



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 35 COGIR/SEAE/MF

Brasília, 21 de outubro de 2011.

Assunto: Contribuição à Consulta Pública nº 41 da ANATEL sobre o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC).

I – Introdução

A Coordenação Geral de Indústrias de Rede e Setor Financeiro da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda apresenta parecer analítico sobre proposta de proposta de Plano Geral de Metas de Competição (PGMC), que é objeto da Consulta Pública nº 41, de 25 de julho de 2011, da Agência Nacional de Telecomunicações.

Segundo a exposição de motivos que acompanha a consulta, o Plano Geral de Metas de Competição tem por objetivo estabelecer regras para o incentivo e a promoção da concorrência no setor de telecomunicações, nos termos da Constituição Federal, da Lei Geral de Telecomunicações e da Lei nº. 8.884 de 11 de junho de 1994, que rege a defesa da concorrência no Brasil.

II – Análise Concorrencial

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:¹

(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 produção de bens ou prestação de 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 à 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;

¹ Hipóteses baseadas no Guia de Avaliação da Concorrência, versão 1.0, OCDE 2007.

- 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.

A SEAE considera oportuna a elaboração do Plano Geral de Metas de Competição. A regulação assimétrica proposta pelo PGMC visa, justamente, aumentar o número de ofertantes e o vigor da competição entre eles – ou, segundo o texto da própria resolução proposta, à “competição ampla, livre e justa entre as empresas exploradoras de serviços de telecomunicações, com vistas a promover a diversidade dos serviços com qualidade e a preços acessíveis à população”.

O PGMC visa criar mecanismos para tornar efetivo o compartilhamento de infraestrutura/rede entre as operadoras – garantindo, em especial, o acesso dos grupos sem poder de mercado à infraestrutura essencial detida pelos grupos com poder de mercado, elevando o número de competidores.

A fim de alcançar esse objetivo, já no seu art. 3º o PGMC enuncia como Oferta de Referência dos Produtos no Mercado de Atacado a “oferta pública isonômica e não discriminatória que estabelece todas as condições para contratação de Produtos no Mercado de Atacado, devendo ser homologada pela Anatel,”. O regulamento ainda determina que o grupo com Poder de Mercado Significativo (PMS) em qualquer mercado relevante de atacado deva apresentar Oferta de Referência envolvendo o produto relevante (infraestrutura, interconexão em redes móveis, interconexão em redes fixas, TV por assinatura, infraestrutura e rede de transporte).

A Oferta de Referência visa fornecer o produto relevante ao valor do custo da sua disponibilização justamente com o objetivo de evitar que o domínio sobre a infraestrutura/rede acarrete vantagem natural concorrencial do grupo com PMS sobre o grupo sem PMS – esta vantagem facilitaria o recurso a práticas predatórias, como o *price squeeze*. Trata-se de obrigação instrumental de compartilhar infraestrutura/rede com o objetivo de reduzir os custos de entrada de novos *players*, visando a que esses futuramente construam a sua própria rede ou criem tecnologia que supere essa necessidade. O efeito é, portanto, uma redução de barreiras à entrada.

A assimetria do tratamento dispensado aos atores com PMS visa, justamente, criar mecanismos que coíbam o exercício abusivo do poder de mercado pelos detentores da infraestrutura/rede que deve ser acessível a qualquer prestador de serviços de telecomunicação de interesse coletivo², incrementando a concorrência no varejo – objetivo último da política pública de compartilhamento de infraestrutura/rede. Nesse sentido, o controle sobre as ofertas de atacado deve ser entendido como *conditio sine qua non* para a efetiva concorrência no varejo e, portanto, para o aumento da quantidade de ofertantes disponíveis ao consumidor em geral e da qualidade dos seus serviços³.

Embora o escopo da norma regulatória sob consulta pública seja amplamente favorável à questão concorrencial, foram encontrados na proposta do PGMC mecanismos que podem ter efeitos adversos no incentivo à competição mais vigorosa entre as empresas, mais precisamente por pretender introduzir a publicação de dados sobre níveis de produção, preços, vendas ou custos das empresas e um regime de auto-regulamentação ou de co-regulamentação.

