ANÁLISE Nº 32/2020/CB

Processo nº 53500.026834/2018-16

Interessado: TELEMAR NORTE LESTE S/A.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO

CARLOS MANUEL BAIGORRI

ASSUNTO

Avaliação da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão vigente, da concessionária Oi, bem como a indicação de possíveis alternativas a serem adotadas, na hipótese de existência de desequilíbrio, em atenção ao disposto no Acórdão n° 235/2018 (SEI n° 2688577).

EMENTA

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO. EXISTÊNCIA DE SALDO DO PGMU. NÃO RECONHECIMENTO DOS EVENTOS LISTADOS PELA PRESTADORA COMO DESEQUILIBRANTES. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. APLICAÇÃO NA AMPLIAÇÃO DAS METAS DE REDES DE TRANSPORTE DE TELECOMUNICAÇÕES DE ALTA CAPACIDADE, NOS TERMOS DO ART. 9º, I, DO DECRETO Nº 9.612/2018. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE SIGILO.

Análise quanto à existência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

As tratativas para elaboração do PGMU IV foram permeadas por intensa discussão a respeito da existência e quantificação de saldo relativo ao PGMU. A Análise conduziu ao reconhecimento quanto à existência de saldo de PGMU, a favor da União, referente à redução de TUPs, substituição do PST por backhaul e supressão da obrigação de PSM, na proporção descrita ao longo da Análise.

Determinação à SPR, conjuntamente com a SCP, para que atualize o valor do saldo, de forma definitiva, com base no PGMU IV, aprovado pelo Decreto nº 9.619, de 20 de dezembro de 2018, avaliando-se ainda, a adequação dos valores apresentados pela Oi para os custos de manutenção e retirada dos TUPs.

Necessidade de ocorrência de cinco requisitos para que um evento seja considerado para fins de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Primeiro requisito. Somente eventos extraordinários são aptos a suscitar o desequilíbrio contratual, assim entendidos aqueles que transcendem os riscos ordinários da exploração do serviço em um regime de livre competição, de modo que, se não neutralizados ou compensados, podem inviabilizar a própria prestação do serviço em regime público.

Segundo requisito. O evento desequilibrante é aquele que não constitui mecanismo indireto de garantia de lucro e de concessão de subsídios, privilégios ou qualquer forma de proteção indevida à concessionária em face dos riscos normais da atividade empresarial, incluindo entre outros, a concorrência, a evolução tecnológica e a alteração de preferência dos consumidores.

Terceiro requisito. Demonstração concreta do prejuízo.

Quarto requisito. Demonstração de que o prejuízo não foi neutralizado ou compensado por outros eventos, a exemplo da obtenção de receitas complementares, da exploração eficiente do serviço, de novas oportunidades de mercado, de ajustes de preço, de desonerações tributárias e regulatórias e de alterações legais e regulamentares.

Quinto requisito. Não poderá ter ocorrido a preclusão lógica operada com as revisões quinquenais do contrato de concessão e ao prazo de prescrição aplicável aos requerimentos das prestadoras em face da Anatel.

Os eventos apresentados pela prestadora não podem ser reconhecidos como eventos desequilibrantes por não se enquadrarem nos requisitos listados.

Não ocorrência de atrasos sucessivos nos reajustes tarifários. O prazo de 12 (doze) meses refere-se à periodicidade mínima e não máxima. Instauração de processo próprio para tal análise.

Não reconhecimento da questão do sumidouro de tráfego como apto a desequilibrar os contratos de concessão, por tal questão ser apurada em Reclamação Administrativa. Trata-se de ato de um particular, praticado no âmbito das relações entre prestadoras.

A única forma de a Anatel conjugar seus deveres de garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do STFC e de executar as políticas públicas de telecomunicações definidas pelo Poder Executivo é por meio da das metas de redes de transporte de telecomunicações de alta capacidade, nos termos do art. 9º, I, do Decreto nº 9.612/18.

Determinação à SPR, para que, conjuntamente com a SCP, tome as providências necessárias para reequilibrar o contrato de concessão do STFC por meio da ampliação das metas de redes de transporte de telecomunicações de alta capacidade, nos termos do art. 9º, I, do Decreto nº 9.612/18, no âmbito do processo nº 53500.040174/2018-78, que trata da Revisão dos modelos de Contratos de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC e das metas do Plano Geral de Metas para Universalização - PGMU, item 8 da Agenda Regulatória 2019-2020.

Negativa quanto ao pedido de sigilo formulado.

REFERÊNCIAS

Processo nº 53500.030058/2016-89.

Voto nº 85/2015-GCIF (SEI nº 2673075);

Voto nº 29/2018/SEI/PR (SEI nº 2899831);

Acórdão nº 235/2018 (SEI nº 2899838);

Parecer nº 76/2014-PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU (SEI nº 2673114);

RELATÓRIO

DOS FATOS

Trata-se de processo instaurado, cujo objeto é avaliar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão vigente, da concessionária Oi, bem como a indicação de possíveis alternativas a serem adotadas, na hipótese de

existência de desequilíbrio, em atenção ao disposto no Acórdão n° 235/2018 (SEI n° 2688577), que assim decidiu:

> a) em resposta ao Ofício nº 43653/2017/SEI-MCTIC, que esta Agência informe ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações - MCTIC que:
>
> a.1) o PERT, a ser submetido pelo Conselho Diretor a Consulta Pública, atenderá à demanda do Ofício Ministerial para aplicação dos saldos do PSM e *Backhaul* atualizados e o de TUPs, entendidos como adequados por esta Agência, estimados em R$ 3.691.518.197,54 (três bilhões, seiscentos noventa e um milhões, quinhentos e dezoito mil, cento e noventa e sete reais e cinquenta e quatro centavos);
>
> a.2) não foi possível conciliação quanto ao saldo decorrente das desonerações do PGMU proposto devido discordância por parte das concessionárias do STFC; e,
>
> a.3) será encaminhado ao Conselho Consultivo a proposta de PGMU aprovada por este Conselho Diretor;
>
> **b) que o Superintendente Executivo (SUE), em coordenação com as Superintendências de Competição (SCP) e de Planejamento e Regulamentação (SPR), instaure novo processo, caso ainda não o tenha feito, para voltar a discutir sobre a avaliação quanto à preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão vigentes, bem como a indicação de possíveis alternativas a serem adotadas, na hipótese de existência de desequilíbrio, encaminhando-se os resultados para aprovação deste Conselho Diretor;**
>
> c) determinar que a Superintendência de Planejamento e Regulamentação (SPR) junte aos autos a Planilha de cálculo dos saldos do PGMU (SEI nº 2390603) e Planilha de cálculo dos projetos de uso dos recursos do saldo do PGMU (SEI nº 2397545);
>
> d) receber a Petição SEI nº 2661879 e indeferir os pedidos dela constantes; e,
>
> e) não conhecer das petições CT/Oi/GEIR/6981/2018 (SEI nº 2683203) e CT/Oi/GEIR/6982/2018 (SEI nº 2683263), nos termos da Súmula Anatel nº 21/2017.

PLANO GERAL DE METAS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO - PGMU 2016-2020 E CONTRATOS DE CONCESSÃO
Processo nº 53500.022263/2013

Em 09 de janeiro de 2017, o Conselho Diretor da Anatel aprovou, com base no Voto nº 26/2016/SEI/OR (SEI nº 1012091), o Acórdão nº 4 (SEI nº 1101884), no qual aprovava as minutas dos Contratos de Concessão (SEI nº 1084206). Na mesma ocasião aprovou também o Plano Geral de Metas para a Universalização - PGMU (SEI nº 1084199), relativo ao período 2016-2020, seu encaminhamento ao Conselho Consultivo da Agência e o posterior envio ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações - MCTIC, conforme determina o inciso I do art. 35 da LGT;

No Voto nº 26/2016/SEI/OR (SEI nº 1012091), o Conselheiro Otávio Luiz Rodrigues Junior, reconheceu que a discussão referente ao novo modelo de prestação de serviços de telecomunicações não inviabilizaria a revisão dos contratos de concessão e a aprovação de um novo PGMU, haja vista que se ao menos uma concessionária optasse por não realizar a adaptação de seus instrumentos, haveria a

necessidade de aprovar um novo PGMU. Nas palavras da área técnica, "*de acordo com previsão expressa nos contratos de concessão do STFC, a concessionária permaneceria com a obrigação de cumprir e assumir novas metas de universalização, estabelecidas pelo poder público, por meio do Plano Geral de Metas de Universalização - PGMU*". Em qualquer cenário proposto, haveria contratos de concessão válidos e metas de universalização vigentes, haja vista que sempre persistiria a possibilidade para as concessionárias de não optarem por migrar para o novo regime a ser estipulado. Inclusive, a existência de um novo PGMU até o próximo período de revisão pode influenciar na decisão das Concessionárias por uma eventual solicitação de adaptação dos instrumentos de outorga.

