



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 08 COGIR/SEAE/MF

Brasília, 18 de março de 2011.

Assunto: Contribuição à Consulta Pública nº 50 da ANATEL sobre a proposta de Proposta de Revisão do Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada.

A Coordenação Geral de Indústrias de Rede e Setor Financeiro, da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, apresenta parecer analítico sobre a proposta de Revisão do Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada, aprovado pela resolução n.º 402, de 27 de abril de 2005, que é objeto da Consulta Pública nº 50, de 20 de dezembro de 2010.

I – Introdução

A ANATEL deu início em 21 de dezembro de 2010 à Consulta Pública n.º 50, que trata da proposta de Revisão do Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada, aprovado pela Resolução n.º 402, de 27 de abril de 2005.

De acordo com a ANATEL, a Consulta tem por objetivo *“proporcionar uma reavaliação do conjunto de regras que disciplinam a exploração industrial de linha dedicada (EILD) no Brasil, tendo em vista a sua adequação ao atual panorama tecnológico e mercadológico nacional, a necessidade de torná-las mais aderentes às metas previstas no PGR e a promoção da competição na oferta dos serviços de telecomunicações”*.

Resumidamente, as principais alterações no Regulamento submetido à consulta pública foram:

- 1) O regulamento estabelece uma série de novos critérios para a classificação da EILD padrão (art. 19);
- 2) No tocante à EILD especial, são propostas novas regras que tornarão mais rígida sua caracterização;
- 3) Estabelece regras mais rígidas em relação aos prazos para a disponibilização de EILD padrão e especial, bem como para seu descumprimento;
- 4) Valor do acesso local¹ não pode mais variar em função do custo de EILD pela localidade;
- 5) Autoriza a Entidade Fornecedora pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD a estabelecer uma política de descontos e estabelece regras para tanto;
- 6) Estabelece um procedimento de resolução de disputas, com decisão por parte do Superintendente de Serviços Privados e recurso para o Conselho Diretor;
- 7) Contém a previsão de criação de uma Entidade Administradora de EILD, com a participação de Entidades Solicitantes e de Entidades Fornecedoras pertencentes a Grupos detentores de PMS, nos termos de regulamentação específica a ser expedida pela ANATEL.

II – Análise Concorrencial

Antes de se passar aos comentários acerca da norma propriamente dita, é oportuno esclarecer os aspectos concorrenciais que esta SEAE busca ao analisar o

¹ O acesso local da Linha Dedicada é compreendido pela ligação do centro de fios ao ponto de terminação do circuito (origem ou destino).

impacto de um novo regulamento sobre os mercados submetidos à regulação estatal e/ou afetados por aquela.

No que tange aos aspectos concorrenciais, entende-se que determinada norma tem potencial de desestabilizar o ambiente competitivo quando seus efeitos recaem em ao menos uma das seguintes hipóteses:²

(A) Limite o número ou a variedade de ofertantes – esta hipótese é provável no caso de a norma ou o projeto de regulamentação:

- Conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou serviços;
- Estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de funcionamento;
- Limitar a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços;
- Aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado; ou
- Criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços, mão-de-obra ou realizarem investimentos.

(B) Limite a concorrência entre empresas – esta hipótese é provável no caso de a norma ou projeto de regulamentação:

- Controlar ou influenciar substancialmente os preços de bens ou serviços;
- Limitar a liberdade dos fornecedores de publicitarem ou comercializarem os seus bens ou serviços;
- Fixar normas de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou que excedam o que consumidores bem informados escolheriam; ou
- Aumentar significativamente o custo de produção de apenas alguns fornecedores (especialmente no caso de haver diferenciação no tratamento conferido a operadores históricos e a concorrentes novos).

(C) Reduza os incentivos dos ofertantes em competir de maneira mais vigorosa – essa hipótese é provável no caso de a norma ou o projeto de regulamentação:

- Estabelecer um regime de auto-regulamentação ou de co-regulamentação;
- Exigir ou estimular a publicação de dados sobre níveis de produção, preços, vendas ou custos das empresas;
- Isentar um determinado setor industrial ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral da concorrência; ou

- Reduzir a mobilidade dos clientes entre diferentes fornecedores de bens ou serviços por meio do aumento dos custos explícitos ou implícitos da mudança de fornecedores.

