

	<h1>VOTO</h1>	NÚMERO E ORIGEM:
		031/2011-GCRZ
		DATA:
		19/12/2011

1. ASSUNTO

- 1.1. Proposta de Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), com vistas à submissão à consulta pública.

2. REFERÊNCIAS

- 2.1. Análise 45/2011-GCMB, de 02/12/2011;
2.2. Matéria para Apreciação do Conselho Diretor nº 81/2011-CMRO/SCM, de 11/11/2011;
2.3. Informe Complementar nº 7/2011-CMROR/SCM, de 04/11/2011;
2.4. Parecer nº 1421/2011/BMB/MGN/PFD/PGF/PFE-ANATEL, de 24/10/2011;
2.5. Informe nº 6/2011-CMROR/SCM, de 29/09/2011;
2.6. Processo nº 53500.021882/2011.

3. RELATÓRIO

3.1. DOS FATOS

- 3.1.1. Trata-se de proposta de submissão a consulta pública de Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) relatada pelo Conselheiro Marcelo Bechara de Souza Hobaika na Reunião do Conselho Diretor nº 632, por meio da Análise 45/2011-GCMB.
- 3.1.2. No item 4.2.22 da Análise, o Conselheiro Relator analisa a possibilidade de imposição de “COMPROMISSOS DE COBERTURA/ATENDIMENTO E ATENDIMENTO DE ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS OU DE UTILIDADE PÚBLICA” às prestadoras do SeAC.
- 3.1.3. Nesse tema, destaca o Relator o posicionamento da SCM constante do Informe 6/2011 da SCM, que, após análise das possibilidades, conclui:

5.4.5. Em consequência, em face às análises acima e diante da possibilidade de ofertas de serviços de TV por assinatura por combinação de plataformas sob uma mesma licença, conclui-se pela não pertinência na imposição de metas de cobertura.

- 3.1.4. Ao final, o Relator manifesta sua concordância com a proposta da área técnica baseado nas seguintes considerações:

- a) nos termos da Lei nº 12.485, a comunicação audiovisual de acesso condicionado é guiada pela liberdade de iniciativa e mínima intervenção da administração pública, sendo o SeAC serviço prestado em regime privado;*

- b) *a Prestadora do SeAC tem liberdade na escolha das soluções tecnológicas a serem empregadas em sua rede de telecomunicações, desde que apropriadas à execução do serviço;*
- c) *em decorrência da característica de neutralidade tecnológica do SeAC surgem dificuldades para a imposição de compromissos de construção de redes com utilização de tecnologia específica;*
- d) *a Anatel, quando da análise de pedidos de transferências de outorga ou de controle societário envolvendo prestadoras de serviços de telecomunicações, somente poderá anuir previamente com operações que não forem prejudiciais à competição, não colocar em risco a prestação do serviço, nem a execução de compromissos assumidos;*
- e) *a Anatel pode, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização de uso de radiofrequências à aceitação, pela Interessada, de compromissos de interesse da coletividade, como de praxe o tem feito nas licitações de espectro de radiofrequências;*
- f) *a Anatel está elaborando proposta de Edital de Licitação de espectro de radiofrequências da subfaixa de 2,5 GHz, faixa esta que se encontra destinada, além de outros serviços, à prestação do SeAC;*
- g) *a proposta da Anatel de Plano Geral de Metas de Competição (PGMC), objeto da Consulta Pública n.º 41, de 25 de julho de 2011, trata, dentre outros aspectos, de questões relevantes para o compartilhamento e expansão de redes de suporte a banda larga;*
- h) *a minuta de regulamento em exame sugeriu que as prestadoras dos Serviços de TV a Cabo, MMDS, DTH e TVA que adaptarem seus instrumentos de outorga deverão se comprometer a adimplir as obrigações assumidas em suas atuais outorgas, naquilo que não conflitar com a Lei n.º 12.485;*
- i) *a minuta de regulamento em exame estipulou que a Prestadora de SeAC não poderá recusar atendimento a estabelecimentos públicos ou de utilidade pública contidos na área urbana das Áreas de Abrangência do Atendimento de suas estações, tais como bibliotecas, museus, hospitais e postos de saúde;*
- j) *conforme o novo art. 86 da LGT, uma das condições para que a Concessionária possa vir a prestar diretamente outros serviços de telecomunicações é a garantia dos interesses dos usuários, mediante o compartilhamento de ganhos econômicos ou a transferência integral desses ganhos econômicos, nos estritos termos especificados naquela lei;*
- k) *não foram oferecidos ao Conselho Diretor estudos detalhados de viabilidade técnico-econômica demonstrativos da possibilidade de estabelecimento de metas de cobertura e abrangência que induzam o investimento em redes de telecomunicações de forma eficaz, sem prejudicar a atratividade do SeAC.*

