ANATEL	**ANÁLISE**	**NÚMERO E ORIGEM:** 474/2011-GCER **DATA:** 2/9/2011
CONSELHEIRA RELATORA		
EMÍLIA MARIA SILVA RIBEIRO CURI		

1. ASSUNTO

Proposta de Norma para Implantação e Acompanhamento de Liberdade Tarifária no Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral, Modalidade Longa Distância Internacional.

2. REFERÊNCIAS

2.1 Matéria para Apreciação do Conselho Diretor n.º 142/2011/PBCPA/PBCP/SPB, de 28/07/2011.

2.2 Informe n.º 308/2011- PBCPA/PBCP/SPB, de 27/07/2011.

2.3 Parecer n.º 1.031/2011/DFT/PGF/PFE-Anatel, de 15/07/2011.

2.4 Informe n.º 121/2011-PBCPA/PBCP/SPB, de 07/04/2011.

2.5 Consulta Pública n.º 04/2011, de 25/01/2011 a 25/03/2011.

2.6 Análise n.º 17/2011-GCJV, de 12/01/2011.

2.7 Processo n.º 53500.011228/2010.

3. RELATÓRIO

3.1. DOS FATOS

Trata-se de proposta de Norma, com o objetivo de implantar regime de liberdade tarifária na modalidade Longa Distância Internacional (LDI) no Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral (STFC), submetida à Consulta Pública n.º 04/2011 no período de 25 de janeiro de 2011 a 25 de março de 2011.

Em 07/04/2011, por meio do Informe n.º 121/2011-PBCPA/PBCP/SPB, a Superintendência de Serviços Públicos analisou as contribuições apresentadas à proposta de Norma e propôs o envio desta para Parecer da Procuradoria Federal Especializada – PFE, com vistas a obter a aprovação do Conselho Diretor.

Em 15/07/2011, por meio do Parecer n.º 1.031/2011/DFT/PGF/PFE-Anatel, a PFE opinou:

a) Pela reiteração dos termos do Parecer n.º 820/2010/DFT/PGF/PFE/Anatel, de 03/08/2009, de fls. 24/29;

b) Quanto à realização da Consulta Pública, pela observância das disposições contidas no § 1º do art. 45 do Regimento Interno da Anatel, tendo a publicação no D.O.U ocorrido em 25/01/2011;

c) Pela necessidade de cumprimento da determinação contida no § 2º do art. 45 do Regimento Interno da Anatel., antes da remessa da minuta para apreciação do Conselho Diretor;

d) Pela necessidade de fixação de prazo razoável para a análise da proposta apresentada pela parte interessada, relativa à nova estrutura tarifária, no período de transição para a liberdade tarifária (item 4.4.4 da proposta de norma), tendo em vista que tal prazo deve ser suficiente para que a Agência proceda à avaliação integral da proposta e se manifeste sobre seu conteúdo;

e) Pela necessidade de que a Administração se manifeste, previamente, à implantação de nova estrutura tarifária no período de transição para a liberdade tarifária, por força do disposto no art. 48 da Lei n.º 9.784/99 e do dever de motivação;

f) Pela impossibilidade de se atribuir consequências jurídicas ao silêncio da Administração, o que implicaria admitir atos administrativos sem motivação, em nítido confronto com as exigências de transparência e de controle sobre a atuação dos agentes administrativos;

g) Quanto aos efeitos advindos da ausência de manifestação da Administração, pela necessidade de existência de previsão legal expressa sobre quais efeitos se produzirão diante do mutismo estatal, o que não se vislumbra na LGT;

h) Quanto à suspensão do regime de liberdade tarifária, pela impossibilidade de que a estrutura tarifária vigente anteriormente à suspensão seja restabelecida sem a manifestação da Agência (item 6.1.4);

i) Pelo encaminhamento dos autos ao Conselho Diretor da Agência para deliberação sobre a minuta final proposta pela área técnica.

Em 27/07/2011, por meio do Informe n.º 308/2011- PBCPA/PBCP/SPB, a SPB sugeriu o envio da proposta de Norma para Implantação e Acompanhamento de Liberdade Tarifária no STFC, Modalidade LDI, ao Conselho Diretor para Análise e Decisão.

Em 28/07/2011, a Matéria para Apreciação do Conselho Diretor (MACD) n.º 142/2011/ PBCPA/PBCP/SPB, considerando o disposto no art. 104 da Lei n.º 9.472, de 16/07/1997, a Lei Geral de Telecomunicações – LGT, propôs a aprovação da Implantação e Acompanhamento de Liberdade Tarifária no STFC, Modalidade LDI.

Em 03/08/2011, por meio da Comunicação de Tramitação (CT) n.º 113.275, os autos do processo em questão foram encaminhados ao GCER para relato.

São os fatos.

3.2. DA ANÁLISE

Preliminarmente, cabe ressaltar que o presente processo tem como fundamento o art. 104 da Lei n.º 9.472, de 16/07/1997, a Lei Geral de Telecomunicações – LGT, *in verbis:*

> *Art. 104. Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária.*
>
> *§ 1° No regime a que se refere o caput, a concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência.*
>
> *§ 2° Ocorrendo aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis.*

O presente procedimento administrativo iniciou-se por meio do Ofício n.º 124/2010/PBCPA/PBCP-Anatel, de 04/05/2010, que solicitou manifestação da Embratel acerca de eventual implantação do regime de liberdade tarifária na modalidade LDI. A minuta de Norma proposta também foi disponibilizada para Consulta Interna n.º 486/2010.

O Informe n.º 226/2010/PBCPA/PBCP, de 25/06/2010, concluiu pela conveniência de se adotar o regime de liberdade tarifária para a modalidade LDI, tendo em vista "*ter-se identificado a presença de fortes indícios de ampla competição no mercado de LDI, principalmente com o advento da tecnologia de voz sobre IP (VoIP)*" (fl. 66 dos autos,

grifo nosso). O referido Informe também recomendou a submissão à consulta pública da proposta de Norma.

Antes de submeter a proposta de norma ao Conselho Diretor, a SPB encaminhou os autos do presente procedimento para Parecer n.º 820/2010/DFT/PGF/PFE/Anatel, de 03/08/2010, da PFE, que opinou:

(a) Pela Competência da Anatel para elaboração de Norma para Implantação e Acompanhamento de Liberdade Tarifária no Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral (STFC), Modalidade Longa Distância Nacional (LDI), prestado em regime público, consoante os artigos 1º, 19, incisos I, IV, VI e VII, e 104 da LGT;

(b) Pela realização obrigatória de consulta pública, nos termos do art. 42 da LGT;

(c) Pela avaliação, pelo Conselho Diretor, da conveniência e oportunidade de ampliação dos mecanismos institucionais de participação e da transparência como forma de legitimação democrática do processo decisório da Anatel, mediante: (i) fixação de prazo razoável para a consulta pública, compatível com a relevância do tema; (ii) disponibilização dos autos e de toda a documentação pertinente no sítio eletrônico da Agência; (iii) realização de audiências públicas; (iv) realização de sessão pública do Conselho Diretor;

(d) Necessidade de definição, através de critérios técnicos, de todos os componentes do mercado de comunicação de longa distância internacional, em âmbito nacional, a fim de se comprovar se tal mercado é competitivo ou não, nos termos do art. 104 da LGT, bem como para descartar a possibilidade de prática de preços abusivos.

A Análise n.º 17/2011-GCJV, de 12/01/2011, conclui pela aptidão da Norma para submissão aos comentários da sociedade e do público em geral. O Conselho Diretor, em sua reunião n.º 593, de 20 de janeiro de 2011, aprovou a Consulta Pública n.º 4/2011, que ficou disponível para contribuições de 25/01/2011 a 25/03/2011.

As contribuições à proposta de Norma foram analisadas pelo Informe n.º 121/2011-PBCPA/PBCP/SPB, de 07/04/2011.

3.2.1 Análise do Cenário de Competição do Mercado de LDI

Neste ponto, cabe ressaltar que o referido Informe analisou questão que considero relevante no presente procedimento. Essa diz respeito à manifestação da PFE sobre a "*definição, através de critérios técnicos, de todos os componentes do mercado de comunicação de longa distância internacional, em âmbito nacional, a fim de se comprovar se tal mercado é competitivo ou não*. (grifo nosso)"

O art. 104 da LGT, citado anteriormente, condiciona a submissão da concessionária ao regime de liberdade tarifária à existência de ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço. Diante disso, a PFE sugeriu a verificação da adequação da Norma ao imposto pela Lei.

A SPB, no Informe n.º 121/2011-PBCPA/PBCP/SPB, de 07/04/2011, assevera que "*o conceito de ampla competição não é matemático, mas subjetivo e passível de múltiplas interpretações*". Uma maneira de avaliar o nível de competição em um mercado, citada no Informe n.º 226/2010/PBCPA/PBCP, de 25/06/2010, é aquela que busca verificar a incapacidade de qualquer empresa atuante em um mercado de determinar os preços de maneira unilateral, ou seja, os preços são determinados pelo mercado.

A SPB ressalta que esse tipo de verificação tem que ser feito *ex post*, sendo impossível afirmar que há ampla competição quando os preços são fixados por órgão regulador. Dessa forma, a Superintendência nota que o Informe n.º 226/2010-PBCPA/PBCP, de 25/06/2010, não concluiu pela existência de ampla competição, mas de **competição adequada**. O referido Informe concluiu que "*ainda que o volume trafegado permaneça*

concentrado em um número limitado de grandes empresas, é certo que não há espaço para aumento de tarifas".

A avaliação do nível de competição em um mercado, de fato, não é um exercício que pode ser feito de maneira automática e objetiva. Entretanto, a jurisprudência antitruste brasileira, assim com o de outros países, apresenta exemplos de análises que podem ser feitas para fazer esse tipo de avaliação.[1]

Hauge e Jamison (2009) discorrem sobre abordagens que podem ser aplicadas para avaliar a dominância de uma empresa em um mercado e medir o nível de competição no mesmo. Reguladores setoriais, assim como autoridades de defesa da concorrência, podem se basear em algumas dessas ferramentas e indicadores para identificar o nível de competição em um dado mercado:

a) Observação do nível de preços: um crescente e prolongado aumento do nível de preços deve ser avaliado com cautela. Entretanto, um aumento no nível de preços, por si só, não é sinal de exercício de poder de mercado. Aumentos nos preços podem estar relacionados a tentativas para cobrir incrementos nos custos das empresas. Desse modo, é importante que o regulador tenha informações, pelo menos, acerca das margens.

b) Observação das participações de mercado: esse tipo de informação pode ser utilizado como *proxy* de poder de mercado. Uma elevada participação de mercado, por si só, não é suficiente para determinar que uma empresa tem poder de mercado significativo para determinar preços. Entretanto, é improvável que uma empresa sem participação de poder de mercado significativa possua posição dominante.

   Reguladores e autoridades de defesa da concorrência podem determinar parâmetros diferentes para estabelecer quando a participação de mercado deve inspirar preocupações acerca de dominância no mercado. A Comissão Europeia, por exemplo, possui o seguinte critério para verificar dominância em um mercado: uma firma com participação de mercado de não mais que 25% não é considerada como uma firma que possua posição dominante; uma firma com participação de mercado acima de 40% gera preocupações, e uma com participação acima de 50% é considerada como tendo posição dominante se a sua participação tem permanecido estável por um longo período de tempo.

   A legislação de defesa da concorrência brasileira também contém preceitos acerca da análise de posição dominante. O § 2º do art. 20 da Lei n.º 8.884, de 11/06/1994, estabelece que "*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*".

   Por sua vez, o § 3º desse mesmo artigo define que "*a posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia*".

c) Atividades colusivas: o regulador também precisa observar se a firma(s) dominante(s) tem incentivos para a prática de atividades colusivas, que possam

[1] A título de exemplo ver Hauge, Janice and Mark Jamison, *Analyzing Telecommunications Market Competition: Foundations for Best Practices*, University of Florida, Department of Economics, PURC Working Paper, 2009 e Commission Guidelines on Market Analysis and the Assessment of Significant Market Power under the Community Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services, *Official Journal of the European Communities, 2002/C 165/03, July 2002.*

limitar o ambiente de competição, tais como combinação de preços e divisão de mercados.

d) Análise dos pontos fortes de uma empresa: a Comissão Europeia, por exemplo, leva em consideração fatores adicionais para mensurar a extensão na qual um firma pode agir de maneira independente de seus concorrentes e consumidores. Entre esses fatores estão o tamanho da empresa, o controle de infraestrutura que não pode ser facilmente duplicada, vantagens tecnológicas, ausência de poder de compra, acesso privilegiado ao mercado de capitais/recursos financeiros, diversificação de produtos, economias de escala, economias de escopo, integração vertical, um rede de distribuição bem desenvolvida, ausência de concorrência potencial e barreiras à sua expansão.

e) Análise de barreiras à entrada no mercado: a posição dominante em um mercado também depende da avaliação da facilidade de entrada no mercado em consideração. Barreiras à entrada se constituem em custos que empresas entrantes no mercado têm que incorrer, mas que não afetam uma empresa já estabelecida. Essa assimetria de custos pode revelar dominância, de modo que pode impedir que novos entrantes concorram com a empresa estabelecida. Barreiras à entrada também podem surgir quando os custos fixos ou afundados são altos (os custos que um entrante precisa absorver, enquanto a empresa estabelecida não, pois não enfrenta os mesmos custos ou riscos), ou acesso restrito a facilidades essenciais (um novo entrante tem que incorrer nos custos de adquirir acesso a uma rede, custos que uma empresa que possui a facilidade essencial não tem que incorrer).

f) Medidas quantitativas de dominância de mercado: muitos métodos quantitativos existem para ajudar na avaliação de se uma empresa possui poder de mercado, tais como o Índice Herfindahl-Hirschman (HHI), que é um índice do número de firmas e suas respectivas participações de mercado e o Índice de Lerner, que mede o grau no qual os preços praticados por uma empresa excedem o seu custo marginal. Essas medidas do grau de concentração de um mercado são medidas imperfeitas do poder de mercado potencial, e sua utilização indiscriminada pode gerar decisões regulatórias viesadas. Apesar disso, os Guias de Avaliação de Concentrações Horizontais dos EUA e da Comunidade Europeia contêm marcos definidos, em termos do HHI, que servem de baliza para as decisões dos órgãos de concorrência. Um mercado com um HHI abaixo de 1000 é considerado como não concentrado. Um mercado com um HHI entre 1000 e 1800 é considerado como moderadamente concentrado. Por sua vez, um mercado com HHI acima de 1800 é considerado como altamente concentrado, razão pela qual operações com esse índice são geralmente avaliadas com um maior escrutínio.

Desse modo, uma autoridade regulatória (ou de defesa da concorrência) pode utilizar uma combinação dos fatores listados anteriormente para avaliar a dominância de mercado e o nível de competição em um setor como o de telecomunicações, de maneira a evitar falhas potenciais ao se utilizar apenas alguns indicadores isoladamente.

O Informe n.º 226/2010-PBCPA/PBCP, de 25/06/2010, em seu item 4.2.6 analisou o cenário da competição no mercado de LDI. Essa análise incluiu avaliação de abuso de poder econômico, a existência de novas tecnologias, avalição das participações de mercado das empresas atuantes no mercado e avaliação de dados da receita líquida do mercado de LDI. A conclusão do referido Informe é de que "*a competição é adequada. Ainda que o volume trafegado permaneça concentrado em um número limitado de grandes empresas, é certo que não há espaço para o aumento de tarifas*".

O Informe n.º 121/2011-PBCPA/PBCP, de 07/04/2011, procura reforçar a avaliação anterior e responder aos questionamentos apresentados pela PFE acerca da questão. Para

chegar à certeza de que não há espaço para o aumento das tarifas, neste Informe, a SPB considera que o serviço de telefonia tradicional conta com inúmeras alternativas, que são, geralmente, menos onerosas. Com a expansão dos acessos à Internet em banda larga, percebe-se uma substituição do tráfego de minutos do STFC para a comunicação por VoIP. No entender da SPB, a única forma "*para desacelerar esse processo de substituição é reduzindo tarifas*".

O argumento de que a queda de tarifas e rearranjo nos grupos de países possa ocorrer por meio de planos alternativos de serviços não é uma alternativa na opinião da SPB. Isso decorre do caráter eventual das chamadas internacionais e do próprio modelo para o serviço de longa distância que não possibilita a disseminação adequada de planos alternativos de serviços.

Adicionalmente, a Superintendência cita pronunciamento da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) em contribuição à Consulta Pública n.º 4/2011:

> "*Percebe-se que, apesar da liderança relativamente confortável da Embratel no mercado, as concessionárias que atuam no serviço local apresentam-se como competidoras viáveis, o que deve ser suficiente para coibir abusos sobre os preços liberados".*
>
> .....
>
> *"A SEAE entende que a proposta em consulta não se enquadra em nenhuma das hipóteses de dano à concorrência elencadas no Guia de Avaliação da Concorrência da OCDE. Pelo contrário, a norma partindo de uma avaliação segundo a qual o mercado de ligações de longa distância já é competitivo, procura fazer com que a Anatel deixe de controlar os preços dos serviços de LDI, sendo, portanto, potencialmente benéfica aos consumidores, que assim se beneficiariam dos efeitos da maior concorrência sobre o nível de preços".*
>
> .....
>
> *"Do ponto de vista concorrencial, avalia-se que a proposta no geral está adequada e espera-se que a nova regulamentação produza efeitos positivos sobre o ambiente concorrencial".*

O Parecer n.º 1.031/2011/DFT/PGF/PFE-Anatel, de 15/07/2011, reiterou os termos do Parecer n.º 820/2010/DFT/PGF/PFE/Anatel, de 03/08/2010, de fls. 24/29.

A PFE destacou à fl. 81 dos autos que "*a área técnica afirma que o que fundamentou a norma proposta foi a identificação de fortes indícios de competição no mercado de LDI, de modo que o Informe não conclui que há ampla competição, mas competição adequada. Entretanto, o art. 104 da LGT é claro ao afirmar que a Agência poderá submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço*'.

Nesse diapasão a PFE insistiu que é necessária a comprovação da ampla e efetiva competição, para a implantação do regime de liberdade tarifária, em obediência ao art. 104 da LGT.

A área técnica em resposta a esse ponto, no Informe n.º 308/2011- PBCPA/PBCP, de 27/07/2011, reiterou à fl. 95 dos autos, que a presente proposta institui um regime de transição para a liberdade tarifária, que somente será plenamente implantada quando constatada a "ampla e efetiva competição", conforme item 5.1 da Proposta de Norma:

> 5.1. A partir de 1º de janeiro de 2016, a Anatel poderá submeter o STFC, modalidade LDI, ao regime de Liberdade Tarifária, por meio de decisão do Conselho Diretor da Anatel.

No entender da SPB, a Proposta de Norma não infringe o art. 104 da LGT. Ao contrário, a proposta é mais restritiva que a Lei, que não prevê o período de transição estipulado pela presente proposta.

Com o intuito de esclarecer esses questionamentos, solicitei à área técnica, por meio de comunicação eletrônica, dados atualizados do mercado de LDI. A análise se baseará nos tópicos apresentados por Hauge e Jamison (2009). Apesar de haver regulação das tarifas praticadas nesse mercado, é importante analisar a diferença entre as tarifas homologadas pela Anatel e as efetivamente praticadas, com o intuito de conhecer o nível de preços no mercado de LDI.

A Tabela a seguir apresenta as últimas tarifas homologadas em 30/10/2009 para a Embratel:

Tabela I – Tarifas Homologadas para a Concessionária Embratel.

Grupo	Normal	Reduzido
1	0,97540	0,97540
2	0,66000	0,66000
3	1,42000	1,42000
4	1,14000	1,14000
5	1,42000	1,42000
6	1,42000	1,42000
7	1,42000	1,42000
8	1,42000	1,42000
9	1,42000	1,42000

Fonte: Superintendência de Serviços Públicos.

Por sua vez, a Tabela II a seguir apresenta as tarifas efetivamente aplicadas nos planos alternativos de LDI, que contam com maior número de assinantes na Embratel. Esses planos são o "Fale Simples 69", "Fale Light", "Tarifa Única" e "Mundo Livre 21", e contam com 8.010.545 assinantes vinculados a eles.

Tabela II – Tarifas Praticadas pela Concessionária Embratel.

Mundo 21[1]	**Tarifa Única**	**Fale Simples e Fale Light:**
Fixo-Fixo: 0,26	Origem Fixo para EUA: 0,38	Fixo-Fixo: 0,22475
Fixo-Móvel: 0,95	Origem Fixo demais países: 0,74	Fixo-Móvel: 0,77877
Fixo-Móvel EUA: 0,26	Origem móvel EUA: 0,68	Fixo-Móvel EUA: 0,46629
Móvel-móvel: 0,95	Origem móvel demais países: 0,74	
Móvel-Fixo: 0,95		

1 Mediante contratação de franquia de minutos.
Fonte: Superintendência de Serviços Públicos.

A análise das Tabelas nos permite observar que a concessionária vem praticando preços efetivamente abaixo das tarifas homologadas pela Agência. Desse modo, não se observa um crescente e prolongado aumento do nível de preços, o que indicaria ausência de

concorrência nesse mercado. Além disso, é importante que o regulador tenha informações, pelo menos, acerca das margens de lucro do mercado. Como tal informação não está disponível, solicitei que a SPB apresentasse dados atualizados para a receita líquida obtida no mercado de LDI. As Tabelas a seguir apresentam as informações para as concessionárias Embratel e Oi.

Tabela III – Receita Líquida Total e no Mercado de LDI – Embratel

Ano (9M)	**2001**	**2002**	**2003**	**2004**	**2005**	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
Receita Líquida	5.615	5.586	5.169	5.474	5.628	6.138	6.396	7.196	7.835	8.312
Receita LDI	674	698	645	566	505	388	378	349	323	298
% Receita LDI/Tot	12,0%	12,5%	12,5%	10,3%	9,0%	6,3%	5,9%	4,8%	4,1%	3,5%

Fonte: Superintendência de Serviços Públicos.

Tabela IV – Receita Líquida Total e no Mercado de LDI – Oi

Anos (9M)	**2003**	**2004**	**2005**	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
Receita Líquida	13.790	15.959	17.496	17.833	18.710	20.060	33.950	34.521
Receita LDI	31,0	79,5	59,9	58	58,1	47	62	52,2
% Receita LDI	0,22%	0,50%	0,34%	0,33%	0,31%	0,23%	0,18%	0,15%

Fonte: Superintendência de Serviços Públicos.

Observa-se com a análise das Tabelas anteriores, e conforme relatado pelo Informe n.º 226/2010/PBCPA/PBCP, de 25/06/2010, que as concessionárias vêm, de fato, apresentando uma redução da receita líquida obtida com a prestação dos serviços de longa distância internacional. Na ausência de dados sobre as margens de lucro efetivamente obtidas nesse mercado, os dados decrescentes da receita líquida nos permitem inferir que as concessionárias não possuem ampla margem para impor preços acima do nível considerado competitivo.

O próximo passo é proceder com a análise das participações de mercado das empresas, com a consideração de medidas quantitativas de dominância de mercado. Nesse diapasão também solicitei informações atualizadas à SPB com as participações de mercado. As Tabelas a seguir apresentam essas informações.

Tabela V – Participações no Mercado Nacional de LDI (em minutos)

	dez/06	**dez/07**	**dez/08**	**dez/09**	**dez/10**
EMBRATEL	57,34%	55,30%	53,99%	55,70%	53,48%
TELESP	16,14%	19,71%	22,21%	13,25%	14,56%
TELEMAR	9,86%	9,00%	8,41%	9,18%	6,52%
TIM	4,24%	5,21%	4,01%	4,61%	4,94%
INTELIG	4,69%	3,57%	3,43%	2,81%	5,56%
GVT	0,91%	1,34%	1,81%	2,12%	2,82%
BRASIL TELECOM	5,58%	4,60%	4,47%	9,13%	9,03%
TRANSIT	0,85%	1,05%	1,44%	2,94%	2,67%
Outras	10,39%	0,22%	0,23%	0,26%	0,42%

Fonte: Superintendência de Serviços Públicos.

Tabela VI – Participações no Mercado de LDI Região I (em minutos)

	dez/06	**dez/07**	**dez/08**	**dez/09**	**dez/10**
EMBRATEL	59,62%	61,58%	62,35%	63,87%	61,90%
TELEMAR	26,84%	26,11%	26,62%	24,16%	20,48%
TIM	6,44%	6,57%	5,11%	6,29%	7,10%
INTELIG	5,30%	4,37%	4,04%	3,62%	6,93%
GVT	0,22%	0,26%	0,59%	1,13%	2,35%
TELESP	0,66%	0,34%	0,70%	0,48%	0,88%
Outras	10,92%	0,77%	0,59%	0,45%	0,36%

Tabela VII – Participações no Mercado de LDI Região II (em minutos)

	dez/06	dez/07	dez/08	dez/09	dez/10
EMBRATEL	60,39%	61,94%	62,50%	50,99%	44,45%
BRASIL ELECOM	27,09%	24,08%	24,47%	30,74%	40,03%
GVT	2,74%	3,78%	4,70%	4,71	6,11%
TIM	3,48%	5,24%	4,40%	3,39%	4,16%
INTELIG	4,78%	3,85%	3,16%	1,67%	4,41%
TELESP	0,49%	0,43%	0,20%	0,13%	0,20%
Outras	11,03	0,68%	1 0,57	8,37	0,64

Fonte: Superintendência de Serviços Públicos.

Tabela VII – Participações no Mercado de LDI Região III (em minutos)

	dez/06	dez/07	dez/08	dez/09	dez/10
EMBRATEL	54,24%	48,49%	46,02%	53,03%	52,78%
TELESP	34,97%	40,22%	42,76%	27,82%	28,98%
INTELIG	4,17%	2,91%	3,15%	2,89%	5,31%
TIM	2,86%	4,26%	3,20%	4,19%	4,06%
TRANSIT	1,89%	2,16%	2,80%	6,26%	5,42%
GVT	0,66%	1,15%	1,55%	1,43%	1,57%
TELEMAR	1 0,76%	0,65%	0,29%	0,45%	1,32%
Outras	0,45%	0,16%	0,23%	3,93%	0,56%

Fonte: Superintendência de Serviços Públicos.

A análise das tabelas anteriores permite as seguintes observações. De fato, a Embratel é líder em participação ao considerar tanto o mercado nacional, como a divisão por regiões do PGO. Entretanto, quando se considera o mercado nacional, a Embratel apresentou redução na sua participação de mercado, que era de 57,34% em 2006 para 53,48% em 2010. Uma redução de participação também foi observada para a TELESP e a TELEMAR. Enquanto isso, as outras operadoras apresentaram crescimentos nas suas participações (INTELIG, GVT, Brasil Telecom e Transit). Isso demonstra que apesar da concentração no mercado, a empresa líder tem sentido a presença das outas operadoras no mercado.

Movimentos semelhantes são observados quando se analisa as Tabelas das participações para as Regiões do PGO. A exceção fica por conta da Região I, onde a Embratel apresentou aumento de participação no período entre 2006 e 2010. Entretanto, mesmo nessa Região, a presença da TIM, INTELIG e GVT cresceu nessa região.

Como dito anteriormente, uma elevada participação de mercado, considerada isoladamente, não é suficiente para determinar que uma empresa tem poder de mercado significativo para determinar preços em um mercado. De fato, uma empresa com participação de mercado acima de 50% é, geralmente, considerada como tendo posição dominante. Entretanto, no presente caso, a participação da empresa líder não permaneceu estável, tendo se reduzido ao longo do tempo, enquanto suas concorrentes ganharam participação.

O cálculo do HHI para o mercado de LDI nacional fornece o montante de 3.826,21 para o ano de 2006 e 3.266,73 para o ano de 2010. Como ressaltado anteriormente, o uso de medida do grau de concentração de um mercado como essa deve ser cautelosa. Sua utilização indiscriminada pode gerar decisões viesadas. Um mercado com HHI acima de 1800 é considerado como altamente concentrado. Entretanto, no presente caso, observa-se que o índice apresentou redução, com uma variação de 559,74.

O que se observa dessa análise é que, conforme constatado anteriormente pela área técnica, esse mercado observa movimentos de incremento de competição. Cabe ressalvar ainda que esse mercado tem sofrido a concorrência adicional de tecnologias alternativas, que não estão contempladas nesses dados.

Nesse ponto cabe destacar as questões relacionadas à análise dos pontos fortes das empresas atuantes no mercado de LDI. A concorrência das novas tecnologias de VoIP tem relativizado a extensão na qual as empresas desse mercado podem agir de maneira independente de seus concorrentes e consumidores.

A relevante redução da receita líquida das operadoras nesse mercado evidencia que fatores tais como tamanho da empresa, controle de infraestrutura que não possa ser facilmente duplicada, economias de escala, economias de escopo, integração vertical, um rede de distribuição bem desenvolvida não têm sido suficientes para evitar que as novas tecnologias se efetivem como concorrência potencial e provoquem a expansão do mercado com a atividade de outros agentes. Isso implica que as barreiras à entrada nesse mercado tem se transformado, levando a um movimento de relativização da posição dominante das atuais empresas. Não se observa a presença de barreiras que impedem que novos entrantes concorram com as empresas estabelecidas.

Nesse ponto, é importante considerar em que ponto o mercado de LDI está deixando de ser um mercado concentrado, com competição reduzida, para ser tornar um mercado contestável.[2] Um

[2] BAUMOL, William J., PANZAR John C. & WILLIG, Robert D. (1982). *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*.

mercado contestável, conceito definido por William Baumol, é aquele onde existe um número reduzido de empresas, que entretanto, pode ser caracterizado pela existência de equilíbrio competitivo, em virtude da existência de empresas entrantes potenciais. Um ponto chave para a existência de um mercado perfeitamente contestável é a ausência de custos afundados.

Baumol assevera que, em um mercado contestável, uma empresa entrante tem acesso às técnicas de produção da empresa incumbente, o que permite que a entrante conquiste os consumidores da incumbente. Em um mercado contestável, a empresa incumbente é forçada a atuar como se o mercado fosse competitivo e tem que se satisfazer com lucros considerados normais.

De fato, não existem mercados perfeitamente contestáveis. Entretanto, alguns economistas[3] têm considerado que vários mercados antes considerados não competitivos estão se tornando contestáveis. Isso pode estar ocorrendo em virtude de alguns fatores, tais como: (i) desregulação – implementação de medidas que reduzam as barreiras à entrada em um mercado; (ii) leis de concorrência mais efetivas, que agem para coibir o comportamento anti-competitivo das empresas incumbentes; e (iii) mudanças tecnológicas que permitem a redução de barreiras à entrada em um mercado.

Claramente, a tecnologia VoIP tem atuado como um paradigma tecnológico para tornar o mercado de telefonia de longa distância internacional um mercado contestável. A expressiva redução das receitas das empresas atuantes no mercado de LDI não implica necessariamente que os consumidores estão realizando menos comunicações internacionais. Muitos consumidores migraram o seu tráfego de ligações internacionais para a tecnologia de VoIP. É perfeitamente possível que, com o advento dessa nova tecnologia, os consumidores tenham, inclusive, aumentado suas comunicações com o exterior.

Entretanto, no momento, não é possível quantificar esses movimentos da demanda no mercado de LDI. Isso, de modo algum, não invalida a hipótese de que esse mercado está efetivamente sendo contestado pelas novas tecnologias para a realização de chamadas. Ademais, com o incremento da penetração dos acessos à Internet essa contestabilidade tende a aumentar ainda mais.

Por fim, com relação à observação dos incentivos para a prática de atividades colusivas, que possam limitar o ambiente de competição, tais como combinação de preços e divisão de mercados, não se verifica no presente mercado a existência de tais práticas. Ademais, a proposta de Norma sob submissão prevê expressamente que a detecção de indícios de prática anticompetitiva ou aumento arbitrário de lucros pode ensejar a suspensão do regime de liberdade tarifária pela Anatel.

Desse modo, entendemos que a análise anterior nos permite inferir a presença de elementos de competição importantes e significativos no mercado de LDI. Como ressaltado pela área técnica, de fato, não é possível verificar de maneira matemática e objetiva a presença de competição no mercado. Entretanto, seguindo critérios reconhecidos na jurisprudência antitruste brasileira e internacional, é possível avaliar as condições competitivas do mercado em questão.

Adicionalmente, ressaltamos, como feito pela área técnica, que a Norma prevê uma fase de transição. A Liberdade tarifária não será implementada de imediato. A Norma prevê

[3] Nesse sentido, ver GROWITSCH, Christian and WEIN,Thomas (2002), *A Revised Theory of Contestable Markets - Applied on the German Telecommunication Sector*, LÜNEBURG University;
BLANCHARD, C. (1994), "Telecommunications Regulation in New Zealand: How Effective is 'Light-Handed' Regulation?"*Telecommunications Policy*, 18(2).
BRIGLAUER, Wolfgang and REICHINGER, Kurt (2008), "Chances of Contestability inCommunications A Sector-Specific Application", *Intereconomics.*

expressamente a necessidade de manifestação do Conselho Diretor para avaliar as condições de mercado antes da implementação da liberdade tarifária.

Como considero esse ponto de extrema importância, sugiro que o item 5.1 da Norma inclua expressamente condição que implique avaliação das condições do mercado, para o atendimento do que impõe o art. 104 da LGT. Desse modo, sugiro a seguinte redação para o referido dispositivo:

> *5.1 A partir de 1º de janeiro de 2016, a Anatel poderá submeter o STFC, modalidade LDI, ao regime de liberdade tarifária, por meio de decisão do Conselho Diretor da Anatel, que deverá estar embasada por análise das condições de competição do mercado de LDI.*

3.2.1 Análise de Questões Adicionais sobre a Proposta de Norma

I) A PFE também levantou questionamento acerca da necessidade de cumprimento da determinação contida no § 2º do art. 45 do Regimento Interno da Anatel., antes da remessa da minuta para apreciação do Conselho Diretor, *in verbis*:

> *Art. 45. A Consulta Pública tem por finalidade submeter minuta de ato normativo a comentários e sugestões do público em geral, bem como documento ou assunto de interesse relevante.*
>
> .....
>
> *§ 2º Os comentários e as sugestões encaminhados e devidamente justificados deverão ser consolidados em documento próprio a ser enviado à autoridade competente, contendo as razões para sua adoção ou não, ficando o documento arquivado na Biblioteca da Agência, à disposição do público interessado.*

A área técnica asseverou que o Informe n.º 121/2011-PBCPA/PBCP, de 07/04/2011, analisou as contribuições à Consulta Pública n.º 4/2011, de acordo com ordem e metodologia, que analisou contribuições semelhantes em conjunto de maneira a facilitar o entendimento. De todo modo, a SPB inclui nos presentes autos o caderno de contribuições com as respectivas razões para acatamento ou não das sugestões apresentadas na Consulta Pública em questão.

II) A PFE ressaltou a necessidade de fixação de prazo razoável para a análise da proposta apresentada pela parte interessada, relativa à nova estrutura tarifária, no período de transição para a liberdade tarifária (item 4.4.4 da proposta de norma), tendo em vista que tal prazo deve ser suficiente para que a Agência proceda à avaliação integral da proposta e se manifeste sobre seu conteúdo.

O item 4.4.4 estabelece que "*transcorrido o prazo de 90 (noventa) dias, contado do recebimento da proposta em meio físico, sem manifestação da Anatel sobre a solicitação, a nova estrutura tarifária poderá ser implantada, permanecendo sujeita à aprovação*".

No entender da PFE "*o que se observa é que a norma atribui um efeito jurídico à ausência de manifestação do órgão regulador no prazo fixado. Assim, durante o período de transição, em que ainda não vigorar a liberdade tarifária propriamente dita, a prestadora estaria autorizada a reajustar suas tarifas, permanecendo, no entanto, o reajuste sujeito à aprovação.*"

A PFE assevera que o art. 48 da Lei n.º 9.784, de 29/01/99, afasta a possibilidade de que ocorram decisões por omissão nos processos administrativos, *in verbis*:

> *Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.*

A PFE argumenta que, por força desse dispositivo, a Administração deve se pronunciar de forma explícita, analisando os fatos e os fundamentos jurídicos envolvidos em cada caso concreto. Adicionalmente, a LGT também não prevê caso de homologação ou aprovação tácita de qualquer ato ou contrato. O art. 167, § 1º, fixa prazo máximo para o pronunciamento decisório no caso de prorrogação de autorização. Entretanto, no entender da PFE, isso não implica que, após o transcurso desse prazo, ocorra a prorrogação tácita da autorização.

Dessa forma, a PFE acautela que, por força do disposto no art. 48 da Lei n.º 9.784, de 29/01/99, a Anatel não pode "*atribuir consequência jurídica imediata ao silêncio da Administração, sem qualquer ponderação acerca das peculiaridades de cada situação concreta, sob pena de conferir ao interesse particular supremacia sobre o interesse público*".

A PFE acrescenta à fl. 82 "*no caso de possibilidade de implantação da nova estrutura tarifária, mesmo que condicionada à futura aprovação em data posterior e não definida, não há definição de responsabilidades, nem transparência no processo decisório. A esse respeito imagine-se que, após o decurso do prazo de noventa dias, fosse implantada a nova estrutura tarifária que não atende aos requisitos legais previstos para o período de transição. A situação seria, no mínimo inusitada: a Agência teria dado aval a um reajuste contrário aos padrões regulatórios em vigor, fato que, certamente poderia vir a ocasionar prejuízos aos usuários e a outras prestadoras. Ademais, nessa hipótese, seria difícil apurar responsabilidades, já que não haveria decisão expressa de autoridade competente, nem, muito menos, indicação dos motivos adotados para a aprovação do ato*".

Adicionalmente, esse item foi objeto de duas contribuições na Consulta Pública, o que pode ser verificado à fl. 101 dos autos. As contribuições de n.º 13 (ID: 51503) e de n.º 14 (ID: 51504) apresentam ponderações sobre o item 4.4.4.

A contribuição de n.º 13, da Fundação Procon SP, asseverou que "*tendo em vista a necessária avaliação e autorização prévia do reajuste tarifário em comento, pondera-se se o prazo de 90 dias é suficiente para a Agência realizar essa sua atuação*".

A contribuição de n.º 14 sugeriu a retirada do item 4.4.4, pois "*a redação original permite o entendimento de que fica à livre deliberação das operadoras a fixação do valor a ser aplicado a título de reajuste tarifário. Todavia, isso se constitui ilegalidade, porque a possibilidade de variação unilateral de preço pela concessionária, sem que o consumidor conheça adequadamente os fatores que levaram a essa aferição, o que constituiria ofensa aos artigos 39, inciso V, 51, incisos IV e X e parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor*".

Nesse diapasão, ao considerar o posicionamento da PFE e as considerações apresentadas na consulta pública, sugiro a exclusão do item 4.4.4 da norma que possibilita a aplicação da estrutura tarifária sem manifestação da Anatel no prazo de 90 (noventa) dias.

De maneira semelhante o item 6.1.4 estabelece que "*transcorrido o prazo de 30 (trinta) dias, contado da determinação de suspensão, sem manifestação da Anatel, poderá ser restabelecida a estrutura tarifária vigente antes da suspensão*".

Com relação a este dispositivo, a PFE asseverou que "*verifica-se que a norma atribui efeito à ausência de manifestação da Anatel. Assim pela mesma razão exposta acima, sugere-se que a estrutura tarifária vigente anteriormente à suspensão somente seja restabelecida após análise da Agência*".

Entendo que, nesse quesito, o prazo de 30 (trinta) dias é exíguo para avaliação da Anatel, o que levará ao restabelecimento tácito de estrutura tarifária. Nesse diapasão, sugiro a exclusão deste

item. A estrutura tarifária, eventualmente suspensa em virtude de averiguação de indícios de prática competitiva ou de aumento arbitrário de lucros, deve permanecer suspensa até análise pelo Conselho Diretor da Agência.

Diante de todo o exposto, tendo sido considerados os argumentos trazidos à baila pela PFE em suas manifestações nos autos, além de adotar as análises e sugestões das contribuições feitas pela sociedade avaliadas por meio do Informe n.º 121/2011-PBCPA/PBCP/SPB, de 07/04/2011, proponho que a adoção da Proposta de Norma para Implantação e Acompanhamento de Liberdade Tarifária no Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral (STFC), Modalidade Longa Distância Nacional (LDI), com as sugestões feitas ao longo desta análise (No Anexo encontra-se uma Tabela com as Modificações incorporadas após a Consulta Pública e após a presente Análise).

4. CONCLUSÃO

À vista do exposto, com fundamento nas razões e justificativas constantes da presente Análise, proponho:

(a) Aprovar Proposta de Norma para Implantação e Acompanhamento de Liberdade Tarifária no Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral (STFC), Modalidade Longa Distância Nacional (LDI), com as seguinte alterações:

a. Sugestão de redação para o item 2.1 II, 4.2.1, item 1 do Anexo I onde se lê "UF de origem" para "Unidade da Federação de origem";

b. Alteração do item *5.1 "A partir de 1º de janeiro de 2016, a Anatel poderá submeter o STFC, modalidade LDI, ao regime de liberdade tarifária, por meio de decisão do Conselho Diretor da Anatel, que deverá estar embasada por análise das condições de competição do mercado de LDI*;

c. Exclusão do item *4.4.4 Transcorrido o prazo de 90 (noventa) dias, contado do recebimento da proposta em meio físico, sem manifestação da Anatel sobre a solicitação, a nova estrutura tarifária poderá ser implantada, permanecendo sujeita à aprovação*".

d. Exclusão do *Item 6.1.4 "Transcorrido o prazo de 30 (trinta) dias, contado da determinação de suspensão, sem manifestação da Anatel, poderá ser restabelecida a estrutura tarifária vigente antes da suspensão"*.

É como considero.

ASSINATURA DA CONSELHEIRA RELATORA

Anexo – Tabela Com as Modificações Apresentadas à Norma

Versão apresentada à Consulta Pública	Modificações após Consulta Pública pela SPB	Modificações GCER
Item 2.1 II UF de origem		Item 2.1 II Unidade da Federação de origem
Item 2.1 III Grupo de Países: conjunto de países em que a tarifa aplicada é idêntica, independentemente de modulação horária.	Item 2.1 III Grupo de Países: Conjunto de países para os quais as tarifas aplicadas são idênticas	
Item 3.1 A implantação do regime de liberdade tarifária tem como pressupostos o estímulo à competição, o aumento da produtividade e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.	Item 3.1 A implantação do regime de liberdade tarifária tem como pressupostos o estímulo à competição, o aumento da produtividade, a modicidade tarifária e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.	
Item 4.2.1 A fim de comprovar a adequação da nova estrutura tarifária à regra descrita no item 4.2, os dados de tráfego por país, horário, tipo de terminal de destino, deverão ser encaminhados à Anatel juntamente com a proposta de plano básico da Concessionária.	Item 4.2.1 A fim de comprovar a adequação da nova estrutura tarifária à regra descrita no item 4.2, os dados de tráfego por país de destino, horário, tipo de terminal de destino, tipo de terminal de origem e UF de origem deverão ser encaminhados à Anatel juntamente com a proposta de plano básico da Concessionária.	Item 4.2.1 A fim de comprovar a adequação da nova estrutura tarifária à regra descrita no item 4.2, os dados de tráfego por país de destino, horário, tipo de terminal de destino, tipo de terminal de origem e Unidade de Federação de origem deverão ser encaminhados à Anatel juntamente com a proposta de plano básico da Concessionária.
Item 4.4. Transcorrido o prazo de 90 (noventa) dias, contado do recebimento da proposta em meio físico, sem manifestação da Anatel sobre a solicitação, a nova estrutura tarifária poderá ser implantada, permanecendo sujeita à		Exclusão.

aprovação.		
Item 6.1.1 A determinação de que trata o item 6.1 deverá ser atendida pela Concessionária no prazo de 5 (cinco) dias uteis.	6.1.1 A determinação de que trata o item 6.1 deverá ser atendida pela Concessionária no prazo de 10 (dez) dias corridos.	
Item 6.1.4 Transcorrido o prazo de 30 (trinta) dias, contado da determinação de suspensão, sem manifestação da Anatel, poderá ser restabelecida a estrutura tarifária vigente antes da suspensão.		Exclusão.
Item 1 Anexo I	UF de Origem	Unidade de Federação de Origem
Item 1 Anexo I *Tipo de Terminal Origem*: deve ser preenchida com “M”, para acesso móvel, “F”, para acesso fixo, ou “M / F”, caso a tarifa proposta não seja diferenciada por tipo de acesso.	*Tipo de Terminal Origem*: deve ser preenchida com “M”, para acesso móvel, “F”, para acesso fixo, ou “M / F”, caso a tarifa proposta não seja diferenciada por tipo de acesso. Caso haja diferenciação quanto à prestadora ou a serviços especiais deve-se indicar o nome da prestadora ou serviço.	