As alterações contidas na proposta de revisão do Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada compreendem uma série de regras que buscam tornar o mercado de EILD mais concorrencial. Nesse sentido, por vezes, o regulamento aumenta as restrições sobre o fornecedor da infraestrutura de linha dedicada, em outras, concede mais liberdade para que o fornecedor formule sua estratégia comercial (i.e. descontos).

Partindo-se para os detalhes da norma, tem-se que a modificação dos requisitos que diferenciam a EILD padrão da especial constitui uma tentativa de fazer com que a última deixe de ser tão freqüente. Isto porque a EILD especial gera mais complexidade para as empresas contratarem o serviço, tanto em preço quanto em tempo para a sua disponibilização; além do fato que as Solicitantes são competidoras das empresas do Grupo das Fornecedoras no mercado à jusante. Assim, entende-se que os itens 1, 2, 3 e 4 supramencionados têm caráter pró-concorrencial, ainda que imponham restrições regulatórias às Entidades Fornecedoras pertencentes a Grupos detentores de PMS.

Política de Descontos

O regulamento proposto modifica as condições de contratação entre empresas Fornecedoras pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD e Solicitantes ao levantar as restrições à concessão de descontos por quantidade.

A política de desconto proposta mantém as seguintes condições previstas na Resolução nº 402/2005:

- O art. 7º, *caput*, determina que a concessão de descontos nos valores da EILD deve ter caráter isonômico e não discriminatório, bem como veda a concessão de descontos por critérios subjetivos;
- O parágrafo 1º estabelece que a isonomia e a não discriminação na concessão de descontos são aplicáveis para oferta de

linhas dedicadas de mesmas características técnicas, incluindo o meio de transmissão utilizado;

- O parágrafo 2º impõe que os valores de descontos concedidos e os critérios para sua concessão devem ser discriminados nos documentos aplicáveis, informados à Anatel e disponibilizados na página da prestadora na Internet.
- O parágrafo 3º concede o direito da entidade solicitante de requerer a revisão do contrato de EILD caso a fornecedora venha a modificar os critérios para concessão de descontos.

O art. 18, caput, prevê que a *“Entidade Fornecedora pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD somente poderá conceder descontos, inclusive para o fornecimento de EILD dentro de seu Grupo, em função da quantidade de linhas contratadas e do prazo de contratação, em percentuais iguais ou inferiores àqueles contratados pelo maior demandante não pertencente ao seu Grupo”*.³

Trata-se, portanto, de uma exceção à regra da Resolução nº 402/2005 que impedia a entidade fornecedora pertencente a grupo detentor de PMS na oferta de EILD de conceder descontos por volume de linhas dedicadas, tempo de contratação ou valor total do contrato. Antes de analisar este ponto, faz-se oportuno tecer algumas breves considerações acerca dos efeitos concorrenciais dos regimes de descontos.

Na prática antitruste, regimes de descontos são, frequentemente, objeto de controvérsia, haja vista a sua capacidade de serem utilizados tanto para aumentar a eficiência econômica quanto para causar prejuízos à concorrência.

Descontos são uma estratégia comum de fornecedores que concorrem entre si para atrair mais revendedores. Não é necessário que a empresa tenha elevado poder de mercado para conceder descontos, mas essa característica pode ser o diferencial para que um regime de descontos afete negativamente o ambiente concorrencial, em especial, se tiver o efeito de eliminar os fornecedores concorrentes ou beneficiar um revendedor em detrimento de outros.

³ O parágrafo único prevê o monitoramento dos valores mensais, parcelas iniciais e a tabela de descontos por meio da sua disponibilização na internet da Entidade Fornecedora.

Dentre as diversas categorias de descontos adotados, os mais tradicionalmente analisados na prática dos órgãos de defesa da concorrência são aqueles baseados em quantidade (descontos por volume e por metas), em fidelização e em exclusividade.

De maneira geral, os descontos de quantidade, como aqueles propostos no regulamento da Anatel, não apresentam efeitos anticompetitivos quando baseados em critérios objetivos e aplicados de modo transparente aos solicitantes das fornecedoras. Há diversas justificativas de caráter objetivo para a adoção de um regime de descontos, como na hipótese da redução de custos gerada pela quantidade vendida (por exemplo, em termos de custos logísticos), ou de economias de escala (menores custos gerados na produção de uma quantidade maior de produtos) e outras justificativas comerciais (beneficiar revendedores que investem em atividades promocionais etc).

