procedimento. Tratar-se-ia,

neste último caso, de consulta pública facultativa para submeter à sociedade documento entendido como relevante.” (grifos nossos)

4.2.28.27. Diante de todas as razões ora expostas, entendo que a proposta de minuta de Portaria para estabelecimento da Metodologia de Avaliação de Replicabilidade mostra-se adequada para atender à determinação do Conselho Diretor na RCD nº 614, realizada em 21 de julho de 2011, tanto quanto ao instrumento a ser utilizado (Portaria) quanto ao seu conteúdo. Ademais, a utilização de uma metodologia de avaliação de replicabilidade, nos termos propostos, elimina a subjetividade, dando uma maior agilidade e transparência ao processo de homologação das ofertas.

Sugestões do Relator:

- **Submissão da proposta de Portaria para estabelecimento da Metodologia de Avaliação de Replicabilidade - MAR à consulta pública**, pelo prazo de 40 (quarenta) dias, por entender que trata-se de documento relevante;
- **Aperfeiçoamentos redacionais tanto da minuta de Portaria da MAR, quanto de seu anexo**, com vistas à clareza e precisão.
- **Incluir novo dispositivo na minuta de Portaria da MAR** para estabelecer que:

A Anatel tornará disponível em seu site na Internet, para consulta dos interessados, as planilhas ou sistemas eletrônicos a serem por ela utilizados para avaliar a replicabilidade de preços e prazos objeto desta Portaria.

- **Modificar a Tabela constante da minuta de Portaria da MAR**, de forma a (i) apresentar os valores corretos listados no Informe nº 14/2012 do GT, (ii) incluir título que permita a rápida referência e (iii) ajustar sua forma de apresentação.
- **Alterar os percentuais das margens operacionais mínimas** para 15% para o bitstream; 20% para o full unbundling e SCM corporativo, de modo a torná-los mais atrativos e capazes de efetivamente fomentar a competição nos mercados citados.
- **Incluir texto introdutório ao documento**, de forma a apresentar um breve resumo sobre o objetivo e abrangência do documento. A medida facilita a compreensão da Metodologia de Avaliação da Replicabilidade (MAR) e seu funcionamento, considerando a grande extensão de todos os documentos que sustentam e compõem o PGMC;
- **Aperfeiçoar a compreensão das representações algébricas** constantes no documento, mediante descrição de cada um dos parâmetros e variáveis adotados.

4.2.29. TEMA 7 – CONSIDERAÇÕES OPERACIONAIS

4.2.29.1. Este Tema trata de todas as medidas operacionais, e seus respectivos prazos, a serem adotadas para a eficaz implementação do presente Plano. Nesse sentido, foram identificadas pelo GT em seu Informe nº 14/2012, as seguintes atividades que serão necessárias para a operacionalização e implementação efetiva do PGMC:

- a) Criação do GIESB;
- b) Operacionalização dos procedimentos da resolução célere de conflitos, recebimento dos documentos e procedimentos operacionais para trâmite e decisão;
- c) Dotação, requisição, especificação e implantação de Sistema de Acompanhamento do PGMC, cuja principal função seja consolidar dados nos sistemas já existentes na Anatel sobre os serviços de telecomunicação de forma a permitir uma célere e continua avaliação da competição nos mercados relevantes;
- d) Acompanhamento da transparência na oferta de produtos de atacado;
- e) Acompanhamento da interconexão dos Grupos com PMS em todos os PTT;
- f) Acompanhamento do “feriado regulatório”;
- g) Acompanhamento, monitoramento, avaliação dos impactos causados pelas Medidas Regulatórias Assimétricas, de forma a avaliar sua eficácia e necessidade de revisão;
- h) Criação, monitoramento e avaliação de incentivos ao investimento em novas infraestruturas;
- i) Acompanhamento das medidas para grupos que contenham concessionárias do STFC atuando em setores de mais de uma região do PGO.

