

CONSULTA PÚBLICA nº 626

PMS NA OFERTA DE EILD

TEXTO

Contribuição:

A presente contribuição da Brasil Telecom, além de se referir ao teor da Consulta Pública nº 626/2005 em si, que aborda especificamente o mercado de EILD, tem por objetivo levantar uma discussão mais abrangente sobre o conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS e sua aplicabilidade ou não ao mercado brasileiro de telecomunicações.

Para tanto, além das sugestões ora apresentadas, a empresa busca contribuir com esta d. Anatel e informa ter contratado dois eminentes pareceristas para tratar do tema, especificamente a **Dr^a. Helena de Araújo Lopes Xavier**, ilustre jurista especialista em telecomunicações e o **Dr. Edgard Antônio Pereira**, Professor da Universidade de Campinas – UNICAMP, Mestre e Doutor em Economia Industrial pelo Instituto de Economia Industrial da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e consultor do Banco Mundial e Interamericano de Desenvolvimento para assuntos de Política Industrial, além de há décadas atuar como consultor econômico junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE.

Referidos pareceres estarão sendo apresentados à d. Anatel nos próximos dias e pretende-se que, além de abordar os aspectos jurídico e econômico do PMS no mercado de EILD, sejam estes mais um elemento a despertar a atenção das d. autoridades reguladoras para a absoluta necessidade de maior aprofundamento das discussões acerca do assunto e suas implicações em mercados regulados, sendo certo que a Brasil Telecom espera que a Consulta Pública nº626/2005, ora *in comento*, seja apenas uma de muitas oportunidades em que as empresas atuantes no setor de telecomunicações possam ser envolvidas na discussão de tão relevante tema, sugerindo, desde já, o aprofundamento das discussões em outros fóruns, inclusive seminários e maiores estudos técnicos, visto que o conceito de PMS e sua aplicação parece ainda ter sido, com a devida vênia, apenas superficialmente analisado.

Assim sendo, apresenta-se a seguir algumas relevantes considerações sobre o tema:

1) DIFERENÇA ENTRE O MODELO EUROPEU E O BRASILEIRO DE EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Na verdade, a terminologia PMS – Poder de Mercado Significativo parece ter sido importada pela Anatel para o texto sob Consulta de forma emprestada do direito comum na União Européia.

Nesse sentido, é preciso registrar que as diferenças entre o regime jurídico de exploração das telecomunicações na Europa e no Brasil são profundas. Na Europa, por exemplo, interessados obtém licença única para prestar todo serviço de telecomunicações, num regime muito menos regulado e muito mais livre de

exploração. As empresas de telecomunicações estão sujeitas às regras comuns do direito da concorrência

A diversidade de premissas que condicionam o Modelo Europeu, tanto em relação às restrições regulatórias de entrada no mercado (licença única vs. classificação legal e tipificação regulatória), às obrigações de interconexão (obrigação geral de negociação vs. imposição legal de interconexão como meio de acesso ao usuário), à prestação de serviço universal (designação de qualquer empresa para assumir, mediante compensação vs. prestação de serviço público de competência da União por meio de concessão), quanto em relação ao modelo de competição (política de concorrência vs. regulação econômico social) não permite a importação do conceito de PMS para o Brasil.

No Brasil, cenário bastante diverso se apresenta no que concerne à aplicação de regras de defesa da concorrência a mercados regulados, em que há a prevalência da denominada "mão visível" do Sistema, termo eminentemente econômico, em detrimento da chamada "mão invisível", que controlaria genericamente os mercados livres.

Como destacado pela i. Professora Helena Xavier em seu parecer, a solução adotada pelo modelo brasileiro de telecomunicações, *"de desconcentração societária com alienação total do controle acionário da estrutura estatal monopolista pré-existente, afasta-se radicalmente da solução europeia de construção de um mercado em torno de uma única operadora, herdeira universal do monopólio público que, em diversos Estados-Membros, só gradativamente tende a deixar de permanecer sob controle estatal.*

O modelo brasileiro é, assim, dotado de identidade própria e não compreende a obrigação legal para nenhum operador, resultante da privatização ou estabelecido com base em novos investimentos, de fornecimento de rede a título de gestão de infra-estrutura neutra, mas tão só no contexto de curso de tráfego da interconexão de suas redes com as de terceiros, à luz dos parâmetros regulatórios aplicáveis às respectivas classes, conforme os serviços interconectados.

A diversa origem e evolução histórica do direito da concorrência europeu e do direito das telecomunicações brasileiro é também fator determinante das profundas diferenças entre os dois sistemas. Enquanto o direito europeu surgiu como um direito da concorrência destinado a eliminar barreiras nacionais à construção de um mercado comum a diversos Estados Soberanos, o nosso direito das telecomunicações foi institucionalizado como um regime especial da concorrência baseado numa regulação econômico-social de direito administrativo num país de dimensões continentais, cujos mercados de telefonia fixa foram institucionalmente organizados por um Plano Geral de Outorgas, editado ao abrigo do art. 84 LGT, dividindo o país em áreas de atuação distintas e separando o serviço de telefone fixo em três modalidades diferenciadas, com obrigações de universalização somente quando prestado em regime público.

2) INAPLICABILIDADE DO CONCEITO DE PMS AO MODELO DE TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRO

O próprio conceito do PMS está em conflito com o regime especial de concorrência que regula o setor de telecomunicações brasileiro, que afasta a aplicação de regras comuns da concorrência previstas na Lei nº 8884/94 quando estas contrariarem o regime jurídico especial do setor.

O direito da concorrência só pode ser aplicado em caráter subsidiário e não supletivo, vez que não pode conflitar com a metodologia regulatória específica do

setor, implicando que na ausência de uma previsão específica da LGT, não se desencadeia a aplicação de normas gerais sem que se esgotem primeiro todas as hipóteses de solução dentro dos princípios subjacentes ao modelo institucional organizado pela Anatel.

O art. 71 da LGT atribuiu à Anatel função de estímulo à concorrência, porém restrita às estruturas empresariais e também para ser exercida por meio da faculdade de estabelecer restrições, limites e condições **apenas** à obtenção e transferência da própria outorga do serviço de telecomunicações

Não existe possibilidade de se aplicar conceitos gerais de direito econômico num setor regulado pelo direito administrativo, sobretudo como vem fazendo a d.Anatel, que busca inovar o conceito de "poder de mercado" quanto aos critérios de julgamento de posição dominantes, sobrepondo-se àqueles utilizados pelo CADE, que estabelece que possui poder de mercado a empresa que detém parcela igual ou superior a 20% de um determinado mercado relevante (art. 20, §§ 2º e 3º da Lei 8884/94), como se detalhará melhor a seguir.

De fato, a posição elevada de mercado das concessionárias nos mercados geográficos definidos pelo PGO não somente é legítima, porque foi eficientemente conquistada, como também **resulta da contraprestação legal destas atingirem ambiciosas metas de universalização dos acessos individuais e coletivos ao STFC**, impostas pelo Decreto nº 2592/98, de 15/05 (PGMU), aplicável exclusivamente às concessionárias de serviço público local, que tiveram o ônus de construir tais acessos, em face da inexistência de um mercado de infra-estrutura de acessos individuais. Como sustenta a i. Professora Helena Xavier em seu Parecer, a posição dominante das concessionárias de STFC nos mercados geográficos definidos pelo PGO *"resulta da obrigação legal de atingir as ambiciosas metas de universalização impostas pelo Plano Geral de Metas de Universalização ("PGMU")"*.

Existe portanto a impossibilidade legal de imposição às concessionárias de **novos** condicionamentos extra-contratuais, bem como a imposição *"ex ante"* de obrigações específicas não previstas na LGT, para mais com base em critérios de direito da concorrência.

Ainda em linha com o quanto sustentado pela Professora Helena Xavier, *"quaisquer limites administrativos que se pretenda impor no mercado de telecomunicações devem ser objeto de lei prévia do Congresso Nacional, previsão essa subordinada ao princípio da legalidade, da tipicidade e da inviolabilidade dos direitos e garantias individuais (arts 5º, "caput" e inciso II, 37 "caput", 170 e 174 CF)"*.

Isto porque, continua a i. Professora, *"....no exercício de sua competência regulatória e concorrencial, a ANATEL não só está vinculada ao Edital de Desestatização MC/BNDES 01/98 (art. 37, XXI, CF) e à obrigação de preservar o equilíbrio econômico-financeiro das concessões, mas deve principalmente nortear-se pelo respeito às garantias fundamentais dos direitos individuais em matéria de atividades econômicas, notadamente quanto ao caráter excepcional da imposição de limites ao exercício de qualquer atividade econômica"*.

Desta forma, discorre-se a seguir sobre a questão da inaplicabilidade do modelo PMS como obrigação suplementar a ser imposta às empresas concessionárias de STFC.

3) INCOMPATIBILIDADE DO MODELO DE REGULAÇÃO EX ANTE, BASEADO NO CONCEITO DE PMS COM O MODELO BRASILEIRO DE COMPETIÇÃO NAS TELECOMUNICAÇÕES

No Brasil, o conceito de “poder de mercado” contido no texto da CP 626/2005 não é compatível com aquele utilizado pelo CADE, para quem uma dada empresa que possui poder de mercado é aquela que detém parcela igual ou superior a 20% de um determinado mercado relevante (art. 20, §§ 2º e 3º da Lei 8884/94).), podendo tal posição ser legitimada quando resultar de processo natural fundando na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores.

De acordo com o § 2º do art. 20 da Lei 8884/94 ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

Com efeito, é preciso ser reconhecido pela Anatel que a identificação das empresas ou grupos de empresas que detém Poder de Mercado Significativo no texto submetido à Consulta observou efetivamente um, e apenas um, critério. Para ser considerado grupo detentor de PMS basta ter em seu grupo uma empresa concessionária de STFC em qualquer modalidade; basta que o empreendedor tenha arrematado algum lote do leilão de desestatização do **Sistema Telebrás** nos idos anos de 1998.

Por resultado, esses grupos de empresas terão restrições de atuação no mercado de transmissão de dados ao consumidor final. **Porém, isto não constava do pacto original e nem consta dos atuais Contratos de Concessão.**

Não obstante, ainda, a aprovação do texto submetido à Consulta Pública pela Anatel não é recomendável porque o conceito de PMS não figura no ordenamento jurídico brasileiro de controle antitruste. Esta seria uma inovação, o que somente poderia ser implementada por meio de Lei. Não é dado ao ato administrativo normativo o poder de inovar na ordem jurídica.

Não se pode afastar o fato de que a posição dominante das concessionárias nos mercados geográficos definidos pelo PGO é legítima (e, portanto, insuscetível de censura ou sanção, por força do art. 20 § 1º da Lei 8884/94), uma vez que resultou de um modelo legal de outorgas em diferentes regimes de exploração. Sobretudo, cada regime de outorga tem características próprias e peculiares que dimensionam os negócios em termos de viabilidade (para as concessões) e lucratividade (para as autorizações). Cada negócio reflete o interesse mercadológico de seu empreendedor, respeitando a vocação do regime de outorga, o que define a dimensão da prestadora. Na visão da Brasil Telecom, um eventual regulamento de PMS deve contemplar a idéia de neutralidade do tratamento da rede e também deve respeitar esta realidade de mercado.

Mais que isto, a posição dominante das concessionárias é resultado **da contraprestação legal de metas ambiciosas impostas pela Regulamentação em termos de qualidade, continuidade e, sobretudo, universalização dos acessos individuais e coletivos ao STFC.** Tais regras, definidas pelo Decreto nº 2592/98, de 15/05 (PGMU), são aplicáveis exclusivamente às concessionárias de serviço público local, que tiveram o ônus de construir tais acessos, em face da inexistência de um mercado de infra-estrutura de acessos individuais.

Este modelo, conforme destacado pela Professora Helena Xavier, constitui-se em elemento essencial da LGT e do modelo adotado para a reestruturação e desestatização do Sistema Telebrás sendo, baseado na *operação exclusiva das*

concessionárias de serviço público com os deveres de universalização e continuidade do STFC, nos termos dos arts. 79 e 93, inciso IV.

Portanto, como continua a i. parecerista, "tais deveres foram transpostos para os contratos de concessão em caráter indissociável e essencial da própria prestação do serviço concedido. A obrigação de universalização e continuidade do acesso local ao STFC, incluindo o respectivo ônus de financiamento, foi imposta exclusivamente às concessionárias locais de serviço público. Este ônus representa a solução adotada quanto ao critério de equilíbrio no desenvolvimento competitivo do setor, caracterizado pela continuidade do serviço público"

Por trás deste modelo, está a concepção de que as metas de universalização, qualidade e continuidade operavam um balanceamento de justiça com relação à herança de clientes e redes recebidos em sucessão onerosa na desestatização, por outras palavras, um dos objetivos do encargo da universalização era equilibrar a vantagem competitiva das concessionárias, em face de empresas que não têm tal encargo e estão livres para investir nos setores economicamente mais atraentes, mas nunca deveria significar o ônus adicional de servir de fundamento para a disponibilização compulsória de EILD.

Uma vez em que estas metas de universalização estão sendo incrementadas por obrigações que não haviam sido originalmente contempladas nos contratos de concessão celebrados, à Anatel só seria possível estabelecê-las caso estas fossem derivadas de disposição expressa da LGT ou de norma supra legal.

Com efeito, sobre este tema se manifestou a Professora Helena Xavier da seguinte forma:

"Os condicionamentos administrativos e as barreiras de acesso aos mercados de serviços de telecomunicações podem resultar diretamente da LGT ou ser impostos pela ANATEL, ao abrigo de normas permissivas daquela.

Em relação aos condicionamentos administrativos impostos ao abrigo de normas permissivas da lei, há que subdistinguir consoante se trate do estabelecimento de restrições através da edição de atos prévios de estrutura normativa (intervenção nas relações econômicas "ex ante") ou mediante a prática de atos concretos que tenham por objeto conduta específica ou ato de concentração entre sujeitos individualizados (intervenção "ex post").

Na verdade, por possibilitarem uma restrição jurídico-administrativa ao exercício do direito de livre iniciativa econômica, os critérios que permitem a adoção de medidas restritivas "ex ante" devem ser de fonte legal e portanto buscados na LGT.

Com efeito, quaisquer limites administrativos que se pretenda impor no mercado de telecomunicações devem ser objeto de previsão em lei prévia do Congresso Nacional, previsão essa subordinada ao princípio da legalidade, da tipicidade e da inviolabilidade dos direitos e garantias individuais (arts 5º, "caput" e inciso II, 37 "caput", 170 e 174 CF). A imposição de obrigações específicas "ex ante" não previstas em lei do Congresso representa, assim, verdadeira usurpação da competência legislativa pela administração pública.

Existe, portanto, a impossibilidade legal de imposição às concessionárias de **novos** condicionamentos extracontratuais, bem como a imposição "ex ante" de obrigações específicas não previstas na LGT, para mais com base em critérios de direito da

concorrência, uma vez que o poder concedente está vinculado ao Edital MC/BNDES nº 01/98 e à manutenção das condições efetivas da proposta.

4) IMPOSSIBILIDADE DO ESTABELECIMENTO DE RESTRI-ÇÕES EX ANTE

Observe-se o que a ordem jurídica brasileira estabeleceu regras cardeais para o controle do ambiente competitivo nos mercados brasileiros de bens e serviços pelo Estado desde o topo da hierarquia das Leis. O art. 173, § 4º da Constituição Federal de 1988 versa que *“a Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”*.

Nesse sentido, registra Calixto Salomão, em seu livro – Direito Concorrencial – As Condutas – 2003, 1ª ed., pág. 108:

“Na Constituição de 1988, a expressão “abuso do poder econômico” não tem mais o mesmo sentido. Serve, na verdade, para introduzir os princípios relevantes e informadores do direito concorrência – daí a expressão “que tenha como consequência” ter sido substituída por “que vise”. Fundamentais passam a ser os “atos tendentes à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência”. São eles que reaparecem como locuções centrais dos dois pilares da lei concorrencial brasileira: o controle das condutas (art. 20 da Lei 8.884/1994) e o controle das estruturas (art. 54 da lei 8.884/1994.”

Está claro, portanto, que a fiscalização e a regulação dos mercados feita pelo Estado em prol da concorrência concentra-se em atuar por duas frentes: reprimindo condutas, quando constituírem delitos contra à concorrência e avaliando estruturas societárias, com o fim de afastar a concentração econômica.

Não há autorizativo na Lei para que se reprima, onere, penalize ou limite a atividade de empresas, *a priori*, por sua simples posição dominante, mas há autorizativo para que se oprimam o abuso do poder de mercado, nas condutas delituosas elencadas na Lei.

Com efeito, este conceito se encontra cediço na doutrina e jurisprudência antitruste, tendo sido já largamente discutido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que assim se manifestou, como nos lembra o parecer do i. Professor Edgard Pereira:

“O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sob a égide da Lei 8.884/94, há muito vem esposando o entendimento segundo o qual a mera detenção de posição dominante não é um ilícito per se, mas apenas seu abuso, o desvio, é que passível de ser punido quando tenha o condão de produzir os efeitos discriminados em lei:

“O domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência”.

Não é por outra razão que o e. CADE se posicionou da forma como antes determinada; com efeito, até mesmo por uma questão de hermenêutica, o princípio da livre iniciativa encontra-se contemplado em nossa Constituição Federal logo em seu art. 1º, IV, enquanto que o da restrição ao abuso de poder econômico só está prevista muito a seguir, em seu art. 173, §4º.

Não que ambos os princípios não sejam de suma importância ao funcionamento da economia brasileira, mas fato é que, em havendo dúvidas sobre como deve se posicionar o regulador acerca de um determinado tema e em não havendo indícios concretos para a aplicação de uma restrição regulatória, deve o agente se basear na premissa de que os mercados devem agir da forma mais livre possível.

Portanto, deveria o regulador, com a devida vênia, ter reservado a discussão acerca da existência de poder de mercado de uma ou outra empresa de telecomunicações para a esfera de atuação de uma eventual repressão (*ex-post*) de condutas anticompetitivas, o que permitiria uma avaliação pontual e dinâmica do mercado relevante envolvido não somente sob o prisma do produto EILD, mas também em termos de localização geográfica específica, em detrimento da simplista análise genérica de que este poder de mercado seria segmentado por região do PGO.

Com efeito, é de se considerar que qualquer análise de poder de mercado deverá ser precedida de um exame de probabilidade de exercício de seu abuso, como o fazem as dd. Secretaria de Direito Econômico – SDE e Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE na análise de atos de concentração econômica – o denominado *Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal*, aplicado em análise de mercados não regulados.

Mesmo assim, ainda nos ensina o e. Professor Edgard Pereira “*que nem a existência do poder de mercado, nem a efetiva probabilidade de sua materialização autorizam a punição ou a intervenção preventiva e estruturante da autoridade antitruste, pois é necessário confrontar os eventuais riscos competitivos e benefícios associados intrinsecamente à mesma matéria sob análise*”.

Ainda, continua o i. Professor a nos orientar que “Em consequência das “falhas de regulação”, recomenda-se que o regulador reserve a intervenção normativa àquelas situações em que efetivamente não haja possibilidade de competição. O que, ressalte-se, não é tarefa simples. Sempre a escolha das condutas e estruturas a serem *previamente* controladas em ambiente regulado ensejará um certo grau de arbitrariedade, decorrente da avaliação *em tese* das condições de concorrência do mercado. Por essa razão, a melhor indicação é inverter-se a ordenação dos eventos: admitir a ausência de controle prévio de condutas e estruturas e avaliar os resultado ao longo do tempo, reservando a intervenção àquelas condutas e estruturas que se demonstrarem não-competitivas e geradoras de perda de bem estar.

Desta forma, de tudo quanto exposto, ressalta-se mais uma vez a necessidade premente de que a determinação dos grupos detentores de PMS seja mais aprofundada, de modo a eliminar, de forma dinâmica, as distorções que periodicamente vão se verificar no próprio poder de mercado de que deu origem à preocupação do regulador ora comentada e que quaisquer eventuais imposições obrigacionais só sejam colocadas na hipótese do regulador verificar no caso concreto a necessidade de agir.

5) LIMITES DA COMPETÊNCIA DA ANATEL

O próprio conceito do PMS está em conflito com o regime especial de concorrência que regula o setor de telecomunicações brasileiro, que afasta a aplicação de regras comuns da concorrência previstas na Lei nº 8884/94 quando estas contrariarem o regime jurídico especial de competição do setor, conforme está disposto no art. 7º da LGT:

“Art. 7º As normas de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.”

Em outras palavras, direito da concorrência só pode ser aplicado às telecomunicações em caráter subsidiário e não supletivo, vez que não pode conflitar com a metodologia regulatória específica do setor. Isso significa dizer que, na ausência de uma previsão específica da LGT, não se desencadeia a aplicação das normas gerais da concorrência, sem que se esgotem primeiro todas as hipóteses de solução dentro dos princípios do modelo legal de concorrência no direito das telecomunicações.

Igualmente, o art. 71 da LGT atribuiu à Anatel função de estímulo à concorrência, porém, restrita à faculdade de estabelecer restrições, limites e condições **apenas** à obtenção e transferência da própria outorga do serviço de telecomunicações.

Para as condutas das prestadoras, a LGT estabelece que o CADE apreciará os delitos da concorrência identificados no setor de telecomunicações:

“Art. 7º (...) § 1º Os atos envolvendo prestadora de telecomunicações, no regime público ou privado, que visam a qualquer forma de concentração econômica , inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção da ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do (...)CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração dos contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer formal,prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.”

Está certo, então, afirmar que a Lei não autoriza que a Anatel, por meio de Ato Administrativo Normativo, estabeleça restrições, em controle da concorrência do tipo *ex ante*, pressupondo como deformação da concorrência a mera constatação de que um dado grupo econômico detenha posição dominante de mercado; ou seja, considerando a posição dominante algo prejudicial mesmo sem maiores análises de mercado relevante em termos de demanda, produto e localidade. É preciso haver uma conduta típica considerada pela Lei como anticompetitiva para existir o autorizativo da atuação do Estado de restringir a atuação da empresa no mercado. Mesmo assim, o papel da Anatel será conduzir a situação para a apreciação do CADE.

Tem-se, então, que o texto submetido à Consulta Pública configura uma extrapolação de competência, nos termos estritos da Lei.

6) IRREGULARIDADE DE FORMA

É observado que o texto submetido a comentários por meio da Consulta Pública 626 não obedece ao formato de norma estabelecido no artigo 10 da Lei Complementar 95, de 1998 e art. 22 do Decreto 4.176, de 2002 a seguir citados:

LC95/98: *“Art. 10. Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:*

I - a unidade básica de articulação será o artigo, indicado pela abreviatura "Art.", seguida de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste;

II - os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens;

III - os parágrafos serão representados pelo sinal gráfico "§", seguido de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste, utilizando-se, quando existente apenas um, a expressão "parágrafo único" por extenso;

IV - os incisos serão representados por algarismos romanos, as alíneas por letras minúsculas e os itens por algarismos arábicos;

V - o agrupamento de artigos poderá constituir Subseções; o de Subseções, a Seção; o de Seções, o Capítulo; o de Capítulos, o Título; o de Títulos, o Livro e o de Livros, a Parte;

VI - os Capítulos, Títulos, Livros e Partes serão grafados em letras maiúsculas e identificados por algarismos romanos, podendo estas últimas desdobrar-se em Parte Geral e Parte Especial ou ser subdivididas em partes expressas em numeral ordinal, por extenso;

VII - as Subseções e Seções serão identificadas em algarismos romanos, grafadas em letras minúsculas e postas em negrito ou caracteres que as coloquem em realce;

VIII - a composição prevista no inciso V poderá também compreender agrupamentos em Disposições Preliminares, Gerais, Finais ou Transitórias, conforme necessário.

Decreto n.º 4176/2002 *“Art. 22. Os textos dos projetos de ato normativo observarão as seguintes regras:*

I - a unidade básica de articulação é o artigo, indicado pela abreviatura "Art.", seguida de numeração ordinal até o nono e cardinal, acompanhada de ponto, a partir do décimo;

II - a numeração do artigo é separada do texto por dois espaços em branco, sem traços ou outros sinais;

III - o texto do artigo inicia-se com letra maiúscula e termina com ponto ou, nos casos em que se desdobrar em incisos, com dois-pontos;

IV - o artigo desdobra-se em parágrafos ou em incisos e o parágrafo, em incisos;

V - o parágrafo único de artigo é indicado pela expressão "Parágrafo único", seguida de ponto e separada do texto normativo por dois espaços em branco;

VI - os parágrafos de artigo são indicados pelo símbolo "§", seguido de numeração ordinal até o nono e cardinal, acompanhada de ponto, a partir do décimo;

VII - a numeração do parágrafo é separada do texto por dois espaços em branco, sem traços ou outros sinais;

VIII - o texto do parágrafo único e dos parágrafos inicia-se com letra maiúscula e termina com ponto ou, nos casos em que se desdobrar em incisos, com dois-pontos;

IX - os incisos são indicados por algarismos romanos seguidos de hífen, o qual é separado do algarismo e do texto por um espaço em branco;

X - o texto do inciso inicia-se com letra minúscula, salvo quando se tratar de nome próprio, e termina com:

a) ponto-e-vírgula;

b) dois pontos, quando se desdobrar em alíneas; ou

c) ponto, caso seja o último;

XI - o inciso desdobra-se em alíneas, indicadas com letra minúscula seguindo o alfabeto e acompanhada de parêntese, separado do texto por um espaço em branco;

XII - o texto da alínea inicia-se com letra minúscula, salvo quando se tratar de nome próprio, e termina com:

a) ponto-e-vírgula;

b) dois pontos, quando se desdobrar em itens; ou

c) ponto, caso seja a última e anteceda artigo ou parágrafo;

XIII - a alínea desdobra-se em itens, indicados por algarismos arábicos, seguidos de ponto e separados do texto por um espaço em branco;

XIV - o texto do item inicia-se com letra minúscula, salvo quando se tratar de nome próprio, e termina com:

a) ponto-e-vírgula; ou

b) ponto, caso seja o último e anteceda artigo ou parágrafo;

XV - o agrupamento de artigos pode constituir subseção; o de subseções, seção; o de seções, capítulo; o de capítulos, título; o de títulos, livro; e o de livros, parte;

XVI - os capítulos, os títulos, os livros e as partes são grafados em letras maiúsculas e identificados por algarismos romanos;

XVII - a parte pode subdividir-se em parte geral e parte especial, ou em partes expressas em numeral ordinal, por extenso;

XVIII - as subseções e seções são indicadas por algarismos romanos, grafadas em letras minúsculas e postas em negrito;

XIX - os agrupamentos referidos no inciso XV podem também ser subdivididos em "Disposições Preliminares", "Disposições Gerais", "Disposições Finais" e "Disposições Transitórias";

XX - utiliza-se um espaço simples entre capítulos, seções, artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens;

XXI - o texto deve ter dezoito centímetros de largura, com margem esquerda de dois centímetros e direita de um, ser digitado em "Times New Roman", corpo 12, em papel de tamanho A4 (vinte e nove centímetros e quatro milímetros por vinte e um centímetros);

XXII - as palavras e as expressões em latim ou em outras línguas estrangeiras são grafadas em negrito;

XXIII - a epígrafe, formada pelo título designativo da espécie normativa e pela data de promulgação, é grafada em letras maiúsculas, sem negrito, de forma centralizada; e

XXIV - a ementa é alinhada à direita, com nove centímetros de largura.

6. IMPROPRIEDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DAS FACILIDADES ESSENCIAIS

Cumpra, ainda, enfatizar a absoluta impropriedade da invocação do conceito de monopólio natural e da importação da doutrina das facilidades essenciais para aplicá-la ao setor de telecomunicações brasileiro.

O conceito de facilidade essencial foi desenvolvido no direito norte-americano para obrigar a disponibilização de infra-estrutura cuja duplicação é economicamente inviável.

No direito norte americano, para que seja lícita a imposição da obrigação de disponibilizar a facilidade essencial são necessários os seguintes requisitos: (i) o bem deve ser **único** e sua utilização ser essencial à prestação de serviços por terceiros; (ii) sua **duplicação** por estes deve ser **impraticável** (iii) a **recusa de acesso deve causar prejuízo substancial à competição**, e (iv) **ausência de uma razão empresarial válida** para não prover referido uso.

O conceito de facilidade essencial não pode ser importado pelo nosso direito das telecomunicações, assente que está num modelo de regulação baseada na obrigação de universalização de acessos individuais e interconexão obrigatória como meio de acesso ao usuário e a outras redes.

Com efeito, a infra-estrutura que a ANATEL pretende classificar como monopólio natural e facilidade essencial para fins de disponibilização compulsória foi em sua maior parte construída pelas concessionárias **após** a privatização do Sistema Telebrás, em cumprimento às ambiciosas metas de universalização do STFC. Se as concessionárias são hoje proprietárias de vasta infra-estrutura, tal posição resulta não só da participação eficiente de seus acionistas no processo de privatização, mas **principalmente** do pontual e escrupuloso cumprimento das metas de investimento impostas pela lei, pelo PGMU e pelo contrato de concessão.

Ora, como já se mencionou, no direito brasileiro, a detenção de posição dominante, associada à detenção de infra-estrutura, não representa por si violação à ordem econômica, e é uma situação insuscetível de censura ou ônus quando resultante de maior eficiência de agente econômico em relação aos seus concorrentes (art. 20, §1 LBDC).

Além disso, como a própria Anatel reconhece nos itens 6 e 8 da Consulta Pública, diante dos avanços extraordinários em recursos de transmissão decorrentes da evolução tecnológica dos últimos anos, o mercado de telecomunicações não é mais suscetível de caracterização como monopólio natural. Diante da verdadeira competição que já se instalou em numerosos centros do país, não faz sentido classificar a infra-estrutura das concessionárias como "facilidade essencial" cuja duplicação é economicamente inviável (cfr. item 10.2 da CP nº 626/05, de 15.07), vez que as competidoras têm a faculdade legal de investir em redes próprias ou em tecnologias alternativas (PLC, WLL, redes de tv por assinatura).

Por quanto antecede, a chamada teoria das facilidades essenciais não é suscetível de aplicação no Brasil, nem por força da LGT, nem por força do quadro de pressupostos estabelecidos nos arts. 20 e 21 da LBDC.

7) INCENTIVOS E INVESTIMENTO

Neste ponto, a Brasil Telecom gostaria de destacar seu receio de que a proposta de estabelecimento do conceito de PMS da forma como sugerida pela d. Anatel venha a assumir sentido diverso ao quanto pretendido por esta d. Agência, sobretudo no que se refere ao objetivo de incremento da concorrência no setor de telecomunicações. De fato, neste ponto há que se associar a presente contribuição à Resolução nº402/2005, que estabeleceu, dentre outras obrigações aplicáveis às empresas detentoras de PMS, a determinação de construção compulsória de EILD Especial nas hipóteses de indisponibilidade de EILD Padrão.

Neste sentido, inicie-se por lembrar que a LGT, em seu art. 154, expressa e corretamente determina que as redes de telecomunicações constituem mercado secundário ao *core business* das empresas reguladas pela d.Anatel, que é a exploração dos serviços de telecomunicações.

Portanto, a exemplo do que estabelecia a extinta resolução nº30, o fornecimento de EILD somente deveria ser compulsório nas hipóteses em que o meio já estivesse disponível e em que não houvesse a viabilidade econômica de sua duplicação.

O fornecimento compulsório de EILD a despeito de sua indisponibilidade acaba na verdade por desestimular a competição e o incremento da oferta de serviços aos usuários, contrariando o quanto determina o inciso III do art. 2º da LGT, pois não mais irá haver qualquer estímulo à construção de redes próprias pelos competidores no mercado e nem tampouco desenvolvimento de novas tecnologias se estes se encontrarem na confortável posição de apenas demandar das empresas detentoras de PMS o fornecimento da *last mile*.

Neste sentido, vide posição externada pelo Professor Edgard Pereira em seu parecer, aqui resumida, em que este corrobora o entendimento da Brasil Telecom ora esposado, ao comentar que: *"a norma regulatória deve induzir os agentes a adotarem o mesmo comportamento que se verificaria em um ambiente competitivo. Assim os sinais emanados da regulação devem ser tais que incentivem as empresas reguladas a promover a melhor alocação de recursos, efetuando os investimentos necessários ao atendimento da demanda da maneira mais eficiente.*

Um sinal equivocado pode, no entanto, levar a um resultado contrário ao pretendido pelo órgão regulador, ensejando eventualmente comportamentos oportunistas, incentivados pela falha regulatória".

[....]

"Ora, da equivocada maneira como foi definido o Grupo detentor de PMS, fica de antemão estabelecido a que empresa caberá a responsabilidade de ofertar EILD Especial nas respectivas Regiões e Setores do PGO. Como consequência, o comportamento racional e óbvio a ser adotado pela Empresa Solicitante, interessada na obtenção da EILD, é abster-se de investir em redes próprias, estimulada pela obrigação de fazer imposta a terceiros, supostamente detentores de PMS, conforme estabelecido na Resolução".

[....]

"Tal como está o dispositivo legal, há também desestímulo ao investimento por parte das Entidades Fornecedoras em ampliação da rede, na medida em seu objetivo de negócio primordial é a prestação de serviços de telecomunicações e não o provimento de infra-estrutura para terceiros. O comportamento free rider das Entidades Solicitantes estimulado pela legislação é fator inibidor dos investimentos das Fornecedoras".

Desta forma, a Brasil Telecom leva mais uma vez à atenção desta d. Anatel a necessidade de que o conceito de Poder de Mercado Significativo seja mais aprofundado, qualquer que seja sua aplicação por parte desta agência reguladora, de modo que o objetivo primordial da medida adotada não se perca ou, o que seria mais prejudicial, seja tergiversado pela própria lógica econômica que está sendo afastada em alguns momentos na presente consulta pública. Dentro deste intuito, reitera-se a necessidade de que o assunto não se esgote na mera apresentação destas contribuições, mas seja objeto de um amplo debate com as empresas

envolvidas e quiçá com autoridades antitruste, que poderão certamente contribuir de forma que esta d. Anatel alcance pela forma ora proposta ou por outro meio porventura melhor seus objetivos de incremento da concorrência.

Portanto, sem se afastar de sua posição inicial, ou seja, sem conceber a possibilidade de introdução de um conceito de PMS para obrigar determinadas condutas a certas empresas, a Brasil Telecom irá (i) apresentar contribuições, item por item, ao texto submetido à Consulta Pública, (ii) bem como uma listagem de localidades nas quais, por suas características de mercado, há ambiente concorrencial, o que exclui a possibilidade de aplicação do conceito de PMS, dentro dos critérios estabelecidos pela própria d. Anatel; como indicativo de boa-fé e reverência à autoridade da Agência, nos termos a seguir.

Texto original da Consulta Pública:

**AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES CONSULTA PÚBLICA Nº 626,
DE 15 DE JULHO DE 2005**

**GRUPOS DETENTORES DE PODER DE MERCADO SIGNIFICATIVO NA OFERTA
DE EXPLORAÇÃO INDUSTRIAL DE LINHA DEDICADA.**

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto n.º 2.338, de 7 de outubro de 1997; deliberou em sua Reunião n.º 354, realizada em 13 de julho de 2005, tornar pública, nos termos do artigo 42 da Lei 9.472, de 1997, e do artigo 67 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, a designação dos Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo - PMS na oferta de Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD.

O texto anexo, ora submetido à consulta do público em geral, estará disponível na Biblioteca da Anatel, no endereço abaixo e na página da Anatel na Internet, endereço <http://www.anatel.gov.br>, a partir das 14h da data da publicação desta Consulta Pública no Diário Oficial da União.

As manifestações fundamentadas e devidamente identificadas devem ser encaminhadas exclusivamente conforme indicado a seguir, preferencialmente, por meio de formulário eletrônico do Sistema Interativo de Acompanhamento de Consulta Pública, disponível no endereço Internet <http://www.anatel.gov.br>, relativo a esta Consulta Pública, até às 24h do dia 8 de agosto de 2005.

Serão também consideradas as manifestações encaminhadas por carta, fax ou correspondência eletrônica recebidos até às 18h do dia 3 de agosto de 2005.

**AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES
SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS PRIVADOS**

CONSULTA PÚBLICA N.º .626, DE 15 DE JULHO DE 2005

**GRUPOS DETENTORES DE PODER DE MERCADO SIGNIFICATIVO - PMS NA OFERTA
DE EXPLORAÇÃO INDUSTRIAL DE LINHA DEDICADA - EILD.**

SAUS, Quadra 6, Bloco F – Biblioteca

70070-940 Brasília–DF

Fax: (061) 2312-2002

As manifestações recebidas merecerão exame pela Anatel e permanecerão à disposição do público na Biblioteca da Agência.

ELIFAS CHAVES GURGEL DO AMARAL
Presidente do Conselho

ANEXO À CONSULTA PÚBLICA Nº 626, DE 15 DE JULHO DE 2005

Texto original da Consulta Pública:

1) Com a finalidade de subsidiar a definição dos Grupos detentores de poder de mercado significativo na oferta de exploração industrial de linha dedicada, foram trabalhados os diversos temas relacionados ao assunto, conforme especificados neste documento.

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação para:

1) Este instrumento tem por finalidade estabelecer os critérios objetivos para a definição das empresas detentoras de poder de mercado significativo, isoladamente ou em conjunto com outras empresas do mesmo grupo econômico, além de trazer a listagem atualizada das empresas consideradas detentoras de PMS nos diversos setores, na oferta de exploração industrial de linha dedicada, em atividade secundária ao serviço de telecomunicações para o qual detêm outorga.

Justificativa:

As hipóteses legais de ampliação dos efeitos da lei a grupos empresariais, estão taxativamente elencadas na LGT e, por isso, não é possível aplicar o conceito de PMS a todas as empresas de um Grupo.

O modelo de competição do setor de telecomunicações estabelecido pela LGT assenta no binômio *regulação e concorrência* (arts. 6º e 71 LGT), de que são elementos essenciais o regime jurídico do serviço público, e a inclusão de hipóteses legais taxativas de ampliação dos efeitos da lei a grupos empresariais (arts. 68, 71, 87 e 136, § 1º LGT).

O texto submetido à Consulta Pública foi baseado no Informe n.º 315, de 07/07/2005, origem PVCPR/PVCP/PVSTR/PVST/SPV, o qual se baseou em diretrizes expedidas pelo Parlamento Europeu, conforme item 5.2 do Informe. Em especial, no subitem 5.2.4., há referência de conceito de PMS definida para as empresas européias exploradoras de serviços de telecomunicações, em que os grupos econômicos somente são considerados se a atuação de mercado na oferta de EILD for conjunta. Veja o dispositivo citado pelo Informe neste subitem:

“Considera-se que uma EMPRESA tem poder de mercado significativo se, INDIVIDUALMENTE OU EM CONJUNTO COM OUTRAS, gozar de uma posição equivalente a uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força econômica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores.”

Note-se que Grupos econômicos não têm personalidade jurídica de direito própria, não detêm outorga para a prestação de serviços de telecomunicações e não têm relação jurídica contratual formal firmada com o Estado brasileiro. Assim, é fácil concluir que grupos econômicos não podem ser considerados sujeitos de direitos e obrigações na prestação de serviços regulados de telecomunicações. São as

empresas que detêm estes atributos formais e podem ser submetidas às obrigações estabelecidas na regulamentação expedida pela d.Anatel.

Por isto, sugere-se que a d.Anatel siga a origem de sua construção teórica de Direito Comparado e, caso vá impor tais ditames e condicionamentos às empresas, o faça considerando as prestadoras, isoladamente ou em conjunto com outras. Tal conceituação tem plena harmonia com o modelo de outorga adotado no Brasil para telecomunicações, que é feito por empresas e não a qualquer grupo econômico.

Ademais, a LGT estabeleceu diferenças de regime jurídico entre empresas outorgadas por concessão e outorgadas por autorização, as quais não podem ser simplesmente desconsideradas por esta regulamentação. Por resultado, as obrigações de fornecimento obrigatório, mesmo na ausência e disponibilidade de meios, não podem se aplicar a empresas detentoras de autorização, mesmo que elas façam parte de um grupo econômico no qual haja uma concessionária considerada detentora de PMS, por duas razões:

- a ordem da LGT de mínima intervenção nos negócios das empresas exploradoras de autorizações de serviços de telecomunicações, art. 128 da LGT; e
- o fato de que qualquer eventual risco imaginário de que um grupo econômico utilize-se de suas empresas com diferentes tipos de outorgas, entre concessões e autorizações, para alocar recursos e negar provimento de EILD com base em ausência de disponibilidade ou de recurso excedente, fica impedida devido ao novo regulamento de alocação de contas e devido ao art. 20 da Resolução n.º 402/2005, que obriga ao provimento de EILD para as prestadoras detentoras de PMS mesmo na ausência de recursos excedentes, por meio de projeto especial.

Como bem explicita o eminente professor Edgard Pereira em seu parecer, " *não é correto atribuir ou designar poder de mercado ou PMS a empresas que atuem em outros mercados relevantes (de produto e geográfico) pelo simples fato de pertencerem a grupo econômico detentor de poder de mercado ou PMS em um outro mercado relevante qualquer. O eventual PMS do grupo econômico no "mercado relevante X" pode ser decorrência da participação de suas empresas nesse mercado, mas não pode ser estendido às empresas do grupo com atuação nos mercados relevantes "Y" ou "Z".*

Essa incorreta "agregação" de mercados relevantes distintos com base na vinculação societária de empresas atuantes em diferentes mercados, conjugada com a imposição de obrigação de fazer, conforme Artigo 20 da Resolução 402, de 27 de abril de 2005, leva à paradoxal situação na qual uma empresa, eventualmente detentora de autorização, que não possua PMS em seu mercado, ver-se-ia obrigada a assumir compromissos em função apenas de sua relação societária com o grupo econômico, caso desse fizessem parte outras empresas com PMS em seus respectivos mercados.

Tal propositura contrária, no caso de uma empresa detentora de autorização, o disposto no Artigo 128 da Lei Geral de Telecomunicações, onde se define a norma de mínima intervenção nos negócios de empresas detentoras de autorização para prestação de serviços de telecomunicações. Mesmo como forma de prevenção a uma hipotética conduta oportunista com vistas a desobrigar-se dos dispositivos compulsórios da Resolução 402 já referida, a medida é inócua em função da disciplina contida no Artigo 17 da citada Resolução, que trata do Documento de Separação e Alocação de Contas".

Texto original da Consulta Pública:

2) Na oferta de EILD verificam-se características distintas entre o fornecimento dentro da mesma área local e entre áreas locais distintas, e nessas áreas por velocidades de transmissão, caracterizando que pertencem a mercados relevantes distintos.

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação para:

2) Para efeito de aplicação do conceito de empresas detentoras de PMS, os mercados relevantes relativos ao fornecimento de EILD para a prestação de serviços de telecomunicações são divididos por categoria de serviços e por velocidades de transmissão.

2.1) Consideram-se categorias de serviço distintas as seguintes:

I – Por área geográfica:

- a) EILD fornecido para a prestação de serviços dentro de uma mesma área local;*
- b) EILD fornecido para a prestação de serviço entre áreas locais.*

II – Por velocidade de transmissão:

- a) EILD fornecido em velocidade de 64 Kbps até 2Mbps, não incluindo esta;*
- b) EILD fornecido em velocidade igual ou superior a 2Mbps.*

Justificativa:

A prática comercial de EILD já apresentava esta segmentação de mercados relevantes por velocidade e por área geográfica atendida. A redação sugerida dá mais clareza às categorias de serviço e formas de atendimento que motivam a consideração de diferentes mercados relevantes para a avaliação do ambiente competitivo no fornecimento de EILD.

Tal contribuição tem objetivo de atender ao art. 23 do Decreto n.º 4176, de 2002.

Texto original da Consulta Pública:

3) Enquanto que no provimento de EILD dentro de uma mesma área local o insumo predominante no transporte de telecomunicações é o par metálico, entre áreas distintas as tecnologias ou insumos mais utilizados são a fibra ótica e o rádio enlace.

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação para:

3) No provimento de EILD dentro de uma mesma área local o insumo predominante no transporte de telecomunicações é o par metálico, entre áreas distintas as tecnologias ou insumos mais utilizados são a fibra ótica e o rádio enlace.

Justificativa:

Tal contribuição tem objetivo de atender ao art. 22 do Decreto n.º 4176, de 2002.

Texto original da Consulta Pública:

4) Dessa forma, por estarem presentes características estruturais distintas no mercado de fornecimento de EILD, definiram-se dois mercados relevantes: (i) Mercado Relevante de Provimento de EILD dentro da mesma Área Local; e (ii) Mercado Relevante de Provimento de EILD entre Áreas Locais Distintas.

Contribuição:

Sugere-se excluir o item, substituindo-o pelo abaixo descrito.

Justificativa:

Acatada a contribuição feita no item "2", não haverá necessidade de haver o texto do item "4" atual.

Contribuição:

Sugere-se incluir o texto abaixo.

4) Considera-se facilidade essencial, para efeitos deste Ato, o EILD que se constituir insumo indispensável na prestação dos serviços de telecomunicações e monopolizado por um dos concorrentes em certa localidade, onde não há viabilidade de duplicação da rede nem há a possibilidade de utilização de tecnologia alternativa, sendo factível o fornecimento da facilidade pelo concorrente monopolista.

Justificativa:

Um documento que tem por escopo definir as empresas que detém poder de mercado significativo e as áreas locais onde este conceito se aplica não pode ser publicado sem que haja uma definição de *essential facility*. Afinal, esta definição é crucial para que o EILD receba controle de preços e obrigatoriedade de fornecimento.

A definição sugerida pela Brasil Telecom foi baseada no Informe n.º 03, de 07/02/2003, origem PVCPC/PVCP/SPV, nos autos do Processo Administrativo n.º 53500.002287/2001, bem como no art. 13 da Resolução n.º 402, de 2005, que aprovou o Regulamento de Exploração Industrial por Linha Dedicada – EILD.

Como nos posicionou o Professor Edgard Pereira, "*Desde logo, registre-se a crítica mais fundamental à designação do PMS com base na impossibilidade de duplicação do meio de transporte de dados ou de utilização de meios alternativos: o caráter de essential facility não pode ser "fundamentado" por argumentação geral, não associada a mercados relevantes concretamente definidos e sem qualquer tipo de demonstração minimamente consistente.*

Uma essential facility não se define em abstrato. Corresponde à demonstração inequívoca da inviabilidade de instalação de meio alternativo de provimento do serviço (mediante qualquer tecnologia) em um contexto precisamente determinado, material e geograficamente.

Além disso, a demonstração da inviabilidade da provisão de nova infraestrutura haverá de considerar um horizonte de tempo compatível com o negócio em análise. Em outros termos, a nova instalação deve mostrar-se inviável ao longo de um período de tempo de referência para o investimento e não exclusivamente no curto prazo".

Texto original da Consulta Pública:

5) No Mercado Relevante de Provimento de EILD dentro da mesma Área Local, o produto relevante considerado foi apenas o provimento de EILD dentro de uma mesma área local, excluindo-se o fornecimento de EILD entre áreas locais distintas.

Contribuição:

Sugere-se excluir o item.

Justificativa:

Com a devida vênia, o texto é confuso e expressa idéia tautológica, ou seja, contém vício de linguagem consistente em dizer de formas diversas sempre a mesma coisa, ou melhor, expressa uma proposição que tem por sujeito e predicado o mesmo conceito, perfazendo erro lógico denominado tautologia.

Texto original da Consulta Pública:

6) Considerando-se as características de demanda e localização verificaram-se dois segmentos do mercado de Provimento de EILD dentro da mesma Área Local: um de perfil concentrado caracterizado por possuir consumidores que demandam alto tráfego e encontram-se estabelecidos em alguns pólos metropolitanos de aglomeração de corporações (viável a sua duplicação) e outro de perfil difuso caracterizado por possuir consumidores que demandam baixo tráfego, até 2 Mbps.

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação para:

6) As características de demanda e localização relativas ao fornecimento de EILD apresentam dois segmentos do mercado no Provimento dentro da mesma Área Local:

I - perfil concentrado: caracterizado por possuir consumidores que demandam alto tráfego e/ou encontram-se estabelecidos em alguns pólos metropolitanos de aglomeração de corporações (viável a sua duplicação);

II - perfil difuso: caracterizado por possuir consumidores que demandam baixo tráfego e **não** estão situados em áreas locais que se contenham conglomerados de corporações em pólos de regiões metropolitanas.

Justificativa:

As velocidades de transmissão não interferem na caracterização dos perfis concentrado e difuso. Como já foi expresso pela Anatel, nos subitens 5.8.5. e 5.8.6. do Informe n.º 315, que fundamentou o presente texto submetido aos comentários da sociedade por meio da Consulta Pública n.º 626/2005:

"5.8.5. Neste ponto deve-se fazer a separação entre mercados concentrado e difuso no mercado de acesso local para provimento de serviço de telecomunicações. Analisando-se sob a ótica da demanda, o mercado relevante de provimento de EILD pode ser segmentado em difuso e concentrado. Existem duas características fundamentais que distinguem os dois mercados: as necessidades de demanda e a localização.

5.8.6. *O mercado concentrado é caracterizado por possuir usuários com demandas de alto tráfego e o mercado difuso é caracterizado por consumidores que demandam baixo tráfego.*

Ou seja, a característica de ser difuso ou concentrado depende da demanda apresentada pelos clientes em termos de volume de tráfego, considerando cada área local. Portanto, o texto não deve referenciar a velocidade de transmissão para a configuração desses segmentos de mercado de provimento de EILD.

Em linha com o quanto exposto está o parecer do Professor Edgar Pereira que, no que se refere à definição do PMS sob o ponto de vista do produto EILD, sustenta que *"Com relação mais especificamente aos mercados relevantes definidos em que se verificaria o PMS, em ambos os casos (mesma área local e áreas locais distintas) o Informe traz uma sucessão de definições imprecisas e conflitantes entre si: o mercado dito difuso também é identificado como de baixo tráfego e, ao final, tudo é simplificado como equivalente à EILD de velocidade de transmissão de até 2 Mbps.*

O conceito de difuso (primeira aproximação) diz respeito à capilaridade do serviço de transporte de dados. Em tese, quanto maior a capilaridade, maior a competitividade da EILD baseada na rede do STFC (o que não exclui outros meios de transporte como alternativos, no sentido de economicamente viáveis). Mas o informe avança (segunda aproximação) identificando equivocadamente "difusão" com baixo volume de tráfego. Finalmente (terceira aproximação), o Informe estabelece o critério de velocidade que subsumiria os demais.

Esse tortuoso percurso serve apenas ao propósito de definir mercados relevantes a priori, com o propósito de eximir a Agência Reguladora da sua indeclinável obrigação de pesquisar, em cada caso, as condições objetivas de concorrência em cada mercado, tarefa indispensável à correta identificação dos mercados relevantes. Sem essa análise circunstanciada do mercado, nada há a se dizer sobre as condições para exercício abusivo do PMS ou sobre a sua própria existência. Pela mesma razão, nada há que garanta que a infra-estrutura instalada seja, de fato, uma essencial facility.

O artifício usado para essa finalidade foi, na terceira aproximação à definição dos mercados, igualar o critério de capilaridade, correspondente a um mercado difuso, em princípio um conceito adequado para distinguir um dos tipos de mercado relevante, a velocidade, atributo decorrente do meio físico pelo qual transitam os dados.

Fundem-se para uma mesma definição três conceitos distintos: geográfico (capilaridade), de volume (tráfego) e tecnológico (velocidade), como se um único critério fossem".

Ainda, o eminente economista levanta a falha na avaliação do mercado sob o ponto de vista geográfico, ao colocar, com propriedade, que *" [...]o Informe vale-se desse "atalho" metodológico para fazer corresponder à dimensão geográfica do mercado relevante com perfil difuso, seja na mesma área local ou em áreas locais distintas, a Região ou Setor do PGO. A hipótese subjacente, insustentável, é a pressuposição de inviabilidade de duplicação da infra-estrutura para qualquer sub-área geográfica dentro da região, quaisquer que sejam suas características. Logicamente, equivale a somente a possibilidade de duplicação de toda a rede da*

Região ou Setor permitiria descaracterizar uma rede em uma área específica dentro da Região ou Setor como essential facility”.

A proposta apresentada, portanto, visa não somente adequar a definição adotada a entendimentos pretéritos desta d. Anatel, como também busca minimizar riscos que uma eventual interpretação confusa dos efetivos conceitos de mercado concentrado e difuso poderiam trazer para a aplicação destes a situações práticas.

Texto original da Consulta Pública:

7) Assim, no Mercado Relevante de Provimento de EILD dentro da mesma Área Local para usuários de perfil difuso verificou-se a existência de monopólio natural da rede local, constituindo-se, ainda em uma facilidade essencial, no que concerne a sua natureza vital para os serviços de telecomunicações.

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação para:

7) O Mercado Relevante de Provimento de EILD dentro da mesma Área Local em Área considerada de usuários de perfil difuso configura situação de monopólio natural da rede local.

7.1) Nessa situação, o EILD constitui facilidade essencial para a prestação de serviços de telecomunicações.

Justificativa:

A contribuição da Brasil Telecom neste caso visa conferir ao dispositivo o formato de comando, disposição, condizente com atos administrativos normativos, consoante do que determina a Lei Complementar 95/98 e o Decreto n.º 4176/2002.

Texto original da Consulta Pública:

8) No Mercado Relevante de Provimento de EILD entre Áreas Locais Distintas verificou-se a existência de rotas entre áreas locais de maior demanda por serviços de telecomunicações que, conseqüentemente, viabilizam a construção de rede por novos ofertantes, gerando um ambiente concorrencial. Em contrapartida, em rotas entre áreas locais de menor demanda, verificou-se situação inversa, caracterizando-se o conceito de facilidade essencial.

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação para:

8) As características de demanda relativas ao fornecimento de EILD no Provimento entre Áreas Locais Distintas, em que os insumos predominantes são a fibra ótica e o rádio enlace, conduzem à identificação de dois segmentos do mercado distintos:

I - perfil concentrado: caracterizado por possuir rotas de serviço em que a origem do tráfego está em área local de maior demanda por serviços de Longa Distância, o que, somado à maior capacidade de transmissão dos meios, propicia economia de escala e escopo, otimização de uso de redes de telecomunicações reduzem o custo da prestação do serviço e viabilizam a disponibilização de redes por novos ofertantes, com meios próprios;

II - perfil difuso: caracterizado por rotas de serviço em que a origem do tráfego está em área local de menor demanda por serviços de longa distância, tornando o provimento de EILD e a construção de redes inviável para novos ofertantes, com meios próprios, conduzindo o EILD à caracterização de facilidade essencial, conforme o conceito do item 4 acima.

Justificativa:

Para que o provimento de acesso EILD seja viável para entrantes na prestação de serviços de longa distância, basta que a origem tenha uma localidade de alta demanda de tráfego nesta modalidade de transmissão, pois o completamento das chamadas vai se beneficiar da obrigatoriedade de interconexão.

Ademais, as características de perfil e conceituação foram extraídas do Informe n.º 315/2005, itens 5.11, 5.12, 5.13, na expressão reiterada: *“maior demanda de serviços de longa distância”*.

Texto original da Consulta Pública:

9) Desta forma, para o Mercado Relevante de Provimento de EILD entre Áreas Locais Distintas, pode-se inferir a existência de Grupos com PMS na oferta de EILD, especialmente, mas não exclusivamente, entre áreas locais de menor demanda de serviço.

Contribuir:

Sugere-se excluir este item.

Justificativa:

Com a sugestão de texto feita acerca do item 7 acima, uma vez acatada, não haverá necessidade deste item, que estará totalmente atendido pelo item 7, inciso II sugerido pela Brasil Telecom.

Texto original da Consulta Pública:

10) Avaliando-se os critérios estabelecidos no artigo 13 do Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada, **REILD**, aprovado pela Resolução n.º 402, de 27 de abril de 2005, para os dois mercados relevantes definidos, verificou-se:

Contribuir:

Sugere-se alterar a redação para:

10) *Com referência nos* critérios estabelecidos no artigo 13 do Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada, **REILD**, aprovado pela Resolução n.º 402, de 27 de abril de 2005, para os dois mercados relevantes *de provimento de EILD, são validas as seguintes regras para a definição de áreas de perfil difuso e áreas de perfil concentrado:*

Justificativa:

Novamente, procurou-se adequar o texto em referência ao formato de comandos de conduta, ordem e disposições para sejam adequadas para um ato administrativo normativo nos termos da Lei Complementar 95/98 e Decreto n.º 476/2002.

Texto original da Consulta Pública:

10.1 existência de economias de escala e de escopo nas redes de telecomunicações fixas;

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação para:

I - existência de economias de escala e de escopo nas redes de telecomunicações fixas é um dos requisitos para a configuração da área local de usuários de perfil concentrado no provimento de EILD entre áreas locais de alta demanda por serviços de Longa Distância;

Justificativa:

Novamente, procurou-se adequar o texto em referência ao formato de comandos de conduta, ordem e disposições para sejam adequadas para um ato administrativo normativo nos termos da Lei Complementar 95/98 e Decreto n.º 476/2002.

Texto original da Consulta Pública:

10.2 presença do controle sobre infra-estrutura cuja duplicação não é economicamente viável (facilidade essencial). No caso específico de EILD tem-se que, utilizado principalmente para comunicação em velocidades de transmissão até 2Mbps, provido pelas prestadoras de STFC, tanto local quanto de longa distância, se caracteriza como insumo essencial, considerando que a capilaridade apresentada por tais prestadoras, isto é, a abrangência geográfica, combinada com a ineficiência econômica, ou até inviabilidade, de outras tecnologias alternativas, leva a uma caracterização de facilidade essencial;

Contribuição:

Sugere-se substituir o item 10.2, transformando-o no inciso II do item 10.1:

II - presença do controle sobre infra-estrutura cuja duplicação não é economicamente viável (facilidade essencial), é um dos requisitos para a configuração de área local de usuários com perfil difuso;

Justificativa:

A sugestão da Brasil Telecom de conferir definição a facilidade essencial no item "4" confere definição à expressa "facilidade essencial" a partir das mesmas premissas do texto acima e está localizada no início do ato normativo. Esta localização atende melhor à lógica à qual o texto deve seguir.

Texto original da Consulta Pública:

10.3 ocorrência de integração vertical, que podem acarretar problemas de defesa da concorrência no âmbito de condutas verticais;

Contribuição:

Sugere-se alterar o texto para:

10.3) As empresas prestadoras de serviços de telecomunicações terão suas condutas no fornecimento de EILD nos diversos mercados relevantes avaliadas em

conjunto com as demais prestadoras de serviços de telecomunicações do mesmo grupo econômico, quando se verificar situação de integração vertical da produção.

Justificativa:

Examinado o Informe n.º 315/2005, que fundamentou o texto submetido ao exame e comentários da sociedade por meio da Consulta Pública n.º 626/2005, em especial, no subitem 5.16, de título PMS na oferta de EILD e a ocorrência de integração vertical, observa-se que o texto sugerido pela Brasil Telecom atende, com a devida vênia, mais adequadamente aos objetivos de regulação e controle de concorrência estabelecidos pela área técnica da d.Anatel. Se não, seja citado o trecho do Informe abaixo:

“5.16.3. Conforme relatado, pode-se sentenciar que firmas com integração vertical necessariamente devem ser analisadas em conjunto, no sentido de se preservar as condições de competição em determinado mercado relevante.”

Além disso, sugere-se a inclusão do seguinte item 10.3.1, conforme contribuição a seguir:

Sugere-se incluir o texto abaixo:

10.3.1) A consideração das empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico em conjunto quanto ao fornecimento de EILD no mercado, nos casos em que se aplicar, servirá para a avaliação da correta alocação de ativos e custos por empresas e para a avaliação da correta implementação do modelo de custos na interconexão e no fornecimento de EILD.

Justificativa:

A sugestão de texto feita pela Brasil Telecom tem o objetivo de viabilizar que a Anatel considere as empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico de forma conjunta na avaliação das condutas de mercado e na concorrência, sem desprezar os limites das outorgas de serviços e a relação obrigacional estabelecida pela Anatel com cada empresa do grupo.

Texto original da Consulta Pública:

10.4 levando-se em consideração custos irrecuperáveis; barreiras legais ou regulatórias; recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; economias de escala e/ou de escopo; o grau de integração da cadeia produtiva; a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e a ameaça de reação dos competidores instalados; verificaram-se elevadas barreiras à entrada, inferindo-se, ainda, que o mercado relevante oferta de EILD para velocidades de transmissão até 2 Mbps configura-se como monopólio natural, sendo as concessionárias do STFC, tanto locais quanto de longa distância, empresas controladoras das facilidades essenciais, representando barreira técnica à entrada de outros competidores.

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação para:

10.4) O mercado relevante oferta de EILD para velocidades de transmissão até 2 Mbps é considerado, a princípio, como monopólio natural detido pelas concessionárias do STFC, tanto na modalidade local quanto na modalidade de longa

distância, por haver controle sobre facilidades essenciais, por decorrência do modelo de outorga estatuído a partir da Lei Geral de Telecomunicações.

Além disso, sugere-se a inclusão dos seguintes itens 10.4.1 e 10.4.2, com a redação a seguir:

10.4.1) O EILD constitui facilidade essencial nas oferta de velocidades abaixo de 2Mbps quando houver as seguintes barreiras de ingresso no mercado:

- I – os custos irrecuperáveis;
- II – as barreiras legais ou regulatórias;
- III – os recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas;
- IV - economias de escala e/ou de escopo;
- V - o grau de integração da cadeia produtiva;
- VI - a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e
- VII - a ameaça de reação dos competidores instalados.

10.4.2) A presunção estabelecida no item 10 e 10.1 admite prova em contrário, de forma que as empresas consideradas detentoras de PMS possam afastar a aplicação do conceito de “facilidade essencial” em casos em que as premissas acima não estiverem presentes.

Justificativa:

Na essência, a contribuição ao texto não altera seu conteúdo. Porém, a redação sugerida visa dar maior clareza ao texto como é o comando do Decreto n.º 4176/2002, o qual estabelece as normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal.

Texto original da Consulta Pública:

11) Assim sendo, concluiu-se que o Poder de Mercado Significativo – PMS na oferta de Exploração Industrial de Telecomunicações – EILD será para velocidades de transmissão até 2Mbps e dividido em dois mercados relevantes:

Contribuir:

Sugere-se alterar a redação para:

11) Há dois mercados relevantes para a oferta de Exploração Industrial de Telecomunicações – EILD nas velocidades de transmissão até 2Mbps:

Justificativa:

A idéia de que, a princípio, o fornecimento de EILD nas velocidades até 2 Mbps é constituinte de usuários de perfil difuso já está materializada no item 10 sugerido pela Brasil Telecom. Tal segmentação de idéias confere maior clareza e lógica concatenada ao texto, atendendo ao quanto disposto no comando do Decreto n.º 4176/2002.

Texto original da Consulta Pública:

11.1 O mercado relevante geográfico de oferta de EILD dentro da mesma Área Local, para a definição de PMS, é cada Área Local, conforme definida no artigo 4º do Regulamento sobre Áreas Locais para o Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado

ao uso do público em geral – STFC, aprovado pela Resolução n° 373, de 3 de junho de 2004.

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação e a unidade do dispositivo para:

I - dentro da mesma Área Local, conforme definida no artigo 4° do Regulamento sobre Áreas Locais para o Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral – STFC, aprovado pela Resolução n° 373, de 3 de junho de 2004;

Justificativa:

De acordo com o art. 22 do Decreto n.º 4176/2002, cada unidade de dispositivo do ato administrativo normativo, quando há hipóteses “itemizadas”, deve ser dividido em incisos e seqüenciados por numeração romana.