No entanto, descontos baseados em quantidade podem ter efeitos anticoncorrenciais se não apresentarem uma justificativa objetiva e constituírem uma prática discriminatória. Por exemplo, se a empresa fornecedora exigir um volume de compras a tal ponto elevado que apenas a empresa ligada à fornecedora seja beneficiada. Esta situação pode ser ilustrada pela decisão da Comissão Europeia de solicitar a Portugal que suspendesse um sistema de descontos implementado nos aeroportos de Lisboa, Porto e Faro, por constituírem um abuso de poder dominante por parte de um monopólio estatal (aeroportos). De acordo com a Comissão, o nível de descontos progredia de acordo com o número de pousos nos aeroportos, mas não havia uma justificativa para tanto, pois o serviço prestado era exatamente o mesmo, independente do volume de tráfego das empresas aéreas. Desta forma, o sistema discriminava entre empresas portuguesas e estrangeiras, uma vez que aquelas tinham operações muito maiores que as estrangeiras em território português. A Corte de Justiça Europeia, ao analisar a questão em sede recursal, afirmou que descontos baseados em quantidade são legítimos desde que não sejam discriminatórios. Ademais, ressaltou que os descontos poderiam ser justificados se gerassem um maior volume de negócios ou por economias de escala, os quais não foram identificados no caso⁴.

⁴ Vale transcrever o seguinte trecho da decisão: "(I)n the absence of any objective justification, having a high threshold in the system which can only be met by a few particular large partners of the undertaking occupying a dominant position, or the absence of linear progression in the increase of the quantity discounts, may constitute evidence of such discriminatory treatment". Case C-163 999 Portugal v Commission [2001] ECR I-2613, [2002] 4 CMLR 1319, para 53.

A proposta da Anatel afasta a possibilidade de critérios subjetivos para a concessão dos descontos, bem como institui um mecanismo de monitoramento para que sejam tornados públicos o valor dos descontos e os critérios para a sua concessão. Todavia, assim como no caso dos aeroportos portugueses, a regra para a concessão de descontos estava clara e os critérios também. O problema estava na justificativa da sistematização de tais descontos. No caso do EILD, uma Entidade Fornecedora poderia adotar um sistema de descontos progressivos de modo que a Solicitante que fizesse parte de seu Grupo, na hipótese de se tratar de uma grande demandante, fosse beneficiada em comparação com as demais.

A solução para uma estratégia de discriminação como a do caso hipotético parece ter sido pensada pela Anatel como uma restrição ao valor do desconto que pode ser concedido à Solicitante. Em outras palavras, o regulamento proposto limita o valor do desconto ao maior valor concedido a uma empresa não pertencente ao Grupo da Fornecedora. Com isto, o Regulador espera que não haja discriminação por parte da Entidade Fornecedora em favor da Solicitante de seu Grupo, uma vez que seu desconto jamais poderá ser superior ao dos concorrentes.

Se por um lado tal medida aparenta ser capaz de bloquear a utilização dos descontos como estratégia para beneficiar outras empresas no mercado a jusante, de outro constitui uma medida bastante restritiva. De fato, pode-se questionar se essa restrição poderia tornar inócua a liberação dos descontos caso a Entidade Solicitante participante do Grupo da Entidade Fornecedora demandasse uma quantidade de linhas muito superior à segunda maior Solicitante no mercado.

Não é de conhecimento desta Secretaria que as Entidades Fornecedoras tenham por costume conceder os descontos permitidos na Resolução nº 402/2005. Sabe-se, contudo, que as Entidades Solicitantes reclamam de que o preço da EILD tem subido em relação aos custos, que teriam caído nos últimos anos⁵.

⁵ <http://200.201.198.106/index.php/plantao:16748-operadoras-divergem-sobre-criacao-de-entidade-administradora-de-eild>. Acesso em 16/03/2011. <http://www.teletime.com.br/01/02/2011/tim-defende-adocao-de-precos-maximos-para-eild/t/212216/news.aspx>. Acesso em 16/03/2011.