4.2.22.11. Manifesto minha concordância com a proposta da área técnica, com ressalva à redação do parágrafo único do art. 57, nos termos a seguir.

Sugestão do Relator:

4.2.22.12. A medida prevista no parágrafo único do art. 57 parece-me apropriada. Todavia, a fim de se garantir segurança à interpretação a ser dada ao dispositivo, ainda que já conste previsão em seu caput, aventa-se o acréscimo de que seu cumprimento também dependerá expressamente de viabilidade técnica:

Art. 57 [...]

Parágrafo único. A prestadora não poderá recusar atendimento aos estabelecimentos públicos ou de utilidade pública contidos na área urbana das Áreas de Abrangência do Atendimento de suas estações, tais como universidades, escolas de ensino fundamental, médio e profissionalizante, bibliotecas, museus, hospitais e postos de saúde, desde que haja viabilidade técnica e solicitação expressa dos responsáveis pelas instituições públicas envolvidas.

3.1.5. Dessa forma, posicionou-se o Relator pela não pertinência na imposição de metas de cobertura e pela manutenção da obrigação de atendimento aos estabelecimentos públicos ou de utilidade pública contidos na área urbana das Áreas de Abrangência do Atendimento das estações da prestadora do SeAC, com pequeno ajuste para assegurar que o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 57 dependerá expressamente de viabilidade técnica.

3.2. DO VOTO

Inicialmente gostaria de ressaltar o admirável trabalho realizado pela área técnica e pelo Relator ao trazerem para deliberação do Conselho Diretor, uma proposta bastante consistente e que endereça os principais temas necessários a regulamentação do SeAC em decorrência da publicação da Lei 12.485/2011.

Especificamente em relação ao tema da imposição de compromissos de cobertura/abrangência às prestadoras do SeAC gostaria de tecer alguns comentários sobre aspectos jurídicos e econômicos que entendo importantes para o posicionamento do Conselho Diretor.

Quanto à análise de viabilidade jurídica da imposição desses compromissos, permito-me não me alongar. Isso porque o art. 29 da Lei nº 12.485/2011 coloca expressamente a atividade de distribuição de conteúdo por meio do serviço de acesso condicionado sob a égide da LGT, que, por sua vez, em seu art. 135, é claríssima sobre a possibilidade de a Agência condicionar a autorização de prestação do serviço a compromissos de interesse da coletividade, *in verbis*:

Lei nº 12.485/2011

Art. 29. A atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado é livre para empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, sendo regida pelas disposições previstas nesta Lei, na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e na regulamentação editada pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.

Parágrafo único. A Anatel regulará e fiscalizará a atividade de distribuição.

LGT

Art. 135. A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Parágrafo único. Os compromissos a que se refere o caput serão objeto de regulamentação pela Agência, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

Vale ressaltar que não há nenhum dispositivo da Lei nº 12.485/2011 que vede ou mesmo restrinja a aplicabilidade do art. 135 da LGT. Portanto, é inquestionável a possibilidade jurídica de a Anatel vincular a expedição de autorização para a exploração do SeAC à assunção, pelo interessado, de compromissos de cobertura/abrangência, desde que respeitados o interesse da coletividade e os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

Para delimitar o interesse da coletividade no presente caso, não podemos deixar de considerar as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo. Nesse sentido, colaciono o art. 6º do Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, que instituiu o Programa Nacional de Banda Larga, política pública prioritária do Governo Federal:

*Art. 6º A Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, de acordo com as competências estabelecidas pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, implementará e executará a regulação de **serviços de telecomunicações e da infraestrutura de rede de suporte de conexão à Internet em banda larga, orientada pelas seguintes diretrizes:***

I - promoção da concorrência e da livre iniciativa;

II - estímulo a negócios inovadores que desenvolvam o uso de serviços convergentes;

III - adoção de procedimentos céleres para a resolução de conflitos;

IV - obrigatoriedade do compartilhamento de infraestrutura;

V - gestão de infraestrutura pública e de bens públicos, inclusive de radiofrequência, de forma a reduzir os custos do serviço de conexão à Internet em banda larga; e

VI - ampliação da oferta de serviços de conexão à Internet em banda larga na instalação da infraestrutura de telecomunicações.

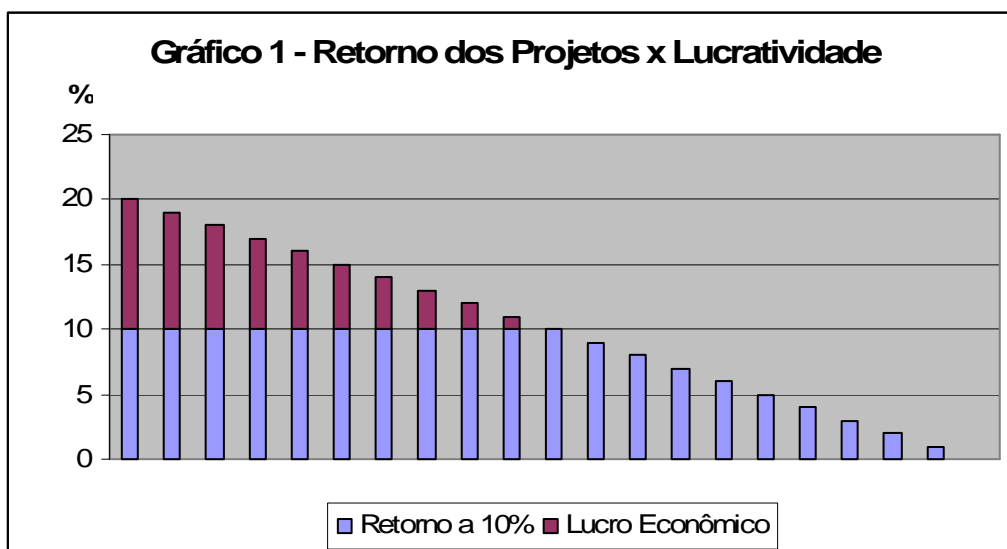
Esse dispositivo é importante porque as redes terrestres de telecomunicações utilizadas para a prestação do SeAC são capazes de dar suporte à conexão à internet em banda larga. Tal fato, inclusive, baseou todo o forte movimento de abertura do mercado de TV a cabo feito pela Anatel a partir da metade de 2010, no qual se buscou um incremento no investimento em redes de telecomunicações de nova geração, capazes de transmitir dados em alta velocidade.

Dessa forma, a pergunta que esta Agência deve responder, neste momento, é: a imposição de compromissos para os interessados na autorização para a prestação do SeAC, nos termos do art. 135 da LGT, elevará ou reduzirá o nível de investimentos em redes terrestres de telecomunicações? Nesse sentido, teço as seguintes considerações.

A Anatel possui um histórico bastante positivo em relação à previsão de compromissos de abrangência, sobretudo no Serviço Móvel Pessoal - SMP. Não há registro de que tais obrigações tenham reduzido o interesse dos investidores no segmento móvel. Ao contrário, serviços de telecomunicação móvel em cidades em que não eram atendidas começaram a ser providos, o que requereu, obviamente, um nível maior de investimentos.

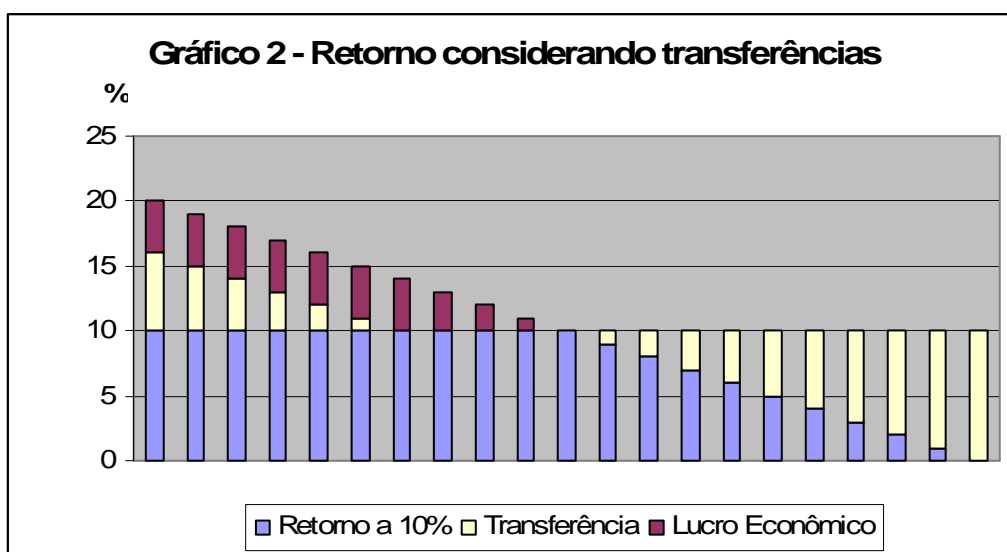
Esta relação entre criação de compromissos de abrangência e aumento do nível de investimentos está longe de ser pacífica na discussão econômica especializada. Segundo uma linha mais ortodoxa e liberal, a previsão deste tipo de regra cria nítidos desincentivos ao investimento. Porém, a prática da Anatel na execução das políticas públicas definidas pelo Ministério das Comunicações e pela Presidência da República mostra o contrário: o nível de cobertura nos centros urbanos mais lucrativos manteve-se o mesmo (não há sinal de desatendimento), e cidades que antes não eram atendidas passaram a ser, o que implica maior volume de investimento.

Alguns gráficos simples podem explicar esta relação. O Gráfico 1 abaixo procura exemplificar a decisão de investimento do empreendedor privado. Considerando cada projeto individualmente, o empreendedor investe até o ponto em que a taxa de retorno do investimento equivale à taxa esperada pelo investidor. Em geral, a teoria econômica considera que esta taxa esperada é aquela definida competitivamente pelo mercado, isto é, uma taxa média de mercado. No exemplo, consideramos 10% ao ano como o nível mínimo exigido pelo mercado para que um projeto seja viável do ponto de vista econômico. Projetos abaixo deste patamar não são realizados, e o que excede este patamar é considerado “lucro econômico”. Vale notar que pela teoria microeconômica mais tradicional, em um ambiente livre de falhas de mercado, este lucro econômico tende a zero, devido às pressões exercidas pelos demais investidores nos mercados de maior atratividade.



Entretanto, é notório que o setor de telecomunicações é caracterizado pela presença de falhas de mercado, tais como a existência de barreiras à entrada e a tendência ao monopólio ou oligopólio. Tais falhas, inclusive, justificam em parte a própria atuação da Anatel.

Em um setor em que existem falhas de mercado, políticas públicas tais como a criação de transferências pode aumentar o bem-estar da sociedade. Estas falhas garantem a existência de lucros econômicos e supra-competitivos, que não são derivados da eficiência do investidor, mas sim decorrem justamente destas falhas. No Gráfico 2 abaixo, parte dos lucros supra-competitivos pode ser direcionada para viabilizar projetos que, a princípio, não seriam lucrativos se considerados isoladamente.



No Gráfico 2, as transferências complementam o retorno dos projetos menos lucrativos, viabilizando, no limite, uma quantidade bastante superior deles. Isto é particularmente verdadeiro num cenário em que um grande volume financeiro está associado aos mercados mais lucrativos (como os grandes centros urbanos) e os projetos menos atrativos, embora em maior número, requerem menor quantitativo de investimentos por projeto.

Essa transferência opera-se pela mudança da decisão de investimento, que ao invés de considerar cada projeto isoladamente, considera um conjunto de projetos atrativos e não atrativos. Por exemplo, no Gráfico 2, se considerarmos que a decisão de investimento deve envolver a totalidade de projetos, isto é, envolver tanto aqueles cuja taxa esteja acima de 10% quanto abaixo deste patamar, basta que o conjunto de projetos de investimento considerado como um todo esteja acima dos 10% para que um nível mais elevado de investimento e bem-estar seja alcançado. Os compromissos de abrangência do SMP utilizam-se deste mecanismo: transformam a decisão de investir, que seria realizada considerando cada cidade de forma individual, em uma decisão de investimento em um conjunto mais amplo de cidades. Ao agregar tanto áreas individualmente atrativas quanto não atrativas em um conjunto de projetos agregados de investimento que atendem ao patamar mínimo exigido pelo mercado, a Anatel garantiu que todas as cidades do país fossem atendidas pelo SMP.

Contudo, o fato de que esse tipo mecanismo vem sendo utilizado nas licitações de radiofrequência para o SMP não garante sua eficácia no caso do SeAC. No caso do SMP, são feitas estimativas para definir o preço mínimo da licitação. Evidentemente, erros nessas estimativas são corrigidos pelos ágios (subestimação), ou pela ausência de interessados (superestimação). No caso de SeAC a imposição de compromissos pode gerar uma ausência de interessados ou a opção pelo uso por tecnologias que não privilegiam a expansão das redes terrestres, como será discutido mais a frente neste voto.

Se levarmos em consideração que o provimento de serviços de telecomunicações está associado a externalidades positivas geradoras de desenvolvimento econômico, como sustentam diversos estudos, inclusive do Banco Mundial, tais políticas podem se viabilizar para um conjunto ainda maior de projetos (cidades). Para tanto é necessário avaliar aspectos dinâmicos e não só aqueles meramente estáticos. Por um olhar estático, cada unidade monetária (R\$ 1,00) transferida implica simples transferência de recursos. A transferência em si não cria valor econômico. Por um olhar dinâmico, no entanto, a transferência entre locais com níveis diferenciados de desenvolvimento econômico pode sim criar valor econômico. Ou seja, ao efetuar-se a transferência, ao R\$ 1,00 transferido aplicar-se-ia um multiplicador superior à unidade (>1).

Embora o cálculo de viabilidade econômica de projetos quantificando tais aspectos dinâmicos seja extremamente complexo, pois envolveria calcular o potencial de dinamização da economia derivada da transferência, é possível afirmar com elevado grau de certeza que tal cálculo resulta em um valor positivo. A existência de programas como o PNBL, tanto no Brasil como no exterior, aponta numa aposta de que o valor econômico do acesso a serviços de telecomunicações, notadamente à Internet em altas velocidades, é superior ao valor financeiro necessário para o seu provimento. Dado que o SeAC é um

serviço de telecomunicações e está muito associado a outros serviços com alto potencial de dinamização, como a Internet banda larga, não é improvável que políticas como compromissos de abrangência possam trazer ganhos de bem-estar também em relação ao SeAC.

Desta forma, baseado no exposto acima, seria possível jurídica e economicamente estabelecer compromissos de cobertura/abrangência para as prestadoras de SeAC desde que o nível dos compromissos estivesse atrelado ao ganho excedente das prestadoras decorrente da exploração do serviço nas áreas de maior rentabilidade, assegurando uma rentabilidade média do projeto que garantisse o interesse dos possíveis investidores.

Além deste ponto é necessário destacar que existem alguns riscos associados com a imposição de compromissos de abrangência e de cobertura do SeAC, uma vez que por se tratar de um serviço convergente, que pode utilizar diversas tecnologias, a preferência dos investidores poderia ser focada em alternativas que naturalmente já possuem maior cobertura e abrangência, como é o caso do DTH, em detrimento de outras soluções que demandariam a construção de redes terrestres.

Desta forma, a imposição de compromisso de cobertura e abrangência, ignorando questões tecnológicas, poderia reduzir os investimentos na ampliação da capacidade e capilaridade das redes de telecomunicações terrestres fundamentais para a ampliação do acesso à Internet em banda larga.

Outra questão importante é que parece claro que os compromissos de cobertura/abrangência não devem ser impostos de forma generalizada a todos os prestadores do SeAC, sob pena de serem criadas grandes barreiras à entrada de novos competidores, notadamente aqueles de pequeno porte, e de serem inviabilizados modelos de negócio baseados em nichos de mercado não atendidos pelas grandes prestadoras. Portanto, como premissa que já é possível estabelecer, a existência de compromissos deve ser limitada aos grandes grupos econômicos.

É importante destacar que, longe de violar o princípio da igualdade estabelecido no parágrafo único do art. 135 da LGT, tal corte por tamanho do grupo econômico o materializa, já que estaríamos tratando os desiguais de forma desigual e na medida de sua desigualdade.

Ademais, não parece razoável utilizar assimetrias associadas ao enquadramento da prestadora ou do grupo como detentores de Poder de Mercado Significativo (PMS). Tal conceito é bem aplicado para se evitar ou corrigir falhas de mercado e cercear o abuso do poder de mercado, mas não aplicável quando o principal objetivo dos compromissos de cobertura/abrangência está associado a expansão das redes e do serviço para um número cada vez maior de usuários.

No caso em análise, como bem ressaltado pelo Relator na alínea “k” de suas considerações sobre o tema, não foram realizados estudos que permitam estabelecer o nível adequado dos compromissos sem prejudicar a atratividade do serviço. Ou seja, ao se tentar estabelecer esses compromissos sem uma base sólida poderia se criar um cenário de pouco interesse pela prestação desse serviço e até mesmo direcionar os investimentos para a utilização de tecnologias não alinhadas com a principal política pública estabelecida no PNBL de expansão das redes de telecomunicações de suporte à banda larga.

Desta forma, reconhecendo a importância deste tema e a necessidade de um maior aprofundamento dos estudos, proponho que sejam submetidas à consulta pública, em conjunto com a proposta de Regulamento do SeAC, um questionário na forma apresentada abaixo, cujas respostas poderão auxiliar a Anatel no posicionamento sobre este importante tema:

- 1) Como deveriam ser definidos os compromissos para prestadores de SeAC pertencentes a grandes grupos econômicos, de forma a torná-los economicamente viáveis e maximizar investimentos na ampliação das redes terrestres de telecomunicações?
- 2) Nesse sentido:
 - 2.1) Quais tipos de compromissos de prestação do SeAC por meio de redes terrestres de telecomunicações seriam mais adequados:
 - Abrangência geográfica dentro da Área de Prestação do Serviço, na forma de atendimento de grupos que incluam municípios de maior e de menor atratividade econômica?
 - Cobertura dentro de uma Área de Abrangência de Atendimento, na forma de um percentual de domicílios com disponibilidade do serviço?
 - Atendimento de estabelecimentos públicos ou de utilidade pública na Área de Abrangência de Atendimento?
 - 2.2) Qual o critério para determinação dos grandes grupos econômicos a serem afetados por esses compromissos?
 - 2.3) Qual seria o nível adequado desses compromissos?
 - 2.4) Qual seria o prazo adequado para atendimento desses compromissos?
 - 2.5) Quais seriam as vantagens e desvantagens da imposição desses compromissos?
 - 2.6) Quais seriam mecanismos eficazes para o acompanhamento e fiscalização do cumprimento desses compromissos?

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto acima voto por:

- a) Acompanhar integralmente o voto do Relator contido na Análise 45/2011-GCMB, de 02/12/2011; e
- b) Propor a incorporação à consulta pública proposta pelo Relator de questionário nos moldes proposto no item 3.2 deste Voto.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO