

São Paulo, 18 de outubro de 2004.

**À Agência Nacional de Telecomunicações ("ANATEL"),
Superintendência de Serviços Privados,
SAUS Quadra 6, Bloco F, - Biblioteca,
70070-940 - Brasília, DF.**

**Ref.: Consulta Pública nº 548, de 13 de julho de 2004 - Proposta de Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada
Consulta Pública nº 549, de 13 de julho de 2004 - Proposta de Alteração do Regulamento Geral de Interconexão, do Regulamento de Remuneração pelo Uso das Redes das Prestadoras do STFC, e da Norma Critérios de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras do Serviço Móvel Pessoal – SMP.**

Prezados Senhores,

A Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações - ABDI ("ABDI") tem o prazer de encaminhar para apreciação de V.Sas., seus comentários e sugestões às propostas de Regulamentos em referência, apresentadas pela ANATEL, por meio das Consultas Públicas nº 548 e 549.

A ABDI, antes de expor seus comentários, parabeniza a iniciativa da ANATEL em realizar audiências públicas em diversas capitais brasileiras, que, de forma muito organizada, tanto esclareceram a comunidade e os participantes do mercado quanto às principais questões enfrentadas pelas propostas.

Sugerimos, entretanto, que em oportunidades futuras a ANATEL realize este educativo e proveitoso processo de audiências públicas imediatamente após a publicação da respectiva consulta pública o que permitiria um debate de melhor qualidade pela sociedade, com a compreensão da exata intenção da ANATEL com a edição de uma nova regulamentação.

Dividiremos nossos comentários em duas partes. Na primeira parte, anexada à presente como Apêndice I, apresentamos sugestões específicas a respeito das Consultas Públicas nº 548 e 549. Na segunda, anexada como Apêndice II, comentaremos o conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS, introduzido em ambas as consultas.

Permanecemos à inteira disposição de V. Sas. para prestar quaisquer esclarecimentos que sejam necessários e para de qualquer modo colaborar com a ANATEL.

Atenciosamente,

Raphael de Cunto
Coordenador da Comissão de Estudos sobre Telecomunicações

Apêndice I
Comentários às Consultas Públicas nº 548 e 549/2004

I – CONSULTA PÚBLICA No. 548:

1) Art. 5º., Parágrafo Único – Sugerimos que esse artigo detalhe melhor em que situações a multa seria aplicada. Por exemplo, o limite seria aplicável mesmo na hipótese de rescisão com justa causa, em que uma das partes se encontra inadimplente?

2) Art. 7º., §3º - Sugerimos a exclusão do parágrafo.

Justificativa: Por ocasião do “caput” desse artigo, estabelece a Agência, como presunção de vedação à concessão de descontos pelas prestadoras de STFC, a hipótese de os mesmos se basearem em critérios subjetivos. Dessa forma, existe um certo contrasenso do disposto no “caput” com o disposto no parágrafo 3º, na medida em que a Anatel propõe vedar a concessão de descontos por volume de tráfego cursado entre as redes e por valor total devido em decorrência da interconexão, que são critérios objetivos e não subjetivos. Assim sendo, sugere a ABDI sejam excluídas as referidas vedações, posto que baseadas em critérios objetivos. Entretanto, caso a preocupação dessa Agência remonte ao fato de os volumes estabelecidos e os valores totais estabelecidos pelas prestadoras, para a concessão dos descontos, serem inatingíveis por muitos outros prestadores concorrentes, sugere a ABDI que a Agência estabeleça, para ambas as hipóteses, a adoção de plano de descontos proporcionais pelas prestadoras de STFC. A idéia de simplesmente proibir a adoção dos referidos critérios objetivos para a adoção de descontos, além de confrontar diretamente com o direito garantido às prestadoras do STFC (de conceder descontos), não parece à ABDI, a melhor forma de resolver o suposto problema específico..

3) Artigos 8º. a 11º. – Vide Apêndice II abaixo.

II – CONSULTA PÚBLICA No. 549 - ANEXO “A” – PROPOSTA DE REGULAMENTO GERAL DE INTERCONEXÃO:

1) Art. 10 – Sugerimos a inclusão nesse artigo de um parágrafo 4º com a seguinte redação:

“Caso entenda necessário, a Agência poderá, a qualquer tempo, solicitar à prestadora sejam promovidas alterações, ajustes, complementos ou esclarecimentos acerca da Oferta Pública de Interconexão por ela apresentada.”

Justificativa: A ABDI julga importante a inclusão desse parágrafo de modo a assegurar à Agência o direito de, a qualquer tempo, requerer a adequação dos termos das Ofertas Públicas disponibilizadas pelas prestadoras.

2) Art. 15, §4º - Sugerimos seja dada a seguinte redação:

“Caso o benefício do parágrafo anterior seja aplicável às duas prestadoras interconectadas na troca de tráfego entre elas, deverá ser considerado o disposto no caput desse artigo.”

Justificativa: A nova redação sugerida pela ABDI visa deixar mais claro o entendimento disposto no referido parágrafo.

3) Art. 23 – Sugerimos que a redação seja alterada parcialmente da seguinte forma:

*“As prestadoras de Serviço de Telecomunicação Móvel de Interesse Coletivo devem solicitar Interconexão junto às prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado, **que atuem na mesma área de prestação ou em parte dela**, conforme regulamentação.”*

Justificativa: Entende a ABDI que a manutenção da expressão “quando aplicável” dá abertura a diferentes interpretações, gerando confusão na adoção do dispositivo pelas prestadoras. Dessa forma, julga conveniente restar esclarecido o que significaria a expressão “quando aplicável” contida no “caput” do artigo, o que admite a ABDI cuide exclusivamente da hipótese em haja algum tipo de coincidência geográfica (total ou parcial) entre as prestadoras.

4) Art. 25, §2º - Sugerimos que a redação seja alterada parcialmente da seguinte forma:

*“O tráfego entre prestadora(s) de detenha(m) áreas de **prestação** distintas deve ser encaminhado à prestadora de Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional, salvo disposição em contrário contida na regulamentação.”*

Justificativa: Tendo em vista que o tráfego entre áreas distintas de uma mesma prestadora móvel de interesse coletivo também deve ser encaminhado pela prestadora de STFC, julga a ABDI importante que a nova versão do dispositivo venha esclarecer esse

ponto, de modo a restar claro que o encaminhamento do tráfego pela prestadora do STFC entre áreas de prestação distintas se dá tanto na hipótese das respectivas áreas distintas pertencerem a prestadoras distintas, quanto na hipótese de pertencerem a uma mesma prestadora. Sugere ainda a ABDI a alteração da expressão “exploração” por “prestação”, por se tratar se de nomenclatura definida e padronizada.

5) Art. 25, §3º - Sugerimos a inclusão da seguinte expressão nesse parágrafo:

“O tráfego internacional originado ou terminado em redes das prestadoras referidas no caput, deve ser encaminhado por prestadora de Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Internacional, salvo disposição em contrário contida na regulamentação.”

Justificativa: Entende a ABDI que a redação original desse parágrafo pode dar margem a diferentes interpretações. Dessa forma, sugere, seja feita a especificação do serviço de telecomunicações envolvido.

6) Art. 26 - Sugerimos a inclusão da seguinte expressão nesse artigo:

“As prestadoras de outros serviços de telecomunicações de interesse coletivo, que não STFC ou móvel de interesse coletivo, podem, nos termos da regulamentação, realizar Interconexão de suas redes para cursar tráfego, originado e terminado em suas redes.”

Justificativa: Dando continuidade ao processo adotado pela Agência nos artigos anteriores, de reafirmar a especificação dos serviços envolvidos em cada classe de interconexão, a fim de evitar a necessidade de o intérprete da norma ter de buscar a extensão do dispositivo com a interpretação conjugada do artigo 4.º do RGI, sugere a ABDI seja incluída a especificação do serviço envolvido também nesse artigo.

7) Art. 26, §2º - Sugerimos a inclusão da seguinte expressão nesse parágrafo:

“A ligação entre Redes de Telecomunicações de suporte à Internet das prestadoras referidas no caput é considerada interconexão classe V.”

Justificativa: Entende a ABDI que a redação original desse parágrafo pode dar margem a diferentes interpretações. Dessa forma, sugere, mais uma vez, seja feita a especificação do serviço de telecomunicações envolvido.

8) Art. 40 – Sugerimos a inclusão da seguinte expressão nesse artigo:

“As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo devem tornar disponível, em condições justas e não discriminatórias, facilidades, tais como cabos, fibras, dutos, postes, torres dentre outras, para uso, quando solicitado, pelas prestadoras de Serviços de Telecomunicações de Interesse Coletivo com a finalidade específica destas construírem suas redes.”

Justificativa: Sugere a ABDI a inclusão acima, de modo a serem adotadas expressões já definidas e padronizadas pela Agência.

9) Art. 46, § 2º - Sugerimos a alteração da palavra “sanções” por “penalidades”, nos seguintes termos:

“§ 2º. Em função de situações específicas, incluindo alteração da capacidade inicialmente contratada, e de comum acordo, as partes podem, no contrato de interconexão, alterar o prazo previsto no caput ou a aplicação de penalidades relativas ao seu descumprimento.”

Justificativa: A ABDI entende que houve um equívoco em utilizar a palavra sanção, quando o permitido em um instrumento contratual entre particulares fosse a expressão penalidades.

10) Art. 46. § 3º - Sugerimos seja dada nova redação ao parágrafo 3º, nos seguintes termos:

§ 3º. A prestadora que requerer determinado nível de capacidade, mesmo em casos de aumento de circuitos já existentes, deve atingir nível de utilização de 70% (setenta por cento) da capacidade pleiteada em cada pedido, em até 180 (cento e oitenta) dias corridos, contados da data em que esteja operacional a plena Interconexão referente ao pedido.

Justificativa: A ABDI entende que, com as inclusões sugeridas acima, fica afastada qualquer possibilidade de discussão sobre a extensão do cálculo de utilização da capacidade.

11) Art. 42, §4º - Sugerimos a inclusão da seguinte expressão nesse parágrafo:

“Após a homologação, cópia do contrato de Interconexão, bem como suas alterações posteriores, estarão disponíveis na Biblioteca e no site da ANATEL para consulta do

público em geral, sendo resguardado o sigilo comercial quando concedido pela Anatel.”

Justificativa: A disponibilização dos contratos de interconexão entre as prestadoras, de forma atualizada, no site da Anatel é ferramenta indispensável para que seja assegurado, a todos os prestadores e demais agentes do setor, o pleno direito de acesso ao conteúdo dos mesmos, bem como tornar menos oneroso o exercício dessa prerrogativa. Uma alternativa seria a de a Agência imputar obrigação a todas as prestadoras de disponibilizarem, em seus respectivos Sites (em link especificado), versão eletrônica de todos os contratos de interconexão por elas firmados no país.

12) Art. 48 – Quando da publicação da presente Consulta Pública, propondo alteração nas regras de remuneração das redes do STFC e do SMP, havia uma expectativa de que a Anatel definisse, conjuntamente, as regras de remuneração pelo uso das redes do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, bem como realizasse também a revisão da regulamentação de remuneração do Serviço Móvel Especializado – SME. Sendo assim, gostaria a ABDI de sugerir a realização desses trabalhos, como forma de fomentar a competição no setor de telecomunicações como um todo.

13) Anexo III (Processo de Arbitragem), Art. 11 - Sugerimos a inclusão da seguinte expressão nesse artigo:

*“As decisões são tomadas por maioria, **devendo** o árbitro que divergir declarar seu entendimento, que será motivado, em separado.”*

Justificativa: A ABDI entende importante haver consignado o dever, e não somente a faculdade, de o árbitro que tenha seu voto vencido manifestar seu entendimento, de forma motivada, em separado, em consonância com os princípios que regem a atuação da Agência, em especial o da publicidade (art. 19, LGT).

III - ANEXO “B” – PROPOSTA DE REGULAMENTO DE REMUNERAÇÃO DE USO DE REDES DO SMP:

1) Art. 2º, inciso IV - Sugerimos a inclusão da seguinte expressão nesse inciso:

*“Entidade Devedora: Entidade titular da receita **do serviço**, que deve valor à Entidade Credora pelo uso de rede desta última na realização de uma Chamada Inter-redes.”*

Justificativa: Entende a ABDI ser importante a inclusão da expressão acima, para restar claro que a receita a que se refere o dispositivo refere-se à receita do serviço prestado através da rede da Entidade Credora e não (como é possível se confundir) à receita da própria interconexão.

2) **Art. 2º, inciso V** - Ver Apêndice II abaixo.

3) **Art. 2º, inciso VII** - Ver Apêndice II abaixo.

4) **Art. 3º, § 2º** - Sugerimos a inclusão da seguinte expressão nesse parágrafo:

“No relacionamento entre prestadoras de SMP, em uma mesma Área de Registro, não é devido VU-M, ficando as prestadoras com as suas respectivas receitas do serviço na realização das chamadas inter-redes.”

Justificativa: Entende a ABDI ser importante a inclusão da expressão acima, para restar claro que a receita a que se refere o dispositivo refere-se à receita do serviço prestado com o uso da rede da outra prestadora de SMP.

5) **Art. 4º, § 2º** - Sugerimos a exclusão desse parágrafo.

Justificativa: Por ocasião do “caput” desse artigo, estabelece a Agência, como presunção de vedação à concessão de descontos pelas prestadoras de STFC, a hipótese de os mesmos se basearem em critérios subjetivos. Dessa forma, existe um certo contrasenso do disposto no “caput” com o disposto no parágrafo 2º, na medida em que a Anatel propõe vedar a concessão de descontos por volume de tráfego cursado entre as redes e por valor total devido em decorrência da interconexão, que são critérios objetivos e não subjetivos. Assim sendo, sugere a ABDI sejam excluídas as referidas vedações, posto que baseadas em critérios objetivos. Entretanto, caso a preocupação dessa Agência remonte ao fato de os volumes estabelecidos e os valores totais estabelecidos pelas prestadoras, para a concessão dos descontos, serem inatingíveis por muitos outros prestadores concorrentes, sugere a ABDI que a Agência estabeleça, para ambas as hipóteses, a adoção de plano de descontos proporcionais pelas prestadoras de STFC. A idéia de simplesmente proibir a adoção dos referidos critérios objetivos para a adoção de descontos, além de confrontar diretamente com o direito garantido às prestadoras do STFC (de conceder descontos), não parece à ABDI, a melhor forma de resolver o suposto problema específico..

6) Art. 4º, § 4º - Sugerimos seja dada a seguinte redação ao parágrafo ou até mesmo a sua exclusão:

*“O valor do desconto obtido pela Entidade Devedora **poderá** ser integralmente deduzido do **preço cobrado dos usuários** nas chamadas em que for aplicável o VU-M com desconto.”*

Justificativa: Da leitura do texto original desse parágrafo, entende-se que o desconto da VU-M será repassado compulsoriamente aos preços que chamou a Agência “de público”. Para a ABDI, trata-se de uma intervenção drástica da Anatel, no caso das autorizadas, submetidas ao regime de liberdade de preços, e que contraria o artigo 129 da LGT e ainda o previsto no artigo 13 do Anexo da Resolução no. 235/2000, que trata das Diretrizes para Implementação do Serviço Móvel Pessoal e ainda o artigo 31 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP – Resolução no. 316/2002.

Quanto à utilização da expressão “preço de público”, a ABDI entende que se trata de um conceito não previsto no ambiente regulatório de telecomunicações. A expressão não fora usada na Resolução 319/2002, que trata dos critérios de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras do SMP e nem na Resolução 033/1998 que trata dos critérios de Remuneração pelo Uso das Redes das Prestadoras. Assim sendo, recomenda a ABDI a substituição da expressão.

7) Art. 7º - Sugerimos seja dada a seguinte redação ao artigo parágrafo ou até mesmo a sua exclusão:

*“Quando da alteração do VU-M, a redução de seu valor real, se houver, **pode** ser integralmente deduzida do **preço cobrado dos usuários** nas chamadas em que for aplicável.”*

Justificativa: Da leitura do texto original desse parágrafo, entende-se que o desconto da VU-M será repassado compulsoriamente aos preços que chamou a Agência “de público”. Para a ABDI, trata-se de uma intervenção drástica da Anatel, no caso das autorizadas, submetidas ao regime de liberdade de preços, e que contraria o artigo 129 da LGT e ainda o previsto no artigo 13 do Anexo da Resolução no. 235/2000, que trata das Diretrizes para Implementação do Serviço Móvel Pessoal e ainda o artigo 31 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP – Resolução no. 316/2002.

Quanto à utilização da expressão “preço de público”, a ABDI entende que se trata de um conceito não previsto no ambiente regulatório de telecomunicações. A expressão não fora usada na Resolução 319/2002, que trata dos critérios de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras do SMP e nem na Resolução 033/1998 que trata dos critérios de

Remuneração pelo Uso das Redes das Prestadoras. Assim sendo, recomenda a ABDI a substituição da expressão.

8) Art. 11, §1º - Sugerimos a exclusão desse parágrafo.

Justificativa: Há incompatibilidade desse dispositivo com a regulamentação do SMP, uma vez que um mesmo Grupo não pode deter mais de uma licença de SMP na mesma área geográfica, nos termos do artigo 8º do Plano Geral de Autorizações do SMP (Res. 321/2002).

9) Art. 13, § 5º - Sugerimos a exclusão desse parágrafo.

Justificativa: Novamente neste caso, a ABDI entende que se trata de uma intervenção drástica da Anatel, no caso das autorizadas, submetidas ao regime de liberdade de preços, e que contraria o artigo 129 da LGT e ainda o previsto no artigo 13 do Anexo da Resolução no. 235/2000, que trata das Diretrizes para Implementação do Serviço Móvel Pessoal e ainda o artigo 31 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP – Resolução no. 316/2002. Assim sendo, sugere a ABDI a sua exclusão.

10) Art. 20 - Sugerimos a retificação do prazo inicial do artigo:

*“Até **31 de dezembro de 2005**, no relacionamento entre prestadoras de SMP, em uma mesma Área de Registro, somente será devido o VU-M quando o tráfego sainte, em dada direção, for superior a 55% (cinquenta e cinco por cento) do tráfego total cursado entre as prestadoras.”*

Justificativa: A Anatel divulgou, em seu “press release” de 30/06/2004, que a regra do “full bill and keep” entre prestadoras do SMP locais seria adiada para 01 de janeiro de 2006. Dessa forma, caso mantida a proposta da Anatel de adiar a data de adoção do “full bill and keep” para o SMP e de coincidir com a proposta de introdução do “full bill and keep” entre as prestadoras do STFC Local, a ABDI chama a atenção da Agência para retificar o prazo inicial estabelecido no artigo.

IV - ANEXO “C” – PROPOSTA DE REGULAMENTO DE REMUNERAÇÃO DE USO DE REDES DO STFC:

1) Art. 2º, inciso VII - Sugerimos a inclusão da seguinte expressão nesse inciso:

“Entidade Devedora: Entidade titular da receita do serviço, que deve valor à Entidade Credora pelo uso de rede desta última na realização de uma Chamada Inter-Redes.”

Justificativa: Entende a ABDI ser importante a inclusão da expressão acima, para restar claro que a receita a que se refere o dispositivo refere-se à receita do serviço prestado através da rede da Entidade Credora e não (como é possível se confundir) à receita da própria interconexão.

2) Art. 2º, inciso IX – Ver Apêndice II abaixo.

3) Art. 2º, inciso XI - Ver Apêndice II abaixo.

4) Art. 2º, inciso XIV - Sugerimos a correção da seguinte expressão nesse inciso:

“Rede de Assinantes: conjunto formado pelos aparelhos telefônicos, linhas de assinantes, fonte de alimentação e seus meios de interligação às centrais telefônicas correspondentes, todos pertencentes a uma mesma estação telefônica. Incluem-se nessa rede as centrais privadas de comutação telefônica (CPCT), as centrais satélites, e os concentradores de linha com seus respectivos troncos.”

Justificativa: Correção ortográfica.

5) Art. 3º, § único - Sugerimos a inclusão da seguinte expressão nesse parágrafo:

“No relacionamento entre prestadoras de STFC na modalidade Local, na realização de chamadas locais não é devida TU-RL, ficando as prestadoras com as suas respectivas receitas do serviço na realização das chamadas inter-redes.”

Justificativa: Entende a ABDI ser importante a inclusão da expressão acima, para restar claro que a receita a que se refere o dispositivo refere-se à receita do serviço prestado com o uso da rede da outra prestadora de STFC.

6) Art. 7º, § 2º - Sugerimos a exclusão desse parágrafo.

Justificativa: Por ocasião do “caput” desse artigo, estabelece a Agência, como presunção de vedação à concessão de descontos pelas prestadoras de STFC, a hipótese de os mesmos se basearem em critérios subjetivos. Dessa forma, existe um certo contrasenso do disposto no “caput” com o disposto no parágrafo 2º, na medida em que a Anatel propõe vedar a concessão de descontos por volume de tráfego cursado entre as redes e

por valor total devido em decorrência da interconexão, que são critérios objetivos e não subjetivos. Assim sendo, sugere a ABDI sejam excluídas as referidas vedações, posto que baseadas em critérios objetivos. Entretanto, caso a preocupação dessa Agência remonte ao fato de os volumes estabelecidos e os valores totais estabelecidos pelas prestadoras, para a concessão dos descontos, serem inatingíveis por muitos outros prestadores concorrentes, sugere a ABDI que a Agência estabeleça, para ambas as hipóteses, a adoção de plano de descontos proporcionais pelas prestadoras de STFC. A idéia de simplesmente proibir a adoção dos referidos critérios objetivos para a adoção de descontos, além de confrontar diretamente com o direito garantido às prestadoras do STFC (de conceder descontos), não parece à ABDI, a melhor forma de resolver o suposto problema específico.

7) Art. 11 - Ver Apêndice II abaixo.

8) Art. 13, §1º - Sugerimos a exclusão desse parágrafo.

Justificativa: Há incompatibilidade desse dispositivo com a Resolução nº 283/2001, uma vez que um mesmo Grupo não pode deter mais de uma licença de STFC na mesma área geográfica, nos termos do artigo 9º do regulamento mencionado.

9) Art. 23 – A ABDI chama a atenção sobre a necessidade de definição pela Anatel de regra de transição da TU-RL para as Autorizadas, posto que restou indefinido para o ano de 2006.

10) Art. 24 – A ABDI chama a atenção sobre a necessidade de definição pela Anatel de regra de transição da TU-RL para as Autorizadas, posto que restou indefinido para o ano de 2007.

Apêndice II
Consultas Públicas nº 548 e 549/2004 - Comentários a respeito do
conceito de Poder de Mercado Significativo

O novo modelo regulatório sob consulta visa estabelecer regulação incidental e supletiva, aplicável nas hipóteses em que estejam ausentes as condições de livre mercado. Nessa medida, em detrimento do modelo anterior, que propõe uma regulação por tipo de contrato, o novo marco regulatório para o setor de telecomunicações impõe que a Anatel regule prestadoras individuais ou grupos de prestadoras com *PMS* (poder de mercado significativo).

Segundo as linhas gerais das propostas de regulamento, a identificação dos grupo com *PMS*, portanto suscetíveis à regulação, se dará a partir da análise de *características subjetivas* dos grupos de prestadoras ou prestadoras individuais, tais como a participação no mercado e o poder de negociação; *de algumas características do próprio mercado*, tais como a integração vertical, presença ou não de economia de escala e de economia de escopo, existência de barreiras à entrada, da presença de custos para a duplicação da rede; bem como *elementos extra-mercados*, tal como o acesso a fontes de financiamentos. Esses elementos orientarão a Anatel a identificar os grupos com poder de mercado, sobre os quais recairá uma regulação que impeça a tais grupos comportarem-se como monopolistas. Ao que nos parece, estas características serão analisadas em áreas geográficas específicas, tais como as regiões do PGA e PGO dos respectivos serviços (STFC e SMP).

O modelo regulatório que a Anatel pretende adotar, apesar de pautar-se no modelo regulatório europeu que também incide apenas nas situações em que não estão presentes as condições de mercado, deste se distancia dentre outros aspectos por não estabelecer objetivos claros para o marco regulatório que propõe, por não regular o setor de telecomunicações articulando-o com a regulação antitruste e por restringir a identificação dos mercados relevantes aos mercados geográficos em que operam as *PMS*.

Se cotejarmos a proposta de regulação submetida à consulta pela Anatel a algumas diretrizes que norteiam o modelo europeu, notaremos a discrepância de propósitos entre

ambos os modelos. Há no atual quadro regulatório Europeu cinco Diretivas editadas em 2002¹ que regulamentam as condições de acesso, universalização, competição e tratamento de dados pessoais e proteção à privacidade no setor de telecomunicações. Tais diretivas foram elaboradas a partir de um largo aprendizado teórico, prático e jurisprudencial, bem como a partir de sucessivos debates no âmbito da Comunidade Européia, no qual definiu-se alguns princípios orientadores da regulação no setor. A Diretiva Quadro, que os apresenta e sintetiza, enuncia dentre outros objetivos o de garantir a livre concorrência, incentivar investimentos eficazes em infra-estrutura e promover a inovação tecnológica. Para isso, a regulamentação *ex ante* que recai sobre grupos com PMS é definida em articulação com o direito da concorrência, de modo que a regulação será retirada quando deixar de ser necessária. Logo, tal regulação é eminentemente dinâmica e acompanha a definição dos mercados.

Há no âmbito da regulamentação européia um procedimento específico a ser seguido na identificação de grupos com PMS (art. 15 e ss. da Diretiva Quadro) que envolve, previamente, a identificação dos mercados relevantes a partir de etapas e métodos já consagrados na aplicação do direito antitruste. Dito de outro modo, a regulação setorial absorve a experiência já acumulada pelos órgãos de defesa da concorrência, utilizando-a a serviço do setor de telecomunicações, o qual é regulamentado (*ex ante*) e acompanhado (*ex post*).

Como na regulação Comunitária é pré-requisito à identificação de grupos com PMS a caracterização do mercado relevante envolvido, ao procedimento a ser seguido soma-se a definição prévia dos mercados relevantes, os quais são detalhados na própria Recomendação. Esta sugere que na identificação do mercado relevante seja feita uma análise minuciosa das características da oferta e demanda, das tecnologias empregadas e do potencial de que novas tecnologias sejam desenvolvidas. Sugere, ainda, a análise do grau de substituição entre produtos, das barreiras à entrada e da suficiência do direito da concorrência como instrumento de regulação. Nessa medida, no âmbito europeu os mercados são definidos prospectivamente; ou seja, considera-se um horizonte temporal em consonância com o período durante o qual poderão ser impostas soluções regulamentares *ex ante* (há uma seqüência de procedimentos estabelecidos nos arts. 6º e 7º da Diretiva-Quadro para a definição desses mercados). Logo, a definição dos mercados relevantes é dinâmica e pode mudar na medida em que as características dos produtos e serviços evoluam e existam possibilidades de substituição na oferta e na procura, de modo que a identificação do mercado relevante é reexaminada periodicamente e a regulamentação *ex ante* é retirada quando deixa de ser necessária.

¹ (Diretiva-Quadro, Diretiva Autorização, Diretiva Acesso, Diretiva Serviço Universal e Diretiva de tratamento de dados pessoais e proteção a privacidade).

De outro lado, a regulamentação no âmbito europeu está orientada por objetivos de política econômica previamente esclarecidos de modo que a imposição por uma Agência Reguladora de uma obrigação específica a empresa com *poder de mercado significativo* depende da demonstração, pela Agência, de que a obrigação em causa se baseia na natureza do problema identificado e é proporcionada e justificada à luz dos objetivos básicos da autoridade reguladora descritos na Diretiva-Quadro (cf. arts. 8 e 16). Os poderes discricionários de que as autoridades reguladoras dispõem refletem a complexidade de todos os fatores relevantes que devem ser avaliados na identificação dos mercados relevantes e na determinação da existência de empresas com PMS. Este poder discricionário está sujeito e adstrito aos procedimentos previstos nos arts 6º. e 7º. da Diretiva-Quadro. Por fim, pelo fato de as decisões regulamentares *ex ante* terem um impacto no desenvolvimento dos mercados, a fim de prevenir efeitos negativos as autoridades reguladoras devem garantir a implementação das disposições regulatórias a partir de estreita coordenação e cooperação com as autoridades nacionais de defesa da concorrência, com a jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Européias.

Essa experiência européia, no entanto, não serviu de modelo para a proposta de regulação ora submetida à consulta o que traz dúvidas sobre os objetivos da Anatel na regulação, bem como gera ambigüidades quando confrontada ao sistema de defesa da concorrência, na medida em que a identificação dos grupos ou empresas individuais com PMS não está adstrita a identificação de um mercado relevante específico, tampouco a imposição de obrigações a tais grupos é orientada pelos elementos inerentes a esse mercado. Por fim, os critérios elencados nos regulamentos para identificação dos grupos com PMS não parecem considerar o caráter dinâmico das condições de mercado, nem estão sujeitos a revisão, de tempos em tempos, da efetividade de uma decisão que impõe obrigação a grupo de empresas ou empresa individual com PMS, já que as obrigações estão *a priori* previstas nos regulamentos.

Em resumo, a ABDI entende que os critérios para a definição de PMS poderiam ser mais claros e detalhados, de forma a aumentar o grau de certeza e previsibilidade quanto ao alcance da norma proposta, neste aspecto particular. Falta, à norma proposta, a necessária elaboração sobre os critérios para definição de PMS lá indicados, bem como estabelecimento de um procedimento específico para a definição de seus detentores, que atenda claramente aos princípios do devido processo legal e, ressalte-se, que corra em consonância com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Tal evolução, que poderia alinhar-se com os procedimentos previstos na União Européia, é necessária para garantir que os grupos detentores de PMS sejam corretamente identificados, de forma

que a competição seja devidamente estimulada, e nos mercados adequados, para benefício de todo o setor.

Nesse sentido, a ABDI sugere um maior detalhamento dos critérios para definição de PMS e o estabelecimento de um procedimento correspondente. Tal providência pode ocorrer no próprio regulamento ou em regulamento a ser editado posteriormente. Caso se entenda inconveniente detalhar tais critérios e procedimento na consulta em trâmite, então que se indique claramente que tal passo será tomado em momento posterior.