Há uma probabilidade de que, nas atuais circunstâncias de ausência de incentivos para reduzir preços, os descontos possam não ser exercidos, exceto se forem parte de uma estratégia para reforçar uma eventual dominância coletiva no mercado das Entidades Solicitantes. Isto é, se os descontos de quantidade foram empregados para reforçar a posição das empresas com maior participação de mercado, em especial, se dentre elas estiver uma Entidade Solicitante pertencente ao Grupo da Entidade Fornecedora pertencente a Grupo detentor de PSM.

Diante desse quadro, acredita-se que a Anatel acompanhará de perto a evolução do mercado para verificar se as medidas contidas no regulamento, principalmente àquelas referentes aos descontos, terão efeito concreto ou medidas mais incisivas seriam adequadas.

Resolução de disputas e a Entidade Administradora de EILD

O procedimento de resolução de disputas baseado na decisão do Superintendente de Serviços Privados constitui um avanço ao criar um procedimento específico para a resolução de disputas entre Entidades Fornecedoras e Solicitantes de linhas dedicadas. A via do Poder Judiciário tende a ser mais demorada e, conseqüentemente, cara em comparação com a decisão da autoridade regulatória, que dispõe de maior conhecimento acerca do mercado e das partes envolvidas, além de ter sido responsável pela criação dos regulamentos nos quais, se baseiam disputas⁶. Outra alternativa - as decisões arbitrais - tem a vantagem de serem especializadas, mas não costumam ser mais céleres do que a proposta trazida pela Anatel.

Nesse contexto, a criação de uma entidade administrativa de EILD parece ir de encontro à proposta de tornar mais breve e efetiva a solução dos conflitos ao instituir uma estrutura em sobreposição à atividade de solução de conflitos da Agência. Além disto, as questões não resolvidas pela Entidade Administradora acabariam por demandar posteriormente uma solução por parte da Anatel.

⁶ Um estudo encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça demonstrou que aproximadamente 800 mil ações ficaram paradas em varas judiciais de primeira instância por mais de 100 dias em 2008. Note-se que o regulamento fala em prazo de 15 dias para o Superintendente de Serviços Públicos proferir a decisão, posteriormente à audiência na qual as partes seriam ouvidas (30 a 40 dias após as notificações do pedido de resolução do conflito).

Outro aspecto que pode vir a gerar mais problemas do que soluções para o ambiente regulatório do setor corresponde à competência da Entidade Administradora de expedir regras aplicáveis aos seus membros. A isto se soma o fato de que as empresas Solicitantes possuem diferentes perfis e parece existir um ambiente de reduzido consenso no setor.⁷

Finalmente, as disposições sobre a Entidade apresentadas na Consulta Pública são ainda bastante incipientes, dificultando que se faça uma análise mais concreta dos seus efeitos sobre o setor. Assim, é razoável que a Anatel aguarde até que haja um regulamento completo para discussão e coloque-o em consulta pública. Desta forma, será possível analisar todas as vantagens e desvantagens de se adotar tal modelo de gerenciamento da relação entre Fornecedoras e Solicitantes de linhas dedicadas. Nesse meio tempo, será possível verificar se a norma sob consulta terá um efeito positivo sobre o mercado de EILD e qual seria, de fato, a necessidade de se contar com tal Entidade.

III – Conclusão

Tendo em vista todo o exposto nesse parecer, esta Secretaria reconhece o mérito da proposta e acredita que virá a produzir efeitos positivos sobre o mercado de EILD. Entretanto, tendo em vista as inúmeras alterações que propõe sobre a atual regulamentação do EILD, esta Secretaria sugere que os dispositivos que tratam da instituição de uma Entidade Administradora de EILD sejam retirados até que esteja pronta uma proposta de regulamento que discipline completamente o assunto.

À apreciação superior.



GUSTAVO DE PAULA OLIVEIRA

Assistente Técnico

⁷ Conforme se observa da mídia especializada e da manifestação das empresas nas audiências públicas.



MARCELO DE MATOS RAMOS

Coordenador-Geral de Indústrias de Rede e Setor Financeiro

De acordo.



PRICILLA MARIA SANTANA

Secretária-Adjunta



ANTONIO HENRIQUE PINHEIRO SILVEIRA

Secretário de Acompanhamento Econômico