4.2.29.2. Tendo em vista que existe previsão no contexto do PGMC de acompanhar permanentemente os mercados relevantes, entendo cabível a proposta do GT quanto à necessidade de avaliação e monitoramento dos temas referenciados acima. Para isso, **proponho** que a SUE, até que se ultime a reestruturação da estrutura organizacional da Anatel, proposta pela revisão do Regimento Interno, que adote providências cabíveis para implementação de tais atividades.

4.2.29.3. Para algumas questões, o GT propôs os seguintes prazos no PGMC:

- Entrada em vigor do PGMC – 180 dias contados da data da publicação da Resolução de aprovação
- Constituição do GIESB – 30 dias contados a partir da publicação do PGMC;
- Contratação da Entidade Supervisora – 120 dias contados a partir da criação do GIESB;
- Padronização e Funcionamento das BDAs – 60 dias após a entrada em vigor do PGMC;
- Apresentação das Ofertas de Referencia – 90 dias da entrada em vigor

- Homologação pela Anatel das Ofertas – 30 dias da apresentação
- Separação funcional – 90 dias da entrada em vigor
- Oferta de PTT em cada Área de Registro – 90 dias da entrada em vigor

4.2.29.4. Como se vê dos prazos acima especificados, o GT propôs um *vacatio legis* de 6 (seis) meses, a contar da data de publicação do PGMC. O *vacatio legis* designa o período que decorre entre o dia da publicação de um instrumento legal e o dia em que ele entrará em vigor, ou seja, passa a ter seu cumprimento obrigatório. Segundo entendimento do GT, esse período em que o Regulamento não teria cumprimento obrigatório, estaria compatível com os prazos previstos para cada atividade acima especificadas, e que são necessários à efetividade do PGMC fosse construído.

4.2.29.5. A despeito de considerar que o prazo de *vacatio* proposto pelo GT é razoável e trará a tranquilidade necessária para que as medidas previstas no PGMC tenham o respaldo para entrarem vigor, existem determinadas medidas assimétricas do PGMC que perderiam sua efetividade no fomento à competição, com a entrada de novos *players* no mercado, caso fosse necessário aguardar um prazo demorado para a sua entrada em vigor.

4.2.29.6. Para que não haja impacto negativo no mercado, ante a possibilidade de que medidas assimétricas necessárias não entrem em vigor imediatamente, proponho que o Regulamento entre em vigor na data de sua publicação. No entanto, entendo não ser razoável que um Regulamento de tal magnitude entre em vigor sem o suporte necessário dentro da Anatel e no mercado em si.

4.2.29.7. Diante disso, considerando que será necessário, dado o teor da proposta submetida à Consulta Pública, que haja um trabalho conjunto da Anatel e do mercado para que as medidas sejam efetivas e para dar suporte ao PGMC, **proponho** a seguinte solução alternativa:

- Entrada em vigor do PGMC – imediatamente após a publicação da Resolução que aprova o PGMC;
- Constituição do GIESB – 30 dias contados da publicação da Resolução que aprova o PGMC;
- Contratação da Entidade Supervisora – 120 dias contados da criação do GIESB;
- Padronização e Funcionamento das BDAs – 10 meses contados da publicação da Resolução que aprova o PGMC;
- Apresentação das Ofertas de Referência – 120 dias contados da publicação da Resolução que aprova o PGMC;
- Homologação pela Anatel das Ofertas de Referência – 30 dias da apresentação pelos Grupos detentores de PMS, podendo ser prorrogado, uma única vez, pelo mesmo período, em caso de desnecessidade de diligência ao requerente;
- Separação funcional (criação de departamento interno à empresa) – 6 meses contados da publicação da Resolução que aprova o PGMC;

- Disponibilização de Oferta de PTT – 90 dias contados a partir da primeira solicitação de Interligação ou Interconexão Classe V na respectiva Área de Registro.

4.2.29.8. Com respeito à sugestão de prazo para o funcionamento das BDAs gostaria de ressaltar que a proposta inicial do grupo seria de 8 meses (6 meses da entrada em vigor do Regulamento adicionado de 2 meses para o funcionamento da BDAs). Proponho um acréscimo de 2 meses ao que foi proposto pelo GT por considerar que:

(i) o funcionamento da BDAs é essencial para a efetividade das assimetrias previstas no PGMC; e

(ii) a uniformização de todas as BDAs dos Grupos de prestadoras detentoras de PMS demandará um tempo considerável, conforme detalhamento das atividades previstas para a Entidade Supervisora, previsto no “Tema 3 – Entidades” desta Análise.

4.2.29.9. Para que não haja risco de que o prazo fixado no Regulamento não seja cumprido, o que gerará efeito negativo na efetividade das medidas previstas, e considerando que tal prazo não impactará na apresentação das Ofertas de Referência pelas prestadoras, entendo razoável a extensão do prazo, conforme proponho.

4.2.29.10. Quanto ao prazo para apresentação das Ofertas de Referência, considerando que o objetivo do PGMC é a correção de falhas de mercado já identificadas, e que uma das principais medidas para tal correção é a apresentação de Ofertas de Referência, entendo que quanto antes essa medida possa ser implementada, maiores serão os benefícios à competição. O prazo proposto na Consulta Pública nº 41/2011 para apresentação dessas ofertas era de 90 dias da publicação da Resolução que aprova o PGMC. Considerando que se trata de uma atividade nova para o agente regulador, entendo razoável estendê-lo para 120 dias da publicação da Resolução, mantendo-se, assim, a celeridade proposta na CP, mas com um período adicional de 30 dias que não prejudicará a celeridade necessária para a utilização de tais ofertas pelo mercado.

4.2.29.11. Especificamente sobre a homologação das Ofertas de Referência, é importante mencionar que essa será uma atividade totalmente nova que a Anatel deverá desempenhar e seu pioneirismo pode levar a uma análise deficiente caso mantenha o prazo previsto no Regulamento, qual seja, de 30 dias contados da apresentação da Oferta pela empresa. Aliado a isso, está o fato de que tal prazo deve considerar as eventuais providências que, dentro desse período, ficam a cargo do próprio interessado.

4.2.29.12. É de se ressaltar que a Lei de Processo Administrativo, nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, prevê em seu artigo 4º, como dever do interessado/administrado a prestação de informações necessárias à instrução do caso:

Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

[...]

IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

- 4.2.29.13. A medida demonstra-se extremamente coerente, uma vez que a instrução do processo não depende apenas da atuação da Administração, mas de documentos e informações detidas unicamente pelo interessado. A citada Lei considera expressamente tal interação entre Administração e administrado:

Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

§ 1º O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo.

§ 2º Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes.

- 4.2.29.14. A mesma Lei é específica quanto à instrução do processo administrativo, da forma a seguir:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

- 4.2.29.15. Dessa forma, a considerar pela necessidade de interação entre Administração e administrado, apresenta-se razoável que a contagem de prazos considere o ônus do impulso processual. Ou seja, iniciado o prazo para o interessado, a sua suspensão tem lugar quando o impulso depender de diligência por parte da Anatel.

- 4.2.29.16. A Procuradoria Especializada da Anatel – PFE demonstra o endosso de tal lógica ao esposar o seguinte entendimento quanto à contagem de prazos processuais em seu Parecer nº 844/2008-ALO/PGF/PFE-Anatel:

Primeiro, a fruição e suspensão dos prazos processuais no âmbito da Agência devem atender ao princípio do ônus do impulso processual, que consiste na seguinte premissa: se a Anatel é responsável pela prática de certos atos, os prazos do interessado estarão suspensos enquanto tais atos não se consumarem; ao passo que se o interessado for o responsável pela prática de determinado ato, os prazos fruirão enquanto não se materializarem.

- 4.2.29.17. Nessa lógica, se há prazo regulamentar para atuação da Agência e o impulso processual está nas mãos do interessado, é de se concluir pela suspensão da contagem enquanto não ocorrer o suprimento necessário pelo próprio administrado.

- 4.2.29.18. O Código de Processo Civil segue a mesma ratio legis em seu art. 180, nos moldes a seguir:

Art. 180. Suspende-se também o curso do prazo por obstáculo criado pela parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 265, I e III; casos em que o prazo será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação.

- 4.2.29.19. Portanto, é coerente que, a partir do momento em que o andamento do processo passe a depender de atuação do próprio interessado, que o prazo de 30 (trinta) dias para homologação da Oferta de Referência seja suspenso a fim de garantir a devida interação entre Administração e interessado, sem atropelos em prejuízo da eficiência, conforme devidamente previsto na minuta em análise.
- 4.2.29.20. Cabe, por oportuno, salientar que é possível que hajam diversas diligências ao longo do processo de homologação, principalmente nesse período inicial em que a Anatel e Prestadoras estarão se familiarizando com o processo. Neste caso, a suspensão em razão de cada diligência não seria, individualmente, eficiente. Para isso, proponho que o prazo de 30 dias possa ser prorrogado, por uma única vez, mediante justificativa fundamentada da autoridade responsável pela homologação da Oferta dentro da Anatel.
- 4.2.29.21. **Proponho**, por conseguinte, as seguintes alterações:

Sugestão do Relator

- **Alterar art. 2º da Resolução que aprova o PGMCC**, com o fito de prever que a entrada em vigor do Regulamento na data de sua publicação;
- **Alterar o prazo previsto no art. 13, §7º do Anexo I do Regulamento**, com o fito de alterar o prazo para que as BDAs estejam em funcionamento;
- **Alterar o prazo previsto no art. 4º, §1º do Anexo I do Regulamento**, com o fito de alterar o prazo para apresentação das Ofertas de Referência à Anatel pelos Grupos detentores de PMS;
- **Alterar o prazo previsto no art. 9º do Anexo I do Regulamento**, com o fito de alterar o prazo para que a Anatel homologue as Ofertas de Referência;
- **Alterar o prazo previsto no art. 12, §2º do Anexo I do Regulamento**, com o fito de alterar o prazo para que os Grupos detentores de PMS realizem separação funcional com a criação de departamento, com status de diretoria estabelecida em estatuto ou contrato social, responsável, exclusivamente, por todos os processos de atendimento, comercialização e entrega de produtos referentes à Oferta de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado;

4.2.30. **CONSIDERAÇÕES E PROPOSTAS ADICIONAIS**

Granularidade da dimensão geográfica nos mercados de redes fixas de acesso e transporte

- 4.2.30.1. O GT, na análise da dimensão geográfica da Análise dos Mercados Relevantes de rede fixa de acesso e transporte, concluiu que essa deveria ser feita em um nível de granularidade muito alto. E chegou a aventar que o ideal era adotar Código de Endereçamento Postal (CEP) ou por setor censitário (316.574 setores, conforme dados do Censo/2010).

- 4.2.30.2. No entanto, dada a ausência de dados do mercado para um nível de granularidade tão alto assim, o GT propôs que fosse utilizado o nível municipal, considerando que as Diretrizes Metodológicas para Identificação de Mercado Relevante e dos Grupos com PMS preveem que a delimitação geográfica deverá ser a menor área geográfica onde seja possível avaliar a probabilidade de exercício de poder de mercado.
- 4.2.30.3. Com isso, o GT apresentou no Estudo tabelas com municípios em que se identifica reduzido nível de concentração, sendo cabível avaliar com mais precisão quais são as regiões, dentro do município, em que existe competição efetiva.
- 4.2.30.4. Conforme se pode observar, nas minutas de Ato de designação dos Grupos com PMS, o GT propôs a seguinte possibilidade, tanto no mercado de *Infraestrutura de rede fixa de acesso para transmissão de dados por meio de par de cobre ou cabo coaxial em taxas de transmissão inferiores a 10 Mbps* quanto no de *Infraestrutura de rede fixa de transporte local e de longa distância para transmissão de dados em taxas de transmissão inferiores a 25 mbps*:

*Art. 2º Determinar que os Grupos detentores de PMS no Mercado Relevante (...) nos Municípios constantes da Tabela II anexa **terão prazo de 180 (cento e oitenta) dias para apresentar elementos de prova para afastar a caracterização de PMS em regiões daqueles municípios.***

- 4.2.30.5. Com a proposta de redação supramencionada, o GT propõe possível alternativa para que um Grupo designado como detentor de PMS possa apresentar elementos de prova para descaracterização de PMS em áreas específicas do município.
- 4.2.30.6. Dados os argumentos do GT, entendo razoável a sua proposta e adequado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que sejam apresentados elementos de prova para afastar a caracterização de PMS, por região geográfica, da forma entendida pertinente pelo Interessado. Os critérios ora adotados na Análise feita pela Anatel, como, por exemplo, a existência de pelo menos 4 redes de transporte no município, no casos do mercado de redes fixas de transporte.
- 4.2.30.7. Tal mecanismo de contestação já foi utilizado pela Anatel, quando da aprovação da Resolução n.º 437, de 8 de junho de 2006, que determinou os Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo (PMS) na oferta de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD), *in verbis*:

*Art. 5º. Definir que prestadora pertencente ou não a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD **pode encaminhar à Anatel suas considerações no sentido de rever as determinações** dos arts. 3º. e 4º. desta Resolução.*

Compartilhamento de Torres no PGMC (mercado de infraestrutura passiva)

- 4.2.30.8. Com vistas ao aperfeiçoamento da proposta do GT no que concerne ao compartilhamento de torres, **proponho**, acrescentar novo dispositivo para o Anexo I do PGMC que faça referência expressa ao teor da Lei nº 11.934, de 05/05/2009, que dispõe, dentre outros pontos, sobre o dever de compartilhamento de torres quando estas se encontrem em distância inferior a 500 (quinhentos) metros:

Art. 38. Nos termos do art. 10 da Lei nº 11.934, é obrigatório o compartilhamento de torres pelas prestadoras de serviços de telecomunicações que utilizam estações transmissoras de radiocomunicação, conforme definição constante do art. 73 da Lei nº

9.472, de 16 de julho de 1997, nas situações em que o afastamento entre elas for menor do que 500 (quinhentos) metros, exceto quando houver justificado motivo técnico.

4.2.30.9. Finalmente, além dos comentários aqui descritos, propuz aprimoramentos quanto à articulação do texto e à redação da minuta de regulamento, todos descritos no anexo a esta Análise.

5. CONCLUSÃO

À vista do exposto, proponho:

- a) Aprovar, na forma do Anexo I desta Análise, o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC), expedindo-se a respectiva Resolução;
- b) Aprovar a expedição de Consulta Pública da Proposta de Portaria para o estabelecimento de Metodologia de Avaliação de Replicabilidade – MAR para homologação das Ofertas de Referência de Produtos de Atacado estabelecidas no Plano Geral de Metas de Competição – PGMC, na forma do Anexo III, pelo prazo de 40 (quarenta) dias;
- c) Aprovar a minuta de Portaria que estabelece a estrutura e competência dos membros da Comissão de Composição de Conflitos – CCC do Plano Geral de Metas de Competição – PGMC, bem como designa seus membros, suplentes e membros do Órgão de Assessoramento Técnico, a ser utilizada pela SUE na hipótese de necessidade de nomeação da referida Comissão, na forma do Anexo IV;
- d) Não aprovar a minuta de Portaria do Regimento Interno da Comissão de Composição de Conflitos, posto que seu conteúdo já está contemplado no texto do PGMC e na Portaria que estabelece a estrutura e competência dos membros da Comissão de Composição de Conflitos – CCC do Plano Geral de Metas de Competição – PGMC, bem como designa seus membros, suplentes e membros do Órgão de Assessoramento Técnico;
- e) Aprovar a expedição dos Atos que designam os Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo nos mercados: de Infraestrutura de Rede Fixa de Acesso para Transmissão de Dados por meio de Par de Cobre ou Cabo Coaxial em Taxas de Transmissão Inferiores ou iguais a 10 MBps; de Infraestrutura de Rede Fixa de Transporte e de Longa Distância para Transmissão de Dados em Taxas de Transmissão Inferiores ou Iguais a 34 MBps; de Terminação de Chamadas em Redes Móveis; de Roaming Nacional, na forma das minutas apresentadas pelo GT;
- f) Aprovar a expedição do Ato que designa os Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo no mercado de Infraestrutura Passiva para Redes de Transporte e Acesso, na forma da minuta anexa;
- g) Determinar à Superintendência Executiva que, por meio do Grupo de Trabalho resultante da deliberação tomada na 614ª Reunião do Conselho Diretor, realizada em 21/07/2011:

I - efetue os eventuais ajustes necessários no documento *Análise dos Mercados Relevantes (Estudo)*, considerando os termos do que vier a ser deliberado por este órgão colegiado;

II – efetue a revisão e adequação, no que couber, das respostas da Anatel às contribuições recebidas na Consulta Pública nº 41/2011, considerando os termos do que vier a ser deliberado por este órgão colegiado;

III - inicie estudo com vistas a averiguar a conveniência, necessidade e atualidade da regra contida no art. 18 do Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes do SMP, aprovado pela Resolução nº 438/2006, considerando que o mecanismo de imposição de *bill and keep partial* entre grupos com e sem PMS, aliado à redução gradual do RVU-M a ser adotado em caso de composição de conflitos, na forma

constante do PGMC aprovado, pode alterar o grau de competitividade nesse mercado relevante;

IV - até que se ultime a reestruturação organizacional da Anatel objeto da Consulta Pública nº 20/2012, adote as providências cabíveis com vistas ao acompanhamento e avaliação: (i) dos impactos causados pelas Medidas Regulatórias Assimétricas objeto do PGMC aprovado, de forma a avaliar sua eficácia ou eventual necessidade de revisão antecipada; (ii) das obrigações contidas no PGMC para grupos que contenham concessionárias do STFC atuando em setores de mais de uma Região do PGO; (iii) dos incentivos ao investimento em novas infraestruturas; (iv) da dotação, requisição, especificação e implantação de Sistema de Acompanhamento do PGMC, cuja principal função seja consolidar dados nos sistemas já existentes na Anatel sobre os serviços de telecomunicação, de forma a permitir uma célere e contínua avaliação da competição nos mercados relevantes.

6. ANEXOS

- 6.1. ANEXO I – Minuta de Resolução, Regulamento e seus Anexos, todos com marcas de revisão face à proposta do GT;
- 6.2. ANEXO II – Minuta de Resolução, Regulamento e seus Anexos, todos sem marcas de revisão
- 6.3. Anexo III – Minuta de Consulta Pública da Proposta de Portaria que aprova a Metodologia de Avaliação de Replicabilidade – MAR;
- 6.4. Anexo IV - Minuta de Portaria que estabelece a estrutura e competência dos membros da Comissão de Composição de Conflitos – CCC do Plano Geral de Metas de Competição – PGMC, bem como designa seus membros, suplentes e membros do Órgão de Assessoramento Técnico;
- 6.5. Anexo V – Minuta de Ato que designa os Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo no mercado de Infraestrutura Passiva para Redes de Transporte e Acesso.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO RELATOR

MARCELO BECHARA DE SOUZA HOBAIKA