II.1 – Publicação de dados das empresas

A fim de instrumentalizar o registro das Ofertas de Referência, o PGMC determina a criação da Base de Dados de Atacado, que

“deverá conter, no mínimo, informações acerca do título e da descrição da oferta, do nome da Prestadora demandante, da identificação se a Prestadora solicitante pertence ao Grupo ofertante ou não, do(s) município(s) de origem e de destino abrangidos no pedido, da data de solicitação, da situação ou status do pedido, da data de conclusão ou instalação da oferta e da posição sequencial do pedido na fila, além de informação do preço praticado” (art. 14, §4º).

Complementa que “[n]enhuma comercialização de produtos no mercado de atacado poderá ser realizada sem que a operação de oferta e demanda esteja registrada na Base de Dados de Atacado, incluindo aquela efetuada por prestadora pertencente ao grupo com PMS” (art. 14, §6º). Em outras palavras, a Base de Dados de Atacado é um banco de informações comercialmente relevantes cujo registro é condição para a comercialização dos produtos relevantes definidos no PGMC.

² Conforme já ditado pelo art. 19, XIV da Lei Geral de Telecomunicações, pelo art. 38 do Regulamento Geral de Interconexão e pelo Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada.

³ Segundo Salomão Filho [**Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. P. 41], “é tarefa mínima da regulação garantir, de forma ativa, condições de concorrência.”

O PGMC também prevê obrigações de transparência relacionadas à disponibilidade de dados de atacado no sítio eletrônico das operadoras com PMS, no art. 14, §1º:

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

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

Em que pese o Termo de Compromisso de Desempenho assinado no processo da fusão Oi-Brasil Telecom já obrigar informações aos clientes sobre a fila de pedidos de EILD e interconexão⁴, é importante esclarecer neste dispositivo que o acesso às informações colocadas na Internet deve ser restrito, com filtros que impeçam o acesso a dados comercialmente relevantes de outras empresas.

A criação de bancos de dados com acesso a informações comerciais estratégicas de todos os concorrentes desperta preocupações acerca da forma com que os dados serão acessados pelas operadoras. Informações desagregadas e atuais sabidamente carregam potencial de dano concorrencial, pois criam incentivos ao alinhamento estratégico entre concorrentes ou ao comportamento predatório entre agentes que conhecem, reciprocamente, as suas estruturas de custos.

É digno de nota que a própria necessidade de registro prévio na Base de Dados de Atacado pode ser instrumento para o movimento de uniformização dos preços, como indica o caso ATPCO (*Airline Tariff Publishing Company*)⁵, julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em setembro de 2004.

Nesse sentido, a Base de Dados de Atacado pode padecer do mesmo problema se permitir identificar de forma desagregada dados comerciais como preço, prestadora, municípios de origem e de destino abrangidos no pedido e data de solicitação. Primeiro, porque a divulgação desses dados poder repercutir em desvantagem comercial ao *first mover*, que terá a sua estratégia revelada. Segundo, porque o preço pode, por si só,

⁴ Termo de Compromisso de Desempenho firmado no AC nº 08012.005789/2008-23 (Oi-BrT), item 3.2

⁵ Processo Administrativo nº 08012.000677/99-70, em que foram representados representados Viação Aérea Rio-Grandense – VARIG S/A, Transportes Aéreos Regionais S/A – TAM, TRANSBRASIL S/A Linhas Aéreas e Viação Aérea São Paulo S/A – VASP, e seus respectivos administradores, Fernando da Cruz Pinto (VARIG), Rolim Adolfo Amaro (TAM), Wagner Canhedo Azevedo (VASP) e Celso Cipriani (TRANSBRASIL), de relatoria de Thompson Andrade.

divulgar as condições de compatibilidade entre as infraestruturas da ofertante e da solicitante, facilitando o acesso a informações acerca dos custos operacionais de cada concorrente.

Em se tratando de informações sensíveis, o formato concorrencialmente recomendável seria que a base de dados se mantivesse na ANATEL, com acesso restrito e a criação de níveis de acesso de acordo com as demandas de utilização legítima dos demais agentes envolvidos. Seria possível a ampla divulgação apenas de forma agregada e histórica (diferida no tempo) dos dados das operadoras em geral.

II.2 - Regime de auto-regulamentação ou de co-regulamentação

A fim de instrumentalizar a regulação assimétrica, o PGMC cria três entidades: (i) a Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado, (ii) a Entidade Representante e (iii) a Entidade Comparadora das Ofertas de Atacado.

A Entidade Supervisora tem como objetivo central monitorar as ofertas de Produtos no Mercado de Atacado e deve ser contratada pelo grupo ou pelos grupos com PMS, que arcam com o ônus da contratação. Ela centralizaria o acesso às Bases de Dados de Atacado e às Ofertas de Referência de Atacado dos grupos com PMS nos mercados de atacado (sobre este ponto, ver o item II.1 deste documento). Apesar de ser financiada pelos grupos com PMS, o PGMC prevê (art. 35, I) que a Entidade Supervisora deverá ser pessoa jurídica dotada de autonomia financeira e patrimonial. Ademais, ela deve permitir a livre participação de prestadores de serviços de telecomunicações, nos termos de seus atos constitutivos.

A Entidade Representante faz as vezes de uma associação dos grupos sem PMS em mercados relevantes de atacado com a finalidade de defesa dos seus interesses enquanto competidores dos grupos com PMS dentro do âmbito estabelecido pela Anatel. O PGMC dá-lhe acesso aos pedidos de suas representadas nos Bancos de Dados de Atacado das prestadoras com PMS para acompanhamento de atendimentos das demandas. A Entidade Representante será mantida pelos grupos sem PMS que integrem os quadros de uma Entidade Representante.

Aos olhos das análises societária e antitruste, estas estruturas apresentam possíveis incentivos à coordenação, à influência relevante/ao controle externo⁶ e à

⁶ "A dependência econômica é um conceito útil para identificar situações em que pode haver controle externo. As duas hipóteses (dependência econômica e controle externo) não se identificam, no entanto. A

captura. A Entidade Supervisora, por exemplo, é financiada pelo próprio agente a ser fiscalizado – o que demandaria regras mais rígidas para que os recursos sejam fornecidos não apenas em sintonia com o atendimento às expectativas do patrocinador. Do mesmo modo, deve haver regras quanto à indicação e remuneração dos dirigentes dessa entidade de modo a eliminar incentivos a que eles colaborem com o financiador.

A previsão de que prestadores de serviços de telecomunicações tenham livre participação na entidade segundo regras definidas no seu ato constitutivo pode ser tomado como um incentivo a que a Entidade Supervisora seja foro institucionalizado de reunião das operadoras. Agrava-se a preocupação por esta entidade também manter a Base de Dados de Atacado, que inclui os preços praticados.

Quanto à Entidade Representante, o acesso irrestrito às informações da Base de Dados de Atacado – e, antes, a própria publicidade no sítio eletrônico do grupo com PMS – aumenta, na opinião desta SEAE, a possibilidade de colusão, dado que a base de dados congrega, no mínimo, informações sobre o título e a descrição da oferta; o nome da prestadora demandante; a identificação se a prestadora solicitante pertence ao grupo ofertante ou não; os municípios de origem e de destino abrangidos no pedido; a data de solicitação; o *status* do pedido; a data de conclusão ou instalação da oferta e da posição sequencial do pedido na fila; além de informação do preço praticado. Trata-se de base de dados comercialmente sensíveis e cujo acesso irrestrito, para fins de fiscalização, deveria ficar restrito à ANATEL.

Observe-se que a existência de determinado ou determinados grupos com PMS não impede que grupos isoladamente sem PMS detenham, em conjunto, PMS. O PGMC fulcra-se na ideia de criação de poder compensatório por parte dos grupos sem PMS pela associação destes em uma entidade que, de forma conjunta, pode deter PMS. Isso implica dizer que, conjuntamente, os grupos sem PMS teriam hipoteticamente o potencial de causar dano concorrencial. Nesse sentido, a administração da Entidade Representante não deveria ficar a cargo dos seus associados, mas de indivíduos que não estejam ligados aos interesses de qualquer concorrente⁷.

primeira procura individualizar situações negociais relevantes para o direito concorrencial, já a segunda é um conceito eminentemente societário.” [COMPARATO, Fabio Konder/SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 97]

⁷ *The Study* [Twenty-fourth Report on Competition Policy, Annex IV p. 642] *notes with regard to the exchange of aggregate data through trade associations: ‘(...) 5. Trade associations should not be run by managers of participating firms.’* [RITTER, Lennart/BRAUN, David. **European competition law: a practitioner’s guide**. 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 2004. Pg. 250/251]

É, por fim, importante ressaltar ser concorrencialmente mais útil o conceito de influência relevante que aquele de controle – mais adequado ao direito societário⁸. Desse modo, a previsão do art. 34 no sentido de que os grupos com PMS nos mercados relevantes de atacado não devem exercer “domínio” sobre a Entidade Supervisora não minora a preocupação concorrencial, segundo a qual é objeto de preocupação a mera capacidade de influenciar a adoção de determinada decisão ou de captar informações que possam ser utilizadas ao seu favor.

Portanto, sob o ponto de vista concorrencial, em que pese o poder compensatório, associações entre concorrentes devem ser sempre vistas com ressalvas e sujeitas a certos limites⁹. Desse modo, parece-nos que o entendimento do Conselheiro-Relator de que deva haver intervenção mínima, permitindo a livre interação entre os agentes de mercado (p. 23/24), deve ser balizada pelos pontos aqui suscitados.

III – Análise Econômica Suplementar

1) Incentivos à construção de rede

A preocupação com o desincentivo ao investimento por parte da *incumbent* está no parecer do Conselheiro-Relator (p. 38):

“Tendo em vista a essencialidade dos serviços de telecomunicações para a sociedade moderna e a necessidade de levar esses serviços aos rincões mais isolados do Brasil, considero fundamental que as assimetrias regulatórias definidas no PGMC não prejudiquem os investimentos em modernização e expansão de redes de telecomunicações.”

Em primeiro lugar, é bom lembrar que, no caso do STFC, as *incumbents* estão sujeitas ao Plano Geral de Metas de Universalização, que impõe obrigações de

⁸ “A expressão ‘influência dominante’ é de utilização muito frequente no direito societário. Com ressalva F.K. Comparato, a expressão engloba, de um lado, as hipóteses de controle minoritário interno, e até mesmo de controle gerencial e, de outro, aquelas de controle externo. Nesse último caso, a noção de influência dominante engloba tanto os casos de controle de direito quanto de fato.

[SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. PP. 281-288]

⁹ *The line between competitively neutral and anticompetitive exchanges of information is difficult to draw and depends, in particular, on the nature of the information exchanged, on the frequency with which it was disseminated and on the persons to whom it is disclosed. [...] Information systems which include commercially sensitive and sufficiently current (e.g., monthly) information which competitors normally keep secret and not reveal to other competitors, such as capacity utilization, output, orders received and order backlog, selling prices, price announcements, costs and marketing plans, may have as their object or effect a distortion or restraint of competition by increasing market transparency and allowing one competitor to detect in advance another competitor's strategy or to identify competitive behavior such as parallel imports. An anticompetitive exchange of information may lead to the imposition of fines even if the exchange is encouraged by a public authority. [European competition law: a practitioner's guide/Lennart Ritter, David Braun. 3ª edição. A Haia: Kluwer Law International, 2004. PP. 248/249]*

investimento. Com base na experiência internacional, a SEAE vislumbra que os possíveis remédios para as demais situações seriam um feriado regulatório, como ocorre nos EUA¹⁰; ou a adoção de preços diferenciados para o compartilhamento de infraestruturas durante os primeiros anos de sua implantação, a exemplo da Europa¹¹.

Além disso, a ausência no PGMC de um critério rígido quanto ao percentual da capacidade a ser compartilhada após a apresentação da Oferta de Referência admite que o compartilhamento seja flexível, sendo maior nas regiões nas quais a *incumbent* tenha maior capacidade ociosa, ou nas redes mais antigas. Ademais, tal política é recomendável em termos concorrenciais, pois evita o compartilhamento de dado comercial estratégico (capacidade ociosa) da detentora da infraestrutura/rede com concorrentes.