Texto original da Consulta Pública:

11.2 O mercado relevante geográfico de oferta de EILD entre áreas locais distintas, para a definição de PMS, é cada Região do PGO, conforme previsto no REILD.

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação e a unidade do dispositivo para:

II - entre áreas locais distintas, conforme definida no artigo 4° do Regulamento sobre Áreas Locais para o Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral – STFC, aprovado pela Resolução n° 373, de 3 de junho de 2004.

Justificativa:

O texto original dava a entender uma idéia equivocada. Para consideração de mercado relevante local, as áreas locais obedeceriam à definição de área local dada na regulamentação, mas, para o mercado relevante entre áreas locais, o conceito de área local se equivaleria às diferentes regiões do PGO. Assim, neste raciocínio equivocado, não haveria mercado relevante de EILD definido para tráfego intra-região e interárea.

Ademais, o novo regulamento, se for aprovado, deve respeitar o conceito de área local da regulamentação em vigência, não cabendo estabelecer conceito *sui generis* somente para a situação específica de se considerar o mercado relevante de EILD para tráfego entre áreas locais.

Texto original da Consulta Pública:

12 Em resumo, considerando-se todo o exposto, mas especialmente que:

12.1 para o mercado relevante geográfico de Provimento de EILD dentro da mesma Área Local:

- as concessionárias locais do STFC nas Regiões I, II e III do PGO atendem, por obrigação contratual, grande número de localidades;
- as concessionárias locais detêm uma rede que alcança tanto as localidades de maior demanda por serviços quanto as de menor demanda;
- as concessionárias locais controlam as facilidades essenciais para o provimento de STFC, insumo básico para a oferta de EILD;

- conclui-se que os Grupos dos quais as concessionárias locais do STFC fazem parte detêm PMS na oferta de EILD nas respectivas áreas de atuação.

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação para:

12) Por presunção que admite prova em contrário, as concessionárias locais do STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral - detêm PMS na oferta de EILD nas respectivas áreas de atuação para o mercado relevante geográfico de Provimento de EILD dentro da mesma Área Local, com base nos seguintes elementos:

I - as concessionárias locais do STFC nas Regiões I, II e III do PGO atendem, por obrigação contratual, grande número de áreas locais;

II - as concessionárias locais detêm uma rede que alcança tanto as áreas locais de maior demanda por serviços quanto as áreas locais de menor demanda;

III - as concessionárias locais controlam as facilidades essenciais para o provimento de STFC, insumo básico para a oferta de EILD.

Justificativa:

Procurou-se dar redação de enunciado normativo ao texto do item 12 de forma a atender às exigências redacionais do Decreto n.º 4176/2002, o qual estabelece as normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal.

Ademais, toda a referência de atendimento de EILD, para a definição de áreas de usuários de perfil concentrado e áreas de usuários de perfil difuso foi feita com base no conceito geográfico de área local. De tal forma, para manter a harmonia das expressões e a coerência interna do ato administrativo normativo a sugestão foi de que onde se lê localidade no texto original esta expressão fosse substituída por área local.

Registre-se que o texto submetido à Consulta Pública foi baseado no Informe nº 315, de 07/07/2005, origem PVCPR/PVCP/PVSTR/PVST/SPV, o qual se baseou em diretrizes expedidas pelo Parlamento Europeu, conforme item 5.2 do Informe. Em especial, no subitem 5.2.4., há referência de conceito de PMS definida para as empresas europeias exploradoras de serviços de telecomunicações, em que os grupos econômicos somente são considerados se a atuação de mercado na oferta de EILD for conjunta. Veja o dispositivo citado pelo Informe neste subitem:

“Considera-se que uma EMPRESA tem poder de mercado significativo se, INDIVIDUALMENTE OU EM CONJUNTO COM OUTRAS, gozar de uma posição equivalente a uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força econômica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores.”

Note-se que Grupos econômicos não têm personalidade jurídica de direito própria, não detêm outorga para a prestação de serviços de telecomunicações e não têm relação jurídica contratual formal firmada com o Estado brasileiro. Assim, é fácil concluir que grupos econômicos não podem ser considerados sujeitos de direitos e obrigações na prestação de serviços regulados de telecomunicações. São as empresas que detêm estes atributos formais e podem ser submetidas às obrigações estabelecidas na regulamentação expedida pela Anatel.

Por isto, recomenda-se que a d.Anatel siga a origem de sua construção teórica de Direito Comparado e, caso vá impor tais ditames e condicionamentos às empresas, o faça considerando as prestadoras, isoladamente ou em conjunto com outras. Tal conceituação tem plena harmonia com o modelo de outorga adotado no Brasil para telecomunicações, que é feito por empresas e não a qualquer grupo econômico.

Ademais, a LGT estabeleceu diferenças de regime jurídico entre empresas outorgadas por concessão e outorgadas por autorização, as quais não podem ser simplesmente desconsideradas por esta regulamentação. Por resultado, as obrigações de fornecimento obrigatório, mesmo na ausência e disponibilidade de meios, não podem se aplicar a empresas detentoras de autorização, mesmo que elas façam parte de um grupo econômico no qual haja uma concessionária considerada detentora de PMS, por duas razões:

- a ordem da LGT de mínima intervenção nos negócios das empresas exploradoras de autorizações de serviços de telecomunicações, art. 128 da LGT; e
- o fato de que qualquer eventual risco imaginário de que um grupo econômico utilize-se de suas empresas com diferentes tipos de outorgas, entre concessões e autorizações, para alocar recursos e negar provimento de EILD com base em ausência de disponibilidade ou de recurso excedente, fica impedida devido ao novo regulamento de alocação de contas e devido ao art. 20 da Resolução n.º 402/2005, que obriga ao provimento de EILD para as prestadoras detentoras de PMS mesmo na ausência de recursos excedentes, por meio de projeto especial.

Texto original da Consulta Pública:

12.2 para o mercado relevante geográfico de provimento de EILD entre áreas locais distintas:

- as concessionárias de STFC das Regiões I, II, III e IV, possuem, por obrigação contratual e em função da própria natureza dos serviços de longa distância, uma rede cuja capilaridade une áreas locais, especialmente as de maior demanda por serviços;
- as concessionárias de STFC das Regiões I, II, III e IV controlam as facilidades essenciais para o provimento de STFC, insumo básico para a oferta de EILD;
- conclui-se que os Grupos, dos quais as concessionárias de STFC das Regiões I, II, III e IV fazem parte, detêm PMS na oferta de EILD em suas respectivas áreas de atuação.

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação para:

13) Por presunção que admite prova em contrário, as concessionárias do STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral – na modalidade de longa distância nacional nas Regiões I, II, III e IV, detêm PMS na oferta de EILD para provimento entre áreas locais distintas, com base nos seguintes elementos:

I - as concessionárias de STFC das Regiões I, II, III e IV, possuem, por obrigação contratual e em função da própria natureza dos serviços de longa distância, uma rede cuja capilaridade une áreas locais, especialmente as de maior demanda por serviços; e

II - as concessionárias de STFC das Regiões I, II, III e IV controlam as facilidades essenciais para o provimento de STFC, insumo básico para a oferta de EILD.

Justificativa:

Com a devida vênia, não se pode admitir que, para avaliação do mercado relevante para provimento de EILD dentro de uma mesma área local, aplique-se o conceito de grupo econômico e que, na avaliação do mercado relevante de provimento de EILD entre áreas locais distintas, se desconsidere este conceito e se tome novamente o conceito de concessionárias. Isto seria ferir gravemente o princípio da equidade e da igualdade.

Assim, como é defendido pela Brasil Telecom ao longo de toda sua contribuição a esta Consulta Pública, o conceito de grupo econômico como sujeito de obrigações não se adapta ao ordenamento jurídico brasileiro no que ele é aplicável às telecomunicações. Afinal, a LGT estabeleceu os regimes de outorga entre concessões e autorizações. Há diferenças de regime jurídico entre empresas outorgadas por concessão e outorgadas por autorização, as quais não podem ser simplesmente desconsideradas por esta regulamentação. As empresas recebem outorgas enquanto sujeito de direito e a relação contratual é firmada entre as pessoas jurídicas de direito privado outorgadas e a Anatel. Portanto, somente a empresa pode responder por atos de gestão e administração perante a Anatel por decorrência das outorgas de serviços de telecomunicações.

Ademais, as obrigações de fornecimento obrigatório, mesmo na ausência e disponibilidade de meios, não podem se aplicar a empresas detentoras de autorização, mesmo que elas façam parte de um grupo econômico no qual haja uma concessionária considerada detentora de PMS, por duas razões:

- a ordem da LGT de mínima intervenção nos negócios das empresas exploradoras de autorizações de serviços de telecomunicações, art. 128 da LGT; e
- o fato de que qualquer eventual risco imaginário de que um grupo econômico utilize-se de suas empresas com diferentes tipos de outorgas, entre concessões e autorizações, para alocar recursos e negar provimento de EILD com base em ausência de disponibilidade ou de recurso excedente, fica impedida devido ao novo regulamento de alocação de contas e devido ao art. 20 da Resolução n.º 402/2005, que obriga ao provimento de EILD para as prestadoras detentoras de PMS mesmo na ausência de recursos excedentes.

Texto original da Consulta Pública:

13) Considera-se parte integrante de cada um dos Grupos, sua controladora, controlada e coligada, assim consideradas nos termos dispostos no Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução n.º 101, de 4 de fevereiro de 1999.

Contribuição:

Sugere-se excluir este item.

Justificativa:

Como é defendido pela Brasil Telecom ao longo de toda sua contribuição a esta Consulta Pública, o conceito de grupo econômico como sujeito de obrigações não se adapta ao ordenamento jurídico brasileiro no que ele é aplicável às telecomunicações. Afinal, a LGT estabeleceu os regimes de outorga entre concessões e autorizações. Há diferenças de regime jurídico entre empresas

outorgadas por concessão e outorgadas por autorização, as quais não podem ser simplesmente desconsideradas por esta regulamentação. As empresas recebem outorgas enquanto sujeito de direito e a relação contratual é firmada entre as pessoas jurídicas de direito privado outorgadas e a Anatel. Portanto, somente a empresa pode responder por atos de gestão e administração perante a Anatel por decorrência das outorgas de serviços de telecomunicações.

Ademais, as obrigações de fornecimento obrigatório, mesmo na ausência e disponibilidade de meios, não podem se aplicar a empresas detentoras de autorização, mesmo que elas façam parte de um grupo econômico no qual haja uma concessionária considerada detentora de PMS, por duas razões:

- a ordem da LGT de mínima intervenção nos negócios das empresas exploradoras de autorizações de serviços de telecomunicações, art. 128 da LGT; e
- o fato de que qualquer eventual risco imaginário de que um grupo econômico utilize-se de suas empresas com diferentes tipos de outorgas, entre concessões e autorizações, para alocar recursos e negar provimento de EILD com base em ausência de disponibilidade ou de recurso excedente, fica impedida devido ao novo regulamento de alocação de contas e devido ao art. 20 da Resolução n.º 402/2005, que obriga ao provimento de EILD para as prestadoras detentoras de PMS mesmo na ausência de recursos excedentes.

Neste sentido, reitera-se também o quanto destacado nos ii. Pareceres dos Professores Helena Xavier e Edgard Pereira sobre o tema, já expostos nesta contribuição ora apresentada.

Texto original da Consulta Pública:

14) É importante salientar que, em conformidade com o parágrafo único do artigo 10 do REILD, deve ser resguardado o direito dos grupos demonstrarem as localidades ou setores do PGO, possibilitando o agrupamento de localidades por rota, nos quais o grupo não detenha o controle das facilidades essenciais, possibilitando que a Anatel indique a localidade ou setor específico da região do PGO nas quais não se considera que o grupo possua PMS.

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação dos dispositivos para:

14) Em conformidade com o parágrafo único do artigo 10 da Resolução n.º 402/2005, que aprova do Regulamento de EILD, o Anexo II a este Ato traz a enumeração das áreas locais e dos agrupamentos de rotas que ligam áreas locais distintas em que as concessionárias de STFC não são consideradas detentoras de PMS.

14.1) A cada período de 6 (seis) meses, a Anatel poderá promover a revisão deste Anexo II, sempre com a abertura da nova tabela para comentários por meio de Consulta Pública, na forma da Lei.

Justificativa:

A Brasil Telecom está apresentando, dentro do tempo de submissão do texto aos comentários da sociedade por meio da Consulta Pública 626/2005, uma listagem das áreas e rotas em que ela, enquanto concessionária de STFC, não detém PMS considerando as características de definição estabelecidas nos autos do Processo

53500.015872/2005, que deu origem ao texto submetido aos comentários da sociedade por meio da CP 626/2005.

Nesse sentido, não há fundamento de interesse público para que esta listagem não faça parte, desde já, ao texto a ser publicado a fim de resguardar a prestação de serviço voltada ao atendimento do interesse público com obrigações de universalização, qualidade e continuidade.

Ademais, esta listagem teve origem em levantamento feito em conjunto com a Anatel na oportunidade em que se firmou o Termo de Compromisso de Conduta entre a Anatel e a Brasil Telecom, justamente sobre preços e participação no mercado de EILD, formalizado por meio do Processo n.º 53500.002287/2001. Esta listagem original foi objeto de avaliação interna atualizada para se verificar as demandas de mercado primário e por localidades para corrigir eventuais distorções.

É importante ressaltar que a sugestão de inclusão do texto acerca da possibilidade de revisão desta listagem a cada 6 (seis) meses, seguindo-se o procedimento de aprovação de Consulta Pública, vem corroborar com o disposto no próprio Informe da área técnica que fundamentou a decisão do Conselho Diretor a seguir citado, subitem 5.3.2:

“A regulação utilizando o conceito de PMS também se justifica por ser dinâmica, visto que a definição do mercado relevante pode ser revista com o tempo, possibilitando o rápido ajuste a alterações no mercado.”.

Isto foi registrado do Informe, mas não tinha sido garantido no texto do Ato Administrativo Normativo. Portanto, a própria Anatel entende a importância de se garantir tal dinamismo por meio regulamentar.

Por fim, registre-se que a periodicidade sugerida atende também a outro princípio basilar do direito da concorrência, aqui aplicado: os mercados não são estáticos (e nem o deveriam ser). Portanto, se o que a d. Anatel deseja com esta medida é justamente promover a livre concorrência no segmento de EILD, é de se imaginar que esta espere que ao longo de um determinado lapso temporal as condições de competição nos mercados identificados com grupos detentores de PMS se altere, com o surgimento/incremento de novos competidores, o que demandaria uma revisão dinâmica das áreas geográficas apontadas, daí porquê o prazo sugerido.

Texto original da Consulta Pública:

14.1 Enquanto a Anatel não certificar as localidades ou setores do PGO nos quais determinado grupo não possui PMS na oferta de EILD, esse grupo deve atender às solicitações de outras empresas em conformidade com a regulamentação vigente.

Contribuição:

Sugere-se alterar as redações dos subitens para:

14.2) As concessionárias devem se pronunciar sobre as áreas locais ou setores do PGO nos quais não possuem PMS na oferta de EILD e a Anatel deve responder acerca da manifestação dentro do prazo de 30 (trinta) dias.

14.3) A lista de áreas locais e rotas em que as concessionárias não detém PMS será considerada aprovada por decurso de prazo caso a Anatel não se manifeste sobre a

lista submetida a sua certificação dentro do prazo de 30 (trinta) dias estabelecido no subitem anterior.

Justificativa:

É preciso que haja um prazo para que a Anatel se pronuncie sobre a listagem a ser apresentada pelas empresas para certificar as áreas locais e rotas em que elas não se constituem em entidades detentoras de Poder de Mercado Significativo, a exemplo do quanto estabelecido na regulamentação para a aprovação dos contratos de interconexão firmados entre as prestadoras de serviços de telecomunicações.

Esta necessidade se deve à segurança jurídica das relações a serem estabelecidas entre operadoras que não podem estar suspensas no tempo, por médios e longos períodos, carentes de uma definição da Agência que garanta a segurança jurídica das relações. É preciso evitar litígios desnecessários.

Texto original da Consulta Pública:

15) Assim sendo, os Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo – PMS na oferta de Exploração Industrial de Telecomunicações - EILD por Região do PGO, para velocidades até 2Mbps, estão determinados no quadro abaixo:

Contribuição:

Sugere-se alterar a redação do item para:

15) Este Ato entra em vigência em 45 dias da data de sua publicação, de forma a conferir um prazo razoável para que as empresas se adaptem aos novos regramentos ora enunciados.

Justificativa:

A Brasil Telecom sugere que as listagens, feitas por tabelas de definição das empresas detentoras de PMS e das áreas e rotas em que há exceção da caracterização de tais empresas como detentoras de PMS fiquem localizadas nos anexos do Ato Administrativo normativo em questão.

Contribuição:

Sugere-se considerar a tabela de áreas locais e de rotas de exceção, na qual as concessionárias de STFC não detêm Poder de Mercado Significativo, como parte integrante do texto do instrumento. Esclarece-se que a classificação das localidades entre os tipos A, B e C está em consonância com a terminologia empregada na política de comercialização da Brasil Telecom, disponível no sítio da empresa e de pleno conhecimento da Anatel sendo, ademais, parte integrante do Termo de Compromisso de Cessação firmado com a Anatel em 23/12/2004 nos autos do Processo Administrativo n.º 53500.002287/2001:

TABELA DE ÁREAS LOCAIS E DE ROTAS DE EXCEÇÃO:

Justificativa:

A listagem ora proposta resultou de um trabalho minucioso efetuado pela Brasil Telecom, tendo sido realizada avaliação de todas as localidades da Região II para identificação daquelas que possuem aglomerados de empresas e/ou alta demanda de tráfego dos serviços de voz e dados da Brasil Telecom, cujo atendimento pode ser feito por meio de EILD ou outras tecnologias alternativas.

A Brasil Telecom se coloca à inteira disposição para demonstrar à d.Anatel que esta listagem contém somente localidades em que a duplicação da infra-estrutura e o investimento em rede própria é viável economicamente, até mesmo atrativo, para os investidores detentores de outorgas para a prestação de serviços concorrentes aos da Brasil Telecom, considerando:

- os patamares regulares de infra-estrutura necessários;
- a demanda de mercado por serviços de voz e dados;
- uma inserção de participação de mercado com parâmetros do CADE; e
- um potencial de retorno dos investimentos feitos.

Ou seja, as localidades relacionadas contêm o que se denomina tecnicamente de concorrência potencial.

A Brasil Telecom entende que o mais importante, neste caso, é viabilizar que as exceções à regra de que as concessionárias sejam detentoras de PMS estejam contempladas no próprio texto do instrumento em questão.

Esta é uma séria preocupação da Brasil Telecom: que a norma definidora da exceção tenha a mesma força de obrigatoriedade da norma a definir a regra geral. É um temor bastante concreto o da Brasil Telecom de que a exceção não seja acatada ou respeitada na prática do mercado por não estar contemplada no mesmo instrumento que define que a regra geral é dotada da mesma imperatividade (é a característica da norma de ser obrigatória; de estabelecer uma regra de conduta exigível, cujo não acatamento é punível pelo Estado) e coercibilidade (é a característica de norma de conter em si o poder de autorizar o uso da força pelo Estado para reprimir o descumprimento) da regra geral.

Trata-se de uma questão de segurança jurídica dos institutos que poderão reger a atuação das empresas em ambiente competitivo no momento da entrada em vigência deste instrumento.

TABELAS:

DEFINIÇÃO DAS EMPRESAS

NOME

COMPONENTES

TELEMAR

TELEMAR NORTE LESTE S.A.

BRASIL TELECOM

BRASIL TELECOM S.A.

TELESP TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S.A. -
TELESP

CTBC TELECOM COMPANHIA TELEFÔNICA DO BRASIL
CENTRAL - CTBC TELECOM

SERCOMTEL SERCOMTEL S.A. TELECOMUNICAÇÕES

EMBRATEL EMPRESA BRASILEIRA DE
TELECOMUNICAÇÕES S.A. - EMBRATEL

TABELA - MERCADO RELEVANTE

**EMPRESAS DETENTORAS DE PODER DE MERCADO SIGNIFICATIVO NA
OFERTA DE EXPLORAÇÃO INDUSTRIAL DE LINHA DEDICADA**

MERCADO RELEVANTE

“NA MESMA ÁREA LOCAL”

NOME

REGIÃO OU SETOR DO PGO

TELEMAR	I
BRASIL TELECOM	II
TELESP	III
CTBC TELECOM	SETORES 3; 22; 25 e 33
SERCOMTEL	SETOR 20

TABELA - MERCADO RELEVANTE

**EMPRESAS DETENTORAS DE PODER DE MERCADO SIGNIFICATIVO NA
OFERTA DE EXPLORAÇÃO INDUSTRIAL DE LINHA DEDICADA**

MERCADO RELEVANTE

“ENTRE ÁREAS LOCAIS DISTINTAS”

NOME

REGIÃO OU SETOR DO PGO

TELEMAR	I
BRASIL TELECOM	II
TELESP	III

CTBC TELECOM

SERCOMTEL

EMBRATEL

SETORES 3; 22; 25 e 33

SETOR 20

IV

Justificativa:

Para as tabelas acima (contribuição já apresentada):

Em função do conjunto de contribuições ora apresentado pela Brasil Telecom, sugere-se a alteração na tabela de forma a adequar a terminologia usada à proposta de exclusão das empresas coligadas e controladas às concessionárias dentre aquelas detentoras de PMS. A nova terminologia abrangeria apenas a concessionária e não o grupo econômico.