A minuta de contrato de concessão (SEI nº 1084206) deu origem à Resolução nº 678, de 06 de junho de 2017 (SEI nº 1534534) e Anexos I (SEI nº 1539137), II (SEI nº 1539199) e III (SEI nº 1539204).

Em 13 de abril de 2017, a Oi apresentou a CT/Oi/GEIR/888/2017 (SEI nº 1378018), na qual sustentava que:

> As premissas adotadas no Voto nº 26/2016/SEI/OR (SEI nº 1012091), o qual baseou o Acórdão nº 4 (SEI nº 1101884) diferiam daquelas adotadas pela área técnica no Informe nº 65/2015/PRUV/SPR (Processo nº 53500.022263/2013-28, Volume 3, SEI n° 0363563, página 3)e no "Estudo para Determinação da Desoneração das Concessionárias do STFC em virtude da alteração das metas de acessos coletivos no âmbito do novo Plano Geral de Metas de Universalização - PGMU" (Item 8.6, anexo ao Informe nº 65/2015/PRUV/SPR), os quais foram utilizados para um primeiro cálculo do saldo do PGMU.
>
> Em relação Informe nº 65/2015/PRUV/SPR e ao Estudo a Concessionária apresentou pontos que entendia merecedores de reparo na CT/Oi/GEIR/2033/2015 (fls. 601 do volume II SEI nº 0363561).
>
> A decisão do Conselho Diretor foi silente quanto ao saldo emergente do PGMU, em que pese tais valores deverem constar de cláusula expressa do contrato de concessão.

Em 06 de junho de 2017, a Oi apresentou CT/Oi/GEIR/1325/2017 (SEI nº 1536336) reiterando os termos da missiva anterior e manifestando preocupação quanto à possibilidade de assinatura dos contratos de concessão, sem a devida análise de sua correspondência referente aos critérios utilizados para cálculo do saldo.

Em 12 de junho de 2017 foi encaminhada à Anatel Cota nº 00558/2017/CONJURMCTIC/CGU/AGU (SEI nº 1553226), via correspondência eletrônica, pela Secretaria de Telecomunicações - SETEL/MCTIC, por meio do Despacho Interno do Chefe de Gabinete da Secretaria de Telecomunicações, dia 09 de junho de 2017, conforme documento (SEI nº 1553208).

No referido documento, a CONJUR - Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, em face da análise da minuta de Decreto Presidencial que aprovava o novo Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no regime público – PGMU IV, a ser implementado no período de 2016 a 2020, solicitou à Anatel a

juntada de (i) exposição de motivos do titular do órgão proponente, nos termos do art. 37 do Decreto nº 4.176 de 28 de março de 2002 e (ii) dois documentos que compõem o procedimento formal de aprovação de PGMU: manifestação da Gerência de Universalização e Ampliação de Acesso desta versão do PGMU, com fundamento no art. 178, VI da Resolução 612 da Anatel; e prova da Consulta Pública desta versão do PGMU, com fundamento no art. 19, III da LGT.

Os Ofícios nº 140/2017/SEI/PRUV/SPR-ANATEL (SEI nº 1589528), 141/2017/SEI/PRUV/SPR-ANATEL (SEI nº 1517686), 142/2017/SEI/PRUV/SPR-ANATEL (SEI nº1517724) e 143/2017/SEI/PRUV/SPR-ANATEL (SEI nº 1589843) notificaram as Concessionárias a participar de reunião para tratar dos cálculos dos saldos provenientes das desonerações do PGMU. Dita reunião ocorreu em 12 de junho de 2017, conforme Lista de Presença (SEI nº 1575202)

A correspondência do MCTIC foi respondida pelo Ofício nº 17/2017/SEI/PR-ANATEL (SEI nº 1555719), com o devido encaminhamento dos documentos solicitados.

Em 23 de junho de 2017 foi produzido o Informe nº 105/2017/SEI/PRUV/SPR (SEI nº 1571469). Em síntese, referido documento aborda o histórico do cálculo do saldo do PGMU realizado pela Superintendência de Planejamento e Regulamentação - SPR, além de analisar o racional utilizado para o cálculo. No documento, a SPR resgatou os valores já calculados para a substituição do PST por *backhaul* e de desobrigação do PSM, bem como calculou o saldo decorrente da desoneração decorrente da redução de TUPs. Os valores apresentados foram os seguintes, atualizados até a junho/2017:

Redução de TUPs	R$ 1.007.756.046,29
Substituição do PST por *backhaul*	R$ 1.903.145.960,55
Supressão da obrigação de PSM	R$ 655.720.849,37
Total	**R$ 3.566.622.856,21**

Tabela 1 - Primeiro cálculo dos saldos do PGMU (2017)

Apesar de todas estas tratativas, por meio do Ofício nº 18/2017/SEI/PR-ANATEL (SEI nº 1602124), datado de 28 de junho de 2017, a Anatel comunicou ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações a existência de manifestações de todas as concessionárias do STFC (Carta Oi CT/Oi/GEIR/1484/2017 (SEI nº 1602156); Carta Oi CT/Oi/GEIR/1485/2017 (SEI nº 1602164); Carta Telefônica CT nº 780/2017 - Atividade nº 1471/2017 (SEI nº 1602168); Carta Claro (SEI nº 1602172); Carta Algar Telecom ASR 0110/2017 (SEI nº 1602175); Carta Sercomtel Ofício 042/2017-PRES (SEI nº 1602176) quanto à intenção de não firmar as revisões de seus respectivos contratos de concessão, tendo em vista discordarem da existência de cláusula que registra o valor dos saldos desses contratos em favor da União. Ressaltou que os referidos saldos contratuais decorriam de alterações promovidas no PGMU por meio dos Decretos nº 6.424, de 2008 e nº 7.512, de 2011, bem como da alteração proposta, que desoneraria as concessionárias em relação à planta de Telefones de Uso Público (TUP). Por fim, afirmou em sua missiva que a decisão de não reconhecer valores que foram devidamente apurados em processos administrativos, ao estilo de anteriores modificações no escopo da concessão, colocava em risco a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão do

STFC e, assim, exigiria uma reavaliação, por parte do Poder Executivo, da conveniência de se aprovar uma nova alteração no PGMU naquele momento.

Diante das manifestações descritas no item anterior, no Ofício nº 1/2017/SEI/SRP-ANATEL (SEI nº 1607008, 1607017, 1607018, 1607019, 1607020 e 1607020), datado de 29 de junho de 2017, a Anatel comunicou às Concessionárias que, em resposta ao Ofício nº 18/2017/SEI/PR-ANATEL (SEI nº 1602124), o Exmo. Senhor Ministro da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações decidiu pela não conveniência de aprovação das alterações ao PGMU III, aprovado por meio do Decreto nº 7.512 de 30 de junho de 2011, naquele momento. Tal posicionamento consta do Ofício nº 29089/2017/SEI-MCTIC (SEI nº 1613483).

Em 03 de julho de 2017, a Oi interpôs CT/Oi/GEIR/1565/2017 (SEI nº 1616528) na qual esclareceu não ter havido recusa na assinatura dos contratos de concessão, mas tendo em vista o processo solitário conduzido pela Agência para a valoração dos saldos a constarem nos contratos de concessão, no qual as concessionárias somente foram apresentadas aos valores que lá seriam estabelecidos, em reunião realizada no dia 12/06/2017. Ainda, argumentou, o que segue:

> O saldo apresentado pela área técnica é superior aos custos efetivamente evitados. Cita como exemplo, a extinção da obrigação de Posto de Serviço Multifacildades - PSM, para o que foi apontada a existência de saldo, em que pese não gerar redução significativa de custo;
>
> A Oi apresentou sua argumentação ao longo dos processo de cálculo do saldo, mas seus questionamentos nunca foram apreciados;
>
> Haveria necessidade de publicação do PGMU IV previamente à assinatura do contrato e concessão;
>
> O adiamento do PGMU era prejudicial à sociedade;
>
> Nada impediria a publicação do PGMU, com redução da planta de TUP e geração de saldo a ser melhor empregado em benefício da sociedade, em momento de eventual migração para regime de adaptação, como consequência da aprovação do PLC 79/2016 ou ainda, ao final da concessão, como indenização de bens reversíveis.

De forma similar, a Telefônica apresentou correspondência (SEI nº 1624943), na qual ratificou seu espírito colaborativo com os órgãos públicos, mas ressaltou o dever de lealdade e transparência com seus colaboradores e acionistas. Por essa razão, não estaria autorizada a reconhecer ônus com cuja mensuração e existência ainda não está de acordo e sem que também sejam considerados os ônus e impactos a seu favor.

Ao final, a Concessionária reiterou os seguintes aspectos de seu posicionamento:

> De forma alguma se recusava a aceitar os efeitos da desoneração prevista no PGMU. Apenas discordava dos valores apurados pela Agência;
>
> A proposta de alteração do contrato de concessão, que inovou em relação às anteriores ao apontar um “saldo" de desonerações, considerou apenas os valores das desonerações do PGMU, desconsiderando todos os demais valores

que poderiam e deveriam ser apontados em favor da Concessionária por conta de desequilíbrios específicos e estruturais (insustentabilidade);

O pedido da Telefônica foi de que esta alteração do contrato de concessão seguisse o modelo das anteriores renovações, ou seja, deixasse para apurar o valor correto das desonerações em processo apartado, com garantia do contraditório e ampla defesa, ou de que apenas fosse assinado quando houvesse consenso em relação aos valores da desoneração e uma redação deixando claro que não se trata de um “saldo" da concessão, mas tão somente o valor de desoneração de metas de universalização.

A Algar manifestou-se na ASR 0110/2017 (SEI nº 1597112), no sentido de que:

As Concessionárias só tomaram conhecimento de que a Agência teria um cálculo referente ao saldo da redução de metas do PGMU IV em 12 de junho 2017, o que impediria a validação ou assunção de qualquer valor até a data prevista para assinatura do contrato de concessão.

Em revisões pretéritas a falta de definição quanto a valores decorrentes de desonerações não foi impeditivo à celebração dos instrumentos;

Não concordava com aspectos relativos a Backhaul, PSM e outras desonerações;

Julgava necessária a publicação de Decreto pertinente para aí então serem discutidos cálculo e premissas com a Agência;

O valor de eventual saldo resultante das alterações do PGMU, não poderia ser considerado de forma isolada na avaliação da condição econômico-financeira das concessionárias, bem como do cenário político-legislativo em que estão inseridas.

Ao final, requereu a supressão da cláusula 8.5 das minutas de contrato de concessão, bem como que a avaliação de desonerações fosse remetida a autos próprios, de forma a que fosse conferida oportunidade de contraditório às concessionárias.

Neste ponto, importante referenciar ao processo nº 53500.062979/2017-91. Nos autos deste processo, diante da decisão do MCTIC de não prosseguimento com o encaminhamento da proposta de novo PGMU à Presidência da República, conforme disposto no Ofício nº 29089/2017/SEI-MCTIC (SEI 1613483), o Superintendente Executivo da Anatel solicitou, no Memorando-Circular nº 60/2017/SEI/SUE (SEI nº1648791), à Superintendência de Competição - SCP e à SPR a avaliação quanto à preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão vigentes, bem como a indicação de possíveis alternativas a serem adotadas, na hipótese de existência de desequilíbrio.

Em resposta, as áreas elaboraram o Informe nº 121/2017/SEI/PRUV/SPR (SEI nº 1665200), no qual afirmam que nos autos do referido processo nº 53500.022263/2013-28, de elaboração de estudos sobre a revisão do Plano Geral de Metas de Universalização - PGMU IV, foi elaborada, pela SPR, Análise de Impacto Regulatório - AIR, que conclui em seu Tema 06 (pág. 72 verso, do Volume

de Processo 1 - SEI nº 0363551), dentre outras coisas, pela existência de saldos de universalização referentes a:

Desonerações do PGMU III - Decreto nº 7.512/2011 (densidade e distância de TUP);

Posto de Serviço Multifacilidades - PSM;

Backhaul;

Os saldos referentes aos itens 4.19.1 e 4.19.2 estavam estimados em função da proposta de revisão do PGMU (Decreto nº 7.512/2011), que previa alteração nas metas de distância mínima entre TUP, exclusão da meta de densidade e exclusão da meta de PSM. Com as desonerações propostas, caso fossem aceitas pela Presidência da República com a edição do PGMU IV, constituiriam um saldo de obrigações, em favor do poder concedente, que deveria ser aplicado em novas metas de universalização para que se restabelecesse o equilíbrio do contrato de concessão do STFC.

Já o saldo listado no item 4.19.3, de backhaul, referia-se à troca de metas de Postos de Serviços de Telecomunicações - PST, estabelecidos no art. 13 do Decreto nº 4.769/2003, por backhaul nas sedes de municípios ainda não atendidos, conforme disposto no Decreto nº 6.424/2008. Os §§ 1º e 2º do art. 13 estabelecido pelo Decreto 6.424/2008, determinou a apuração de despesas e receitas resultantes da implementação do backhaul, com consequente aplicação, de eventual saldo apurado, em ampliação desta infraestrutura para localidades não atendidas ou para ampliação das capacidades mínimas existentes.

Para o cálculo do referido saldo foram instaurados os processos nº 53500.022354/2010-11 (Telefônica), nº 53500.022359/2010-43 (Telemar), nº 53500.022357/2010-54 (Brasil Telecom), nº 53500.004510/2013-12 (CTBC Telecom) e nº 53500.004509/2013-80 (Sercomtel). Os processos foram anexados ao processo da Sercomtel e, em 22 de maio de 2014, em sua 742ª Reunião, o Conselho Diretor da Anatel, por meio do Acórdão nº 182/2014-CD (pág. 84 do Apartado Sigiloso 1 - SEI nº 0983948), definiu os saldos da troca de metas de universalização promovida pelo Decreto nº 6.424/2008. Deixo de fazer menção expressa a tais valores por se tratarem de dados sigilosos.

Além disso, apresentam e descreveram três cenários para a utilização dos recursos provenientes dos saldos das desonerações, quais sejam:

Aplicação dos recursos provenientes dos saldos do backhaul em ampliação do próprio backhaul conforme determinado pelo Decreto nº 6.424/2008;

Revisão dos valores tarifários dos planos básicos do STFC, com recursos provenientes das desonerações das metas de universalização previstas nos Decretos nº 7.512/2011 e nº 6.424/2008, conforme proposto pela área técnica no início da revisão do PGMU;

Apuração dos saldos provenientes das desonerações das metas de universalização dos Decretos nº 7.512/2011 e nº 6.424/2008, para posterior utilização de acordo com política pública a ser exarada pelo MCTIC.

Encaminhados os autos à apreciação do Conselho Diretor, por meio da MACD nº 655/2017 (SEI nº 1710333), o Conselheiro Relator, Leonardo de Morais, restituiu o processo à SPR, por meio do Memorando nº 29/2017/LM (SEI nº 1913062), a fim de que o reexame da matéria pela área técnica , bem como fosse consultada a Procuradoria Federal Especializada da Anatel - PFE/Anatel, sobre a vigência do Decreto nº 6.424/2008, que alterou e acresceu dispositivos ao Decreto nº 4.769/2003 (PGMU II), o qual foi expressamente revogado pelo Decreto nº 7.512/2011 (PGMU III). Isso porque o PGMU III autoriza a utilização do saldo em obrigações de universalização, enquanto o Decreto nº 6.424/2008 indicava a utilização do saldo em ampliação do backhaul. Tendo em vista que a proposta endereçada pela área teve como premissa a vigência do Decreto nº 6.424/2008, a questão mostrava-se relevante.

Sobre a dúvida jurídica suscitada, a PFE/Anatel, manifestou-se por meio do Parecer nº 830/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 1976677), pela revogação do Decreto nº 6.424/2008, não sendo portanto válida sua aplicação conforme sugerido no Informe nº 121/2017/SEI/PRUV/SPR.

Adicionalmente, a SPR elaborou o Informe nº 13/2018/SEI/PRUV/SPR (SEI nº 2358192), no qual afirma que a proposta realizada pela SPR, de utilização do saldo do backhaul, nos termos do Decreto nº 6.424/2008, restaria prejudicada. Considerando que o debate quanto à apuração do saldo permeava as discussões conduzidas em função do solicitado pelo MCTIC, por meio do Ofício nº 43653/2017/SEI-MCTIC (SEI nº 1981392), que, entre outras coisas, sugere à Anatel "conciliar junto às concessionárias do STFC os valores de saldo remanescente do PGMU proposto" e "elaborar, submeter ao Conselho Diretor e encaminhar a este Ministério, no prazo de 90 dias, um plano para aplicação dos saldos do PGMU proposto dentro do escopo da concessão do STFC e que seja convergente com a expansão da infraestrutura de banda larga", foram abordados no referido informe as questões afetas a:

> Cálculo dos saldos do PGMU com a conciliação possível dos resultados junto às concessionárias do STFC, incluindo saldos de desonerações de PGMUs anteriores e o saldo advindo de um possível novo PGMU nos termos daquele aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel por meio do Acórdão nº 4/2017.
>
> Propostas de possíveis projetos de ampliação da infraestrutura do STFC, convergente com a expansão da infraestrutura de banda larga, para a utilização dos saldos do PGMU.

Retornaram os autos à apreciação do Relator, que manifestou-se por meio da Análise nº 46/2018/SEI/LM (SEI nº 2437933). Na mesma ocasião foi apresentado o Voto nº 5/2018/SEI/AD (SEI n° 2591011), o qual fundamentou o Acórdão n° 251/2018 (SEI n° 2700961). Na decisão, determinou-se o arquivamento do processo n°53500.022263/2013-28, que concentrava as principais discussões sobre o PGMU IV e o tratamento do Ofício nº 43653/2017 do MCTIC continuasse a ser tratado nos autos do Processo nº 53500.030058/2016.

Processo n° 53500.030058/2016

Aqui vale um esclarecimento. Ao longo das tratativas do PGMU IV, uma das discussões enfrentadas foi a dificuldade de convocação do Conselho Consultivo para apreciação da proposta, antes do seu encaminhamento ao MCTIC. Os registros dos procedimentos relacionados à convocação do Conselho Consultivo foram concentrados, em sua maioria, no processo n° 53500.030058/2016-89.

Frente às dificuldades apresentadas para a apreciação da proposta de PGMU pelo Conselho Consultivo da Anatel, o Gabinete da Presidência da Anatel encaminhou o Memorando nº 697/2017/SEI/GPR (SEI nº 1508897), de 30 de maio de 2017, à Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE-Anatel) contextualizando o problema e solicitando a manifestação daquela Procuradoria sobre a viabilidade jurídica de envio pela Anatel ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, para fins de encaminhamento, da proposta de PGMU, aprovada pelo Conselho Diretor, sem o opinativo do Conselho Consultivo.

Em resposta, a PFE elaborou o Parecer nº 00405/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 1516634), em 31 de maio de 2017, concluindo, resumidamente, pela não razoabilidade de paralisar a implementação da política pública em função da impossibilidade de manifestação do Conselho Consultivo. Assim, opinou pela possibilidade de encaminhamento ao MCTIC, pela Anatel, da proposta do PGMU aprovado pelo Conselho Diretor, sem o opinativo do Conselho Consultivo.

A Anatel levou a conhecimento do Ministério o posicionamento da PFE, por meio do Ofício nº 177/2017/SEI/GPR-ANATEL (SEI nº 1516675), de 31 de maio de 2017, reencaminhando cópia do PGMU aprovado pelo Conselho Diretor.

Em 6 de outubro de 2017, o MCTIC encaminhou à Anatel, o Ofício nº 43653/2017/SEI-MCTIC (SEI nº 1981392), informando que o Conselho Consultivo da Anatel tinha sido recomposto e que a manutenção das metas do PGMU III seria inadequada frente às necessidades atuais da população. O MCTIC solicitou também que a Anatel envidasse "esforços para encaminhar a versão do PGMU aprovada pelo Conselho Diretor da Agência em 15/12/2016 para a apreciação do Conselho Consultivo da Agência" e providenciasse a sua publicação no Diário Oficial da União após manifestação daquele colegiado. Por fim, o MCTIC solicitou que, independentemente da aprovação do PLC nº 079/2016, a área técnica da Agência elaborasse e submetesse ao Conselho Diretor e encaminhasse ao Ministério, no prazo de 90 dias, um plano para aplicação dos saldos do PGMU proposto dentro do escopo da concessão do STFC e que fosse convergente com a expansão da infraestrutura de banda larga, nos termos do inciso I do art. 20 do Decreto nº 8.776, de 2016 e da Portaria MC nº 1.455. de 8/4/2016.

Em 16 de outubro de 2017, a SUE enviou o Memorando nº 87/2017/SEI/SUE (SEI nº 1999969) à Superintendência de Planejamento e Regulamentação - SPR, solicitando a elaboração de proposta de plano para aplicação dos saldos do PGMU, proposto dentro do escopo da concessão do STFC e que fosse convergente com a expansão da infraestrutura de banda larga, nos termos do Ofício nº 43653/2017/SEI-MCTIC.

Além disso, a SUE encaminhou, em 3 de novembro de 2017, o Memorando nº 95/2017/SEI/SUE (SEI nº 2063695) à Secretaria do Conselho Diretor - SCD, para informar que, quando da avaliação pela área técnica de um plano para aplicação dos

saldos mencionados, suscitou-se dúvida quanto à abrangência do pretendido pelo MCTIC. Isto porque o processo de revisão do PGMU foi conduzido conforme preconizam os contratos de concessão do STFC, no que se refere às suas revisões quinquenais (cláusula 3.2), aos procedimentos de elaboração normativa da Agência, inclusive no que diz respeito ao regular encaminhamento do texto à apreciação do Conselho Consultivo. Assim, a fim de que restasse confirmado o entendimento da área técnica de que não se estava a tratar, no escopo do solicitado pelo MCTIC, de uma nova proposta de PGMU, mas sim de uma reavaliação dos saldos relativos às desonerações dos PGMUs e possíveis projetos para sua utilização, a SPR encaminharia o processo à Procuradoria Federal Especializada da Anatel - PFE, a fim de que desse o correto enquadramento jurídico à questão. Dessa forma, solicitou-se à SCD que aguardasse o pronunciamento da PFE sobre a questão, para que aí então o Plano fosse remetido ao Conselho Consultivo.

Em 16 de novembro de 2017, foram solicitadas informações às prestadoras Telefônica, Oi S.A, Algar Telecom e Sercomtel, por meio dos Ofícios nº 390/2017/SEI/PRUV/SPR, nº 391/2017/SEI/PRUV/SPR, nº 392/2017/SEI/PRUV/SPR nº 393/2017/SEI/PRUV/SPR, respectivamente. Foram solicitados dados para a realização do cálculo do Valor Presente Líquido - VPL das desonerações relativas aos Telefones de Uso Público - TUP, aprovadas por meio do Acórdão nº 4, de 9 de janeiro de 2017 (SEI nº 1101884).

Em 20 de novembro de 2017, foi elaborado o Informe nº 208/2017/SEI/PRUV/SPR, o qual solicitou à Procuradoria Federal Especializada da Anatel - PFE análise quanto ao exaurimento do processo de construção de um novo PGMU conforme revisões quinquenais dos contratos de concessão, manifestando o entendimento de que seria necessário, para atendimento das solicitações do MCTIC por meio do Ofício nº 43653/2017, apenas a atualização dos saldos do PGMU IV e o encaminhamento ao MCTIC de proposta de uso dos respectivos saldos voltados à expansão da infraestrutura de banda larga, nos termos do inciso I do art. 20 do Decreto nº 8.776, de 2016 e da Portaria MC nº 1.455, de 8/4/2016.

Em seguida, em 1 de dezembro de 2017, a Procuradoria Federal Especializada da Anatel- PFE elaborou o Parecer nº 1031/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 2180991), o qual concordou com a conclusão da área técnica da Agência constante do Informe nº 208/2017/SEI/PRUV/SPR. Dessa forma, opinou pelo exaurimento do processo de elaboração do PGMU referente ao período de 2016-2020 no âmbito da Anatel, sugerindo, para o cumprimento das solicitações do Ofício nº 43653/2017/SEI-MCTIC, a elaboração de plano para aplicação dos saldos do PGMU proposto dentro do escopo da concessão e que fosse convergente com a expansão da infraestrutura de banda larga, nos termos do inciso I do art. 2º do Decreto nº 8.776, de 2016 e da Portaria MC nº 1.455, de 2016. Destacou, porém, a necessidade de envio da proposta do PGMU referente ao período de 2016-2020, aprovada pela Anatel na 816ª Reunião do seu Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo para manifestação opinativa, em razão de restabelecimento de seu quórum e considerando a solicitação do MCTIC. Após, a matéria deveria seguir ao MCTIC para avaliação, conforme art. 18, inciso III, da Lei nº 9.472, de 1997.

O processo em questão foi encaminhado à apreciação do Conselho Diretor da Anatel, pela MACD n° 1145/2017 (SEI n°2214337), a qual foi complementada pelo

Memorando n° 3/2018/SEI/PRUV/SPR (SEI n° 2379667), em que se esclarece que estava em elaboração Informe, em atenção à solicitação formulada pelo Conselho Diretor no Despacho Ordinatório SCD (SEI n° 2236984), cujo objeto eram os riscos ao equilíbrio econômico-financeiro aos contratos de concessão da edição de um novo PGMU sem a respectiva assinatura dos contratos de concessão.

O Informe n° 7/2018/SEI/PRUV/SPR (SEI n° 2297762) prestou os esclarecimentos quanto aos possíveis impactos, ao afirmar que mesmo inexistindo obrigação legal ou regulamentar para revisão dos contratos de concessão quando da aprovação de um novo PGMU, o estabelecimento e a modificação das metas de universalização sempre ocorreu em momento anterior ou concomitante à assinatura de novos contratos de concessão do STFC, a fim de formalizar a anuência dos concessionários acerca das novas obrigações. Mesmo quando realizada fora dos prazos previstos nos contratos de concessão, houve a assinatura de aditivos contratuais em que as concessionárias anuíam com as novas obrigações. Neste sentido, opinou que, tendo em vista que o prazo para a assinatura da revisão dos contratos de concessão já havia sido ultrapassado, a edição de um novo decreto do PGMU poderia, com base em paradigma anterior, ser acompanhada da celebração de aditivo aos contratos em vigor, como instrumento de formalização da anuência das concessionárias com as mudanças. Dessa forma, busca-se-ia mitigar eventuais contestações futuras, inclusive judiciais, que poderiam vir a impactar na execução das novas metas, bem como na utilização dos saldos apurados.

Adicionalmente, o Informe n° 33/2018/SEI/PRUV/SPR (SEI n° 2460953), endereçou as questões encaminhadas pelo MCTIC, por meio do Ofício nº 43653/2017/SEI-MCTIC (SEI n° 1981392), que solicitou, dentre outras coisas, o encaminhamento da minuta de PGMU aprovada pelo Conselho Diretor da Anatel, para apreciação do Conselho Consultivo da Agência e a instrução da área técnica da Agência a elaborar, submeter ao Conselho Diretor e encaminhar ao Ministério, um plano para aplicação dos saldos do PGMU proposto dentro do escopo da concessão do STFC e que fosse convergente com a expansão da infraestrutura de banda larga, nos termos do inciso I do art. 2º do Decreto nº 8.776, de 2016 e da Portaria MC nº 1.455, de 8/4/2016.

O citado Informe cuidou de analisar as manifestações apresentadas pelas concessionárias, apresentando valores revistos para o saldo relativo a TUP, bem como atualização para os saldos referentes ao PSM e ao *backhaul*.

Quanto aos valores decorrentes da desoneração de TUPs, ao acolher algumas premissas apresentadas pelas concessionárias, especialmente relacionadas aos custos associados à manutenção e retirada dos aparelhos, a SPR apresentou novos valores, em média 39% inferiores aos anteriores, conforme mostrado a seguir:

Concessionária	**Saldo Antes da Conciliação**	**Saldo Após a Conciliação**	**Variação (%)**
Oi	- R$ 806.491.412	- R$ 481.803.145	- 40,26%
Vivo	- R$ 195.893.466	- R$ 129.600.115	- 33,84%
Algar	- R$ 3.122.655	- R$ 1.672.413	- 46,44%
Sercomtel	- R$ 2.248.513	- R$ 1.644.091	- 26,88%
Total	- R$ 1.007.756.046	- R$ 614.719.763	- 39,00%

Tabela 2 - Cálculo conciliado e atualizado decorrente da redução de TUPs

Esses valores, somados aos demais saldos atualizados, resultaram nos seguintes montantes:

Redução de TUPs	R$ 614.719.762,99
Substituição do PST por *backhaul*	R$ 1.996.036.322,79
Supressão da obrigação de PSM	R$ 687.725.828,75
Total	**R$ 3.298.481.914,53**

Tabela 3 - Cálculo conciliado e atualizado dos saldos do PGMU (2018)

Vale dizer que, sobre as citadas revisões, a área técnica ainda destacou o seguinte:

> *3.36. Assim, o debate sobre o crescimento dos custos de manutenção e de retirada de TUP da Oi – que resultaram numa variação negativa de aproximadamente 40% do seu saldo de TUP –, bem como sobre os custos de manutenção e de retirada de TUP da Telefônica, que foram, respectivamente, 125% e 200% superior à média das demais concessionárias,* **limitou-se à verificação das premissas e dos procedimentos de cálculo** adotados pelas concessionárias. Logo, **a área técnica entende que os valores apresentados por elas para cada uma das variáveis utilizadas nos cálculos restam passíveis de verificação, em momento oportuno**.

Adicionalmente, a área apresentou, também, propostas de projetos que poderiam fazer uso desse saldo:

Construção de *backhaul* em fibra ótica;

Atendimento de áreas rurais com rede móvel;

Construção de valas e dutos para enterramento das redes;

Revisão das tarifas do Plano Básico do STFC; e

Constituição de "reserva" para uso futuro, especialmente para além de eventual aprovação do PLC nº 79/2016.

O processo foi encaminhado a este colegiado por meio da MACD nº 213/2018 (SEI nº 2531524), sugerindo, ao final, que o processo 53500.030058/2016-89 fosse conectado ao processo nº 53500.022263/2013-28, tendo em vista a grande similaridade dos temas e objetivando evitar decisões conflitantes.

Ao apreciar a questão o Acórdão n° 235/2018 (SEI n° 2688577) concluiu pela impossibilidade de realizar conciliação de todos os valores, junto às concessionárias do STFC, dos valores de saldo remanescente do PGMU proposto em razão das discordâncias novamente apresentadas pelas empresas. Assim, a título informativo, os saldos de PSM e *Backhaul* atualizados e o de TUPs entendidos como adequados pela Agência deveriam ser o valor a ser encaminhado ao MCTIC.

Ademais considerou-se inviável a aprovação dos projetos propostos pela para aplicação dos saldos por não atenderem a uma ou mais das seguintes premissas: (a) aderência ao escopo da concessão; (b) convergência com a expansão de

infraestrutura de banda larga; (c) inovação em relação às metas encaminhadas no PGMU IV; (d) devem conter elementos suficientes para viabilizarem a fixação de uma meta de universalização pelo MCTIC e (e) passar no crivo de conveniência e oportunidade dos projetos na visão desta Agência, na qualidade de propositora de políticas públicas (LGT, art. 19, III). Complementou-se afirmando que o Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações está orientado em conformidade com os atos normativos que demandam a expansão da infraestrutura de banda larga e é âmbito adequado para a discussão de projetos que atendam aos anseios desta Agência e do MCTIC.

Por isso recomendou-se a continuidade da avaliação quanto à preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão vigentes, bem como a indicação de possíveis alternativas a serem adotadas na hipótese de existência de desequilíbrio.

Diante disso, assim decidiu o Acórdão n° 235/2018 (SEI n° 2688577):

> a) em resposta ao Ofício nº 43653/2017/SEI-MCTIC, que esta Agência informe ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações - MCTIC que:
>
> a.1) o PERT, a ser submetido pelo Conselho Diretor a Consulta Pública, atenderá à demanda do Ofício Ministerial para aplicação dos saldos do PSM e *Backhaul* atualizados e o de TUPs, entendidos como adequados por esta Agência, estimados em R$ 3.691.518.197,54 (três bilhões, seiscentos noventa e um milhões, quinhentos e dezoito mil, cento e noventa e sete reais e cinquenta e quatro centavos);
>
> a.2) não foi possível conciliação quanto ao saldo decorrente das desonerações do PGMU proposto devido discordância por parte das concessionárias do STFC; e,
>
> a.3) será encaminhado ao Conselho Consultivo a proposta de PGMU aprovada por este Conselho Diretor;
>
> **b) que o Superintendente Executivo (SUE), em coordenação com as Superintendências de Competição (SCP) e de Planejamento e Regulamentação (SPR), instaure novo processo, caso ainda não o tenha feito, para voltar a discutir sobre a avaliação quanto à preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão vigentes, bem como a indicação de possíveis alternativas a serem adotadas, na hipótese de existência de desequilíbrio, encaminhando-se os resultados para aprovação deste Conselho Diretor;**
>
> c) determinar que a Superintendência de Planejamento e Regulamentação (SPR) junte aos autos a Planilha de cálculo dos saldos do PGMU (SEI nº 2390603) e Planilha de cálculo dos projetos de uso dos recursos do saldo do PGMU (SEI nº 2397545);
>
> d) receber a Petição SEI nº 2661879 e indeferir os pedidos dela constantes; e,
>
> e) não conhecer das petições CT/Oi/GEIR/6981/2018 (SEI nº 2683203) e CT/Oi/GEIR/6982/2018 (SEI nº 2683263), nos termos da Súmula Anatel nº 21/2017.

Como consequência, foram instaurados um processo para cada uma das Concessionárias, entre eles o processo n°53500.026834/2018-16, objeto da presente Análise.

Em relação ao Acórdão nº 235/2018 (SEI n° 2688577), as concessionárias interpuseram Embargos de Declaração e Pedidos de Reconsideração. Foram então apreciados na Análise nº 212/2019 (SEI nº 4564362), que examinou os pedidos interpostos.

Na ocasião, o Decreto nº 9.619, de 20/12/2018, aprovando o PGMU IV já havia sido publicado. Dentre as várias disposições, o Plano estabeleceu:

- Redução das metas de instalação de TUP (arts. 9º a 16);
- Obrigação de provimento de acesso fixo sem fio, com suporte a conexão móvel de, no mínimo, quarta geração (4G), nas localidades listadas em anexo, às custas do saldo decorrente da desoneração de TUPs (art. 19);
- Determinação para que a Anatel apure a disponibilidade de saldo decorrente da redução de TUP e do provimento de acesso fixo sem fio, e estabeleça, e for o caso, obrigação de cobertura de novas localidades (art. 22);
- Que os saldos decorrentes das obrigações de PSM, de troca de PST por backhaul e de redução da densidade de TUPs serão convertidos em obrigações de universalização (arts. 26 a 28); e
- Determinação para que a Anatel submeta ao MCTIC plano de utilização desses saldos.

Por isso, a Análise nº 212/2019 (SEI nº 4564362) alertou para o fato de que os valores apresentados ao MCTIC, após o Acórdão nº 235/2018 (SEI n° 2688577) consistiam em uma estimativa de saldo, de forma que se pudesse orientar o dimensionamento das novas obrigações que seriam estipuladas no PGMU IV. Com a efetiva publicação do Plano, novos cálculos deveriam ser feitos, dessa vez não mais em caráter de estimativa, mas definitivos, a fim de que se apurasse a efetiva diferença entre as desonerações com instalação de TUPs e os montantes despendidos com a obrigação de acesso fixo sem fio.

Sobre os questionamentos suscitados pelas prestadoras, assim concluiu a Análise:

> Alegaram as concessionárias a existência de erro material nos cálculos que embasaram o Acórdão nº 235/2018 (SEI n° 2688577), ao considerar como estimativa de entrada em vigor do PGMU IV, o início de 2018. Sobre tal alegação reconheceu a Análise a existência de erro material, haja vista que o Acórdão nº 235/2018 (SEI n° 2688577), data de 2018, quando já se tinha visibilidade quanto à impossibilidade de entrada em vigor do Plano naquele ano. Por isso, afirmou a existência de possível erro de premissa, em que pese não haver a possibilidade de reforma da decisão, por esta já ter cumprido sua função de orientar o MCTIC, na elaboração da política pública.
>
> Em relação à conciliação de valores afetos à redução da planta de TUPs apontaram as concessionárias que a decisão não teria considerado os valores conciliados. Sobre tal ponto esclareceu a Análise nº 212/2019 (SEI nº 4564362), a existência de apontamentos das prestadoras, os quais não foram acatados pela área técnica e, por tal razão, não estavam refletidos nos cálculos.

Adicionalmente, alertou para o fato de que os valores apresentados pelas concessionárias ainda serem passíveis de acerto de contas, posteriormente à publicação do PGMU, a fim de se checar se, nesse contexto, a estimativa realizada estava respaldada pela realidade.Ao fim, reconheceu que os cálculos consideraram os valores conciliados.

Sobre a conciliação dos valores afetos à substituição das metas de PST por backhaul refutou-se qualquer tipo de nova discussão, em razão do contraditório sobre tal ponto ter sido realizado em processos específicos, que redundaram nas conciliações que foram consideradas.

Quanto à existência e composição do saldo decorrente da obrigação PSM sustentaram as concessionárias que não haveria saldo decorrente, seja por ausência de previsão, seja porque a obrigação restaria cumprida. Sobre tal aspecto entendeu a Análise que ainda que se admitisse estar cumprida a obrigação, a sua supressão também deveria implicar em saldo. Quanto à alegação de que o PSM não importaria em novo saldo porque já teria sido considerado na conversão da obrigação de PST em *backhaul* apontou para o fato de que a obrigação de instalação de *backhaul* se deu com a edição do Decreto 6.424/2008. Todavia, não foi suprimida ali a obrigação de PSM, mas tão somente a de PST. Assim, o PGMU III manteve a obrigação de instalação de PSM até a sua revogação, que somente se deu em dezembro de 2018. Dessa forma, somente a partir desse momento se constituiu, portanto, o referido saldo. Em relação à quantificação do saldo, resgatou que decorreu de estudo conduzido pelo Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações (CPqD), realizado em primeiro momento exatamente para a constituição da obrigação, conforme se depreende do processo nº 53500.021171/2007-82. Por derradeiro, entendeu esgotada a discussão sobre tal ponto em razão dela ter sido travada anteriormente na Análise de Impacto Regulatório (AIR) que tratou da revisão do PGMU, no âmbito do processo nº 53500.022263/2013-28, que foi disponibilizada na Consulta Pública (CP nº 25) da minuta do referido Plano.

Sobre a aplicação do saldo apurado ratificou a razoabilidade de que tais considerações fossem remetidas ao MCTIC e a aderência entre os projetos propostos e o que havia sido aprovado no Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações.

Com base nesses argumentos foi proferido o Acórdão nº 478/2019 (SEI nº 4602985), o qual determinou à Superintendência de Planejamento e Regulamentação (SPR) que (i) procedesse a apuração final dos valores, a fim de dar cumprimento aos arts. 22 e 29 do Plano Geral de Metas para a Universalização do STFC Prestado em Regime Público (PGMU IV), aprovado pelo Decreto nº 9.619, de 20 de dezembro de 2018;(ii) tratasse a apuração final dos valores citada na alínea anterior, no âmbito do processo instaurado para esse fim (processo nº 53500.012737/2019-19).

Processo nº 53500.012737/2019-19

Visando dar cumprimento ao teor do Acórdão nº 478/2019 (SEI nº 4602985) foi elaborado o Informe nº 101/2019/CPAE/SCP, cujo objeto era a análise para

precificação da meta de Acesso Fixo Sem Fio do PGMU IV, aprovado pelo Decreto nº 9.619/2018.

Foram adotados os seguintes quesitos na metodologia de cálculo do valor presente líquido dos fluxos de caixa descontados, com base no PGMU: (i) instalação de uma estação rádio-base (ERB) 4G em cada uma das 1.473 localidades do Anexo IV do PGMU; (ii) viabilidade técnica para a oferta de conexão à Internet, em regime de exploração industrial, por meio de tecnologia de quarta geração; e (iii) cronograma de implantação com início em 2019 e término em 2023.

A tais quesitos somaram-se outros descritos no Memorando nº 29/2019/PRUV/SPR (SEI nº 4190363):(i)inclusão no cálculo de valores relativos aos equipamentos, às redes de transporte implantadas especificamente para o cumprimento da meta, à infraestrutura civil e ERB; (ii) deve ser considerada tecnologia 3G para localidade atribuídas à Sercomtel; (iii) deve ser considerada a exploração do serviço até 2025.

Foram elencados quatro potenciais cenários de modelo de negócio as concessionárias:

- Modelo de varejo para o Serviço Móvel Pessoal - SMP;
- Modelo de atacado para o SMP (exploração industrial);
- Modelo de atacado para o SMP sem receita;
- Modelo somente com previsão de CAPEX.

Em relação à projeção de demanda dos quatro cenários apontou-se para o fato de que ainda que se tenha a instalação das ERBs 4G, não haveria como se impor às prestadoras do SMP a obrigatoriedade de prestarem o serviço nessas localidades, por tratar-se de um serviço prestado em regime privado. Além disso, caso se considerasse a hipótese de utilização da infraestrutura implementada por força do PGMU, pelas prestadoras do SMP por liberalidade, para que isso ocorresse seria em razão de uma receita a ser obtida com a prestação do serviço superior aos custos de OPEX, de forma que isso implicaria em amortização dos custos de CAPEX e, consequentemente, um VPL positivo ou próximo de zero, que não justificaria a opção pela política pública. Além disso, a área estimou a demanda com base em dados de população do IBGE, previsão de demanda para 4G com base em modelo de custos (com exceção da Sercomtel para quem, por razões técnicas, adotou-se como parâmetro o 3G) e *market share* de 100%, ao que concluiu por uma demanda extremamente baixa se comparado com o investimento exigido para implementação da política pública.

A área estimou ainda o investimento necessário à implementação do Plano para cada uma das concessionárias, com perspectiva de implementação ao longo de 2019 até 2023, nos seguintes termos:

Concessionária	Valor final
Telefônica	R$ 44.886.391,60
Oi	R$ 166.860.281,84
Algar	R$ 487.895,56
Sercomtel	R$ 402.961,64

Tabela 4 - Previsão total CAPEX

Em seguida, passou-se a avaliar um plano de negócio com arrecadação advinda da exploração da infraestrutura de rede móvel: um no segmento varejo e outro no atacado. Para o varejo adotou-se a referência da Receita Média Por Usuário (ARPU) do serviço móvel por prestadora e em cada unidade da federação, a partir dos dados do Sistema de Acompanhamento Econômico Financeiro do SMP – SAEF. Para o atacado foram computadas informações relativas à oferta de roaming com base em dados do Sistema de Negociação das Ofertas de Atacado – SNOA. Tais dados foram confrontados com despesas de OPEX.

A análise dos modelos apresentou VPL negativo para ambos os modelos de negócio, sendo que o "Modelo de varejo para o SMP" resultou mais negativo do que o "Modelo de atacado para o SMP". O resultado demonstra que, de uma forma geral, não há atratividade econômica para uma prestadora de telecomunicações em explorar o SMP nessas regiões: em nenhuma delas o VPL foi positivo. Desse modo, para o grupo econômico detentor de concessionária somente faria sentido explorar o serviço no atacado, não oferecendo o serviço ao usuário final. Ou seja, nem Oi, nem Telefônica, nem Algar, nem a Sercomtel teriam vantagens em explorar o serviço diretamente. Realmente, este projeto abrange localidades notadamente não rentáveis, cuja expectativa de receita não supera o custo.

O estudo mostra que, de fato, seria necessário que o Poder Público subsidiasse a implantação e operação da rede por todo esse tempo, partindo do antecedente de que as operadoras do SMP seriam obrigadas a atuar nessas regiões (o que não se pode garantir por efeito do PGMU nem por instrumento regulatório ordinário).

Acresce a isso, como problema a ser apontado no modelo de varejo, a existência de subsídio cruzado entre o STFC e o SMP, o que é vedado pela LGT. Além disso, destacou-se mais uma vez, para ambas as hipóteses, o problema da não obrigatoriedade de prestação do serviço nas regiões, nem da utilização da infraestrutura por parte de qualquer interessado, conforme já explanado acima.

Uma terceira situação estudada foi o "Modelo de atacado para o SMP sem receita ", que tem por princípio a exploração da rede móvel em regime industrial, porém moldando a hipótese de operação sem previsão de receita. Essa visão precifica um fluxo de caixa com receita zero, despesas advindas dos custos de operação dos serviços de atacado e operação e manutenção da rede de telecomunicações, mais o CAPEX de construção da rede móvel.

Em relação a tal modelo a área apontou a ausência de respaldo legal para permitir a exclusão dos valores de receita e a pouca racionalidade da hipótese, sob o ponto de vista do emprego eficiente do recurso público. Além disso, questionou para esse modelo e para o seguinte ("Modelo somente com previsão de CAPEX"), a viabilidade de operação de redes de telecomunicações 4G, descartando-se os custos de investimento.

Em um último panorama ("Modelo somente com previsão de CAPEX "), estudou-se tão somente o CAPEX de investimento em redes. Nessa simulação não se está olhando sob o ponto de vista da concessionária, mas de um terceiro interessado. Assim, considerou-se os custos com investimento e operação e manutenção da rede

como custos afundados, subsidiados pelo Poder Público e não recuperáveis em qualquer grau significante. Logo, foram retirados do fluxo de caixa. Sobra, portanto, a equação de uma operadora interessada em utilizar da infraestrutura para vender o serviço no varejo, isto é, a receita do varejo descontados os custos de atacado com a utilização da infraestrutura e os custos de operação da própria empresa (que são extraídos por meio de um percentual da receita com base no Modelo de Custos *Top-Down* da Anatel). Nos cálculos foram ainda considerados os custos que a autorizatária incorreria com a contratação de *roaming* nacional do PGMC (afastou-se a hipótese de RAN - sharing por se tratar de um custo maior).

O resultado das simulações é que em todas as localidades o Modelo de varejo do SMP com atacado resultou em VPL negativo, ou seja, não há viabilidade de negócio. Em outras palavras, pode-se afirmar que, mesmo afundando-se os custos de investimento e operação e manutenção da infraestrutura, ainda assim não seria viável que uma empresa operasse o SMP nessas regiões.

Não obstante, essa simulação continua a enfrentar as mesmas barreiras anteriores: (i) o subsídio cruzado ao SMP por meio de investimentos feitos por empresas no STFC (potencial vedação da LGT); e (ii) a não obrigatoriedade de atendimento das localidades, sob alto risco de as empresas decidirem por não explorar o SMP deixando a infraestrutura aplicada pela política pública do PGMU IV inutilizada.

O Informe nº 101/2019/CPAE/SCP fundamentou a elaboração da Análise nº 187/2019/MM, (SEI nº 5042876) e Acórdão nº 655/2019 (SEI nº 5059190), de forma que concluiu-se que diante dos apontados obstáculos para identificação da aplicação de eventual saldo, em observância ao comando do parágrafo único do art. 22 do Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público, aprovado pelo Decreto nº 9.619, de 2018, mostrava-se oportuno submeter a questão ao MCTIC, com vistas à obtenção de direcionamento técnico acerca da política pública examinada.

Em 11 de maio de 2020, o MCTIC encaminhou o Ofício nº 17650/2020/GSTEL/SETEL/MCTIC (5529049), da Secretaria de Telecomunicações (SETEL) do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), que trata do Acórdão nº 655, de 20 de dezembro de 2019, e da solicitação de direcionamento técnico, pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), em relação às metas de acesso fixo sem fio do Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU), para conhecimento.

No Ofício mencionado, a SETEL solicitou à Anatel que, na preparação da revisão do PGMU, preveja a interrupção da execução dessas metas, encaminhando o atendimento das localidades faltantes para o leilão de radiofrequências a ser realizado por meio do edital que é objeto da Consulta Pública nº 9, de 2020. Em contrapartida, o saldo resultante da redução de telefones de uso público, que ensejara o estabelecimento das metas de acesso fixo sem fio, deve ser reorientado à ampliação das redes de transporte de telecomunicações em fibra óptica no País.

Processo n°53500.026834/2018-16

Como documentos aptos a contextualizar o presente processo foram anexadas cópias de julgados da Anatel, as quais receberam os seguintes números SEI:

Voto n° 85/2015-GCIF (SEI nº 2903312), Parecer n° 76/2014/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU (SEI n° 2903316) e Acórdão n° 215/2015-CD (SEI n° 2903324), os quais estabelecem como modalidades de avaliação o acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; a análise da sustentabilidade da concessão; e, o acompanhamento econômico-financeiro.

Acórdão n° 235/2018 (SEI n° 2903317) abordado no item 4.49 da presente Análise.

Após regularmente notificada, a Oi participou de reunião com a Anatel (SEI n°3212846), em 22 de agosto de 2018, para discutir eventuais circunstâncias que, no seu entendimento, pudessem ter interferido no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Na referida reunião os representantes da concessionária questionaram a possibilidade de rediscussão dos valores de saldo do PGMU contidos no Voto n° 29/2018/SEI/PR, pois em sua visão haveria dúvidas quanto ao valor, metodologia adotada e destinação do valor.

Além disso, afirmou que o foco da empresa estaria nos eventos desequilibrantes que possuem maior impacto financeiro, especialmente os ligados a tarifas, como o atraso em processos de reajuste, alteração do índice de reajuste e alterações nas regras para cálculo do Fator de Produtividade (Fator X).

Por fim, sustentou que o direito de solicitar o reequilíbrio do contrato seria irrenunciável, podendo ser exercido a qualquer tempo.

A Oi apresentou então, nos autos do presente processo, petição (SEI n° 3411377), reiterada pela petição (SEI nº3411785) na qual:

Avalia em termos teóricos a questão do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão;

Afirma que, medidas de ordem geral, como é o caso dos atos normativos, que repercutem no contrato de concessão devem gerar recomposição a favor do administrado, por se tratarem de Fato do Príncipe, o qual impacta as concessionárias de maneira especial, por não terem margem de manobra para contornar o ônus imposto pela nova legislação.

Alega ainda que o fato da administração abrange qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, pode tornar impossível a execução do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico. Também nessas situações haveria o dever de recomposição.

Menciona que os contratos de concessão da Oi tiveram seu equilíbrio desfigurado em diversas situações, tanto pela edição de atos normativos, como por comportamento irregulares da Agência. Em tais ocasiões, não foram adotadas as devidas providências para se restabelecer o equilíbrio econômico do contrato.

A partir daí, a Oi começa a listar os eventos que entende desequilibrantes:

Reajustes tarifários:

Atrasos sucessivos nos reajustes tarifários - Os contratos de concessão preveem o reajuste em intervalos não inferiores a 12 (doze) meses. Trata-se de direito subjetivo da concessionária, periódico e automático, que independe de documento comprobatório ou provocação do contratado. Emerge da simples ultrapassagem do tempo, como um poder-dever da Administração. Sua periodicidade deve ser anual (Lei nº 9.609/1995, artigo 70, II c/c Lei nº 10.192/2001, artigo 3º, §1º). Apesar disso, por diversas vezes a Anatel editou os atos de reajustamento de forma intempestiva. Outro ponto é que a demora na divulgação de IST e Fator X já imprime um atraso no reajuste.

Impugnação do IGP-DI no reajuste de 2003 - O contrato de concessão previa o reajuste tarifário com base em fórmula que adotava o IGP-DI como índice. Diante de alta ocorrida em 2002, com base em decisão judicial liminar, o reajuste deu-se com base no IPCA. Em julho de 2004 tal liminar foi revogada. Entretanto, não o IGP-DI não foi aplicado retroativamente para o intervalo de junho/2003 a junho/2004.

Fator de Transferência (Fator X)

Impactos das alterações na metodologia de cálculo do Fator X - As Resoluções nº 418/2005 e 507/2008 incluíram, indevidamente, no cálculo do Fator X, o produto Comunicação de Dados. A partir de 2005, sem previsão regulamentar, a Anatel começou a utilizar o Documento de Separação e Alocação de Contas - DSAC para cálculo do Custo do Capital que integra os cálculos do Fator X (o DSAC foi utilizado para os exercícios de 2016 e 2017). Com a publicação da Resolução nº 684/2017 o produto Comunicação de Dados foi retirado do cálculo do Fator X. A indevida consideração no Fator X, do DSAC e de ganhos de eficiência que não se relacionam ao serviço concedido geraram reajustes menores do que era devido. As novas regras do Fator X implicam em inovação à prática que se tinha quando da formação da equação econômico-financeira do contrato.

Arbitrariedade da Anatel no Cálculo do Fator X em 2006 - em janeiro de 2006 o Fator X calculado para a Oi foi negativo e, a luz do disposto, na cláusula 12.1, §3º do contrato de concessão de 2006 deveria ter sido substituído por zero. Entretanto, isso não ocorreu e o Fator X foi considerado 0,989%.

Índice de Serviços de Telecomunicações - IST

Criação do IST e substituição do IGP-DI na fórmula do reajuste tarifário - os contratos de concessão de STFC de 1998 elegem o IGP-DI como índice de reajuste tarifário, consoante estabelece a cláusula 11.1 daqueles instrumentos. A despeito disso, com base na Resolução nº 420/2005, que aprovou a Norma para Cálculo do Índice de Serviços de Telecomunicações - IST, tal índice foi

substituído pelo IST, a partir do contratos de concessão de 2006. Tal alteração importou em perda significativas.

Perda de 0,18% do IST em 2008 - inobservância da metodologia de cálculo do IST fixada na Resolução n.º 420/2005 (posteriormente substituída pela Resolução n.º 532/2009), o que acarretou erro material consistente na perda de 0,18% do IST em 2008.

Criação do Fator de Amortecimento - introdução do Fator de Amortecimento, a partir de 2006, nos Contratos de Concessão, o qual integra a fórmula de reajustamento de tarifas e tem por