Porém, o PGMC é silente quanto às obrigações dos grupos sem PMS nesse processo. O sucesso do *unbundling* depende da qualidade da informação passada pelo entrante à *incumbent* acerca da suas necessidades. O excessivo comprometimento de capacidade por parte do detentor da infraestrutura/rede, por força de informações pouco acuradas dos agentes sem PMS, impõe ônus ao grupo com PMS que o regulador deveria atribuir aos entrantes¹². Mais do que isso, gera externalidade negativa sobre a concorrência, ao se dedicar aos demais competidores capacidade menor que aquela que seria possível, em tese, deixar à sua disposição caso as informações disponibilizadas pelos demais grupos sem PMS fossem mais precisas.

Nesse sentido, recomendamos avaliar a viabilidade de exigir informações prévias e compromissos firmes de contratação para evitar comportamento do tipo carona por parte das empresas sem PMS¹³.

¹⁰ Após a decisão *United States Telecom Association. v. FCC*, 299 F.3d 415.422 (D.C. Cir. 2002), cert. Denied, 123 S. Ct. 1571 (2003)

¹¹ Paul W.J. de Bijl, Martin Peitz. Local loop unbundling in Europe: experience, prospects and policy challenges. *Communications & Strategies*. Jan 2005.

¹² *Regulators may not only care with incumbent's behavior. Introducing compatible equipment for unbundling requires time from the incumbent, even with his best goodwill. And a successful business for entrants require timely deliver for interested clients. So, successful unbundling requires previous estimates from entrant about the number of lines and even the initial and future collocation space, besides network information. Entrants tend to make overoptimistic forecasts, which can oblige the incumbents committing excessive resources. On the other hand, as stressed by Jorde, Sidak and Teece (2000, p. 21), "the requesters, however, are not required to make firm commitments to take specified volumes of the UNE for a minimum contract duration". So, the regulator must care about the proper distribution of risks on planning unbundling infrastructure. Costs must be imposed on entrants in case of overoptimistic estimates.* (Mattos, op. cit., P. 35)

¹³ Tal como ocorre em outros setores de infraestrutura, vide p.ex. a Lei nº 11.909/2009.

2) Definição do PMS

A Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, que aprova o Guia para Análise Econômica e Atos de Concentração Horizontal, traz os passos para a definição do mercado relevante, assim como para constatação da presença de poder de mercado e do seu exercício abusivo. Embora se utilize de alguns conceitos ali existentes, o PGMC cria uma estrutura de análise bem mais rígida e, em alguns casos, conflitante com conceitos antitruste tradicionais.

Havendo uniformidade de entendimento quanto ao que seja poder de mercado e quanto ao objetivo de evitar o abuso da posição dominante, a sua verificação não deveria, a não ser em casos excepcionais, provocar constatações divergentes. A excepcionalidade decorre, como sugere o modelo europeu, de situações específicas em que o caráter essencialmente preventivo da regulação, a supervisão ativa praticada e a periódica revisão dos atos determinem solução diversa daquela concorrencial¹⁴.

Embora visando à identificação do mercado relevante, o parágrafo único do art. 5º mescla elementos para a definição de mercados relevantes e elementos para a identificação do PMS. Os itens *(i) existência de ativos de difícil replicação; (iv) evidência de falhas de mercado; (v) ausência de perspectiva de competição de longo prazo; e (vii) existência de barreiras à entrada;* são todos tradicionais elementos de análise do poder de mercado, e não de definição de mercado relevante

Merece também atenção o dispositivo do Anexo II (II.4), segundo o qual o mercado em que o risco concorrencial puder ser tratado pela lei e regulamentação de concorrência no Brasil não será considerado relevante para efeito do PGMC. Todos os casos de risco concorrencial estão na competência que a Lei 8.884/94 atribui ao CADE. Mais do que

¹⁴ "A competition authority does not, in principle, have the opportunity to conduct a periodic review of its decision in the light of market developments, whereas NRAs are bound to review their decisions periodically under Article 16(1) of the framework Directive. This factor can influence the scope and breadth of the market analysis and the competitive assessment carried out by NRAs, and for this reason, market definitions under the new regulatory framework, even in similar areas, may in some cases, be different from those markets defined by competition authorities.

Whilst a prospective analysis of market conditions may in some cases lead to a market definition different from that resulting from a market analysis based on past behaviour (22), NRAs should nonetheless seek to preserve, where possible, consistency in the methodology adopted between, on the one hand, market definitions developed for the purposes of ex-ante regulation, and on the other hand, market definitions developed for the purposes of the application of the competition rules. Nevertheless, as stated in Article 15(1) of the framework Directive and Section 1 of the guidelines, markets defined under sector-specific regulation are defined without prejudice to markets that may be defined in specific cases under competition law." [Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services (2002/C 165/03). §§25,26, 29 e 37]

isso, o CADE tem, por tradição, reafirmado a sua competência até mesmo nos mercados mais regulados. Neste caso, o ideal seria substituir a noção de *risco concorrencial tratado pela lei e regulamentação de concorrência* pelo conceito de *simetria de poder de mercado*. Mercados nos quais haja simetria de poder de mercado não serão considerados para efeito do PGMC.

Alertamos que a leitura do art. 6º do PGMC acerca do mercado relevante sob a ótica do produto pode dificultar uma análise antitruste baseada na crescente convergência e substituíbilidade dos atuais mercados de telecomunicações – como SMP e STFC, conforme anunciado pela própria ANATEL¹⁵ e na melhor doutrina¹⁶. Não nos parece que o art. 8º supra satisfatoriamente essa questão na redação atual, dado se poder argumentar que a prevista avaliação de “outros produtos” não se confunde com a convergência dos produtos já descritos no art. 6º.

Outra questão a ser levantada está na lista para identificação do PMS. Os critérios ali adotados são (art. 9º): (i) *participação de mercado*; (ii) *presença de economias de escala*; (iii) *presença de economias de escopo*; (iv) *controle sobre infraestrutura cuja duplicação não seja economicamente viável*; (v) *poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços*; (vi) *atuação concomitante nos mercados de atacado e varejo*; e (vii) *acesso privilegiado a fontes de financiamento*. Feita a opção pela identificação do PMS, por uma lista *numerus clausus*, seria recomendável dar preferência a critérios objetivos, condição em que não se enquadram os itens (v) e (vii) da listagem.

Além disso, é necessário reavaliar a necessidade de que os 7 critérios do art. 9º incidam concomitantemente sobre o mesmo caso para que se considere a existência de PMS. Segundo o art. 9º, §2º:

“Os critérios acima deverão ser considerados em conjunto para a identificação do Grupo com PMS no Mercado Relevante.”

A interpretação é confirmada ante a aplicação prática do conceito no anexo “Análise dos Mercados Relevantes Tratados no Plano Geral de Metas de Competição – PGMC”:

¹⁵ “É importante mencionar que, ainda diante do limitado escopo do serviço, trata-se de um mercado em claro declínio e que ainda vem sendo, mesmo que discretamente, alvo de alguma rivalidade por parte dos Grupos sem PMS, o que, de certa forma, justifica a ausência de imposição de assimetrias regulatórias no PGMC”. (Análise dos Mercados Relevantes Tratados no Plano Geral de Metas de Competição – PGMC. P. 118)

¹⁶ Incluindo CAVE et alli (2002), *Handbook of Telecommunications Economics*, vol. 1: structure, regulation and competition.

"Considerando o aspecto analisado no presente documento no que diz respeito às avaliações dos 7 (sete) critérios constantes no PGMC, verifica-se que são considerados detentores de PMS os Grupos que cumprem todos os critérios analisados." (p. 75)

"Pela avaliação dos escores acima, considerou-se relevante todos grupos que obtiveram uma pontuação de todos os 7 (sete) itens avaliados. Ademais, conforme pode ser observado, verifica-se que nenhum Grupo Econômico alcançou todos os critérios analisados na Região II. Em princípio, poderia ser observada a ausência de Detentor de PMS nesse mercado." (p. 99)

Dois problemas podem decorrer da exigência cumulativa de todos os itens listados:

(1) a não identificação da PMS nos municípios onde não exista economia de escopo, mesmo em casos onde o operador é monopolista e, por definição, tem PMS; (2) a escolha de apenas um agente com PMS em cada mercado relevante – o que poder conferir, em uma política regulatória assimétrica, vantagens competitivas artificiais a determinados agentes econômicos tão dominantes quanto o agente que cumpre todos os critérios listados.

Por fim, a ANATEL usou como critério para identificar níveis adequados de competição nos mercados de infraestrutura e redes para transporte local e de longa distância a presença de pelo menos 4 ofertantes de infraestrutura e redes de transporte no município. A escolha foi fundamentada na redução do Índice de Lerner¹⁷ à medida que novos competidores entram em um oligopólio nos moldes do oligopólio de Cournot. Não há, porém, consideração a um percentual mínimo de participação de mercado por parte desses 4 ofertantes. Sob o ponto de vista antitruste, a análise quantitativa é insuficiente para a verificação do PMS – há diferenças qualitativas entre mercados com participação de mercado paritária (elevada probabilidade de coordenação), mercados dotados de um *maverick* e mercados em que haja *price leadership*. Nesse sentido, é recomendável adotar uma regra que identifique a qualidade competitiva desses ofertantes, antes de excluir a necessidade de adoção de regulação assimétrica. Propõe-se também a inclusão de um percentual mínimo de *market share* por parte de cada um dos quatro ofertantes, ou, alternativamente, o recurso ao índice Herfindahl-Hirschman (HHI).

¹⁷ A respeito do uso do índice de Lerner em telecomunicações, Luiz Carlos Prado fez importante ressalva no caso Telmex-Net (P. 43): "Além disso, como os custos irrecuperáveis em telecomunicações são dinâmicos, fica difícil aplicar medidas de competição estáticas, tal como o índice de Lerner. Se as empresas competem mais em termos de novos serviços e melhor performance, a análise convencional de substitutibilidade da demanda e oferta baseada apenas em termos de elasticidades-preço pode se tornar irrelevante. A definição do mercado relevante deve, portanto, levar em consideração variáveis de performance (pelo lado da demanda), assim como incluir o número mais abrangente possível de empresas potenciais (pelo lado da oferta) que possam oferecer novos serviços e tecnologias para satisfazer os consumidores."

3) Vinculação da apresentação da oferta de referência aos grupos com PMS no mercado relevante

As alusões do PGMC às Ofertas de Referência são bastante genéricas. Apesar de haver clareza quanto à limitação da obrigação da apresentação de Ofertas de Referência aos grupos com PMS, o texto deixa pendente a ideia de que os grupos com PMS possam ter de apresentar Ofertas de Referência mesmo nos mercados em que não detenham PMS.

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

Até o art. 3º, mais genérico, é lacônico quanto ao mercado relevante em relação ao qual deve ser feita a Oferta de Referência:

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

Essa situação se repete ao longo do PGMC, como por exemplo no art. 18 do Anexo I: "O Grupo com PMS no Mercado Relevante de Atacado de Infraestrutura e Acesso em Comunicação de Dados em Redes Fixas deve: I - Apresentar Ofertas de Referência de Desagregação de Canais Lógicos (*bitstream*), de Desagregação Plena do Enlace Local (*Full Unbundling*), e de acesso a elementos de infraestrutura passiva (dutos, condutos, postes e torres), nos termos do Art. 3º do Anexo I.

Recomendamos fazer explícita menção a que a Oferta de Referência deva restringir-se ao mercado no qual o grupo detenha PMS, no entendimento de que deve haver vinculação entre a detenção de PMS em dado mercado relevante e a obrigação de apresentação de oferta de referência naquele mesmo mercado relevante, nas suas dimensões geográfica e produto. Essa vinculação visa conferir nexo causal entre a regulação assimétrica e o poder de mercado.

4) TV por assinatura

O art. 34 do PGMC obriga o grupo com PMS no mercado relevante de oferta de TV por assinatura a habilitar na rede decodificador certificado pela ANATEL escolhido pelo assinante.

O Conselheiro-Relator apresentou a seguinte justificativa para a assimetria:

"Entretanto, destaco que tal medida deveria ser aplicada a todos os prestadores de serviços de TV por assinatura, e não somente aos Grupos detentores de PMS, uma vez que a vedação dessa conduta não só tem objetivos de promoção da competição, mas também de defesa dos direitos dos usuários.

Por outro lado, tendo em vista que o PGMC se propõe a estabelecer medidas regulatórias assimétricas baseadas em PMS, proponho que tal medida seja prevista no regulamento dos serviços de TV por assinatura, mas sugiro também que tal vedação já esteja prevista no PGMC para os Grupos detentores de PMS na oferta de TV por assinatura."

A alteração tem o mérito de introduzir a concorrência no mercado de receptores, afastando o efeito *lock-in*. Contudo, a obrigação assimétrica, aqui, não parece adequada. Primeiro, porque cria benefícios adicionais ao assinante do detentor de PMS, o que lhe torna mais atrativo aos olhos do consumidor. Segundo, porque a assimetria em si não é instrumental ao provimento de um serviço melhor ao consumidor. Antes, a assimetria nivela o grupo sem PMS abaixo do padrão de qualidade do grupo com PMS.

Sugerimos que a obrigação se estenda a todos os competidores, conforme sugerido pelo Conselheiro-Relator e por esta mesma SEAE em contribuição à Consulta Pública nº 31 da ANATEL, que aqui reafirmamos:

"[O] desenvolvimento de um mercado secundário de receptores pode ser desejável do ponto de vista concorrencial, por diminuir os custos de troca, aumentando a mobilidade de clientes entre diferentes fornecedores. Isso porque não seria necessário, como ocorre hoje no caso do comodato, retirar e devolver os equipamentos já instalados para mudar de operadora. Também tende a deixar mais claro qual o custo do conteúdo e qual o custo do equipamento, hoje indissociavelmente somados no valor da assinatura, contribuindo para dirimir situações regulatórias frequentemente contestadas por órgãos de defesa do consumidor, como por exemplo a questão do ponto extra."

IV – Conclusão

Do ponto de vista concorrencial, avalia-se que a proposta tem o potencial de gerar efeitos positivos sobre o ambiente concorrencial.

Porém, a SEAE apresenta sugestões no sentido (i) de que as informações sensíveis a serem coletadas fiquem em poder da ANATEL, com divulgação restrita de acordo com o uso legítimo de cada parte interessada; (ii) que nas entidades criadas pela proposta sejam seguidas diretrizes robustas de defesa do ambiente concorrencial, tais como as presentes no Guia de Avaliação da Concorrência da OCDE e na cartilha de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações da SDE; (iii) de aprimoramento do modelo concorrencial de análise, (iv) de desincentivo ao comportamento de carona por parte dos grupos sem PMS. Além disso, avalia-se que há esclarecimentos que se fazem necessários na redação da proposta.

À apreciação superior.


ROBERTO DOMINGOS TAUFICK

Assistente


RODRIGO RIBEIRO NOVAES

Coordenador-Geral de Indústrias de Rede e Setor Financeiro, substituto

De acordo.


PRISCILLA MARIA SANTANA
Secretária-Adjunta


ANTONIO HENRIQUE PINHEIRO SILVEIRA
Secretário de Acompanhamento Econômico



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria Executiva
Esplanada dos Ministérios – Bloco P
70048-900 – Brasília – DF
seae@fazenda.gov.br
Tel.: (61) 3412-2358/2360

Ofício nº 425 GABIN/SEAE/MF

Brasília, 04 de novembro de 2011.

A Sua Senhoria o Senhor
ARA APKAR MINASSIAN
Superintendente de Serviços de Comunicação de Massa
Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL
Setor de Autarquias Sul – SAUS – Quadra 06, Bloco F, Térreo - Biblioteca
70070-940 – Brasília-DF

Assunto: Contribuição à Consulta Pública nº 41 da ANATEL sobre O Plano Geral de Metas de Competição (PGMC)

Senhor Superintendente,

Esta Secretaria de Acompanhamento Econômico do ministério da Fazenda encaminha, por meio desta, Parecer analítico sobre Regras Regulatórias nº 35/COGIR/SEAE/MF, com as contribuições desta Secretaria à consulta pública em epígrafe.

Informamos que o conteúdo deste Parecer já foi encaminhado por meio do formulário eletrônico disponibilizado no site da Agência.

Atenciosamente,


RITA DE CÁSSIA VANDANEZI MUNCK
Chefe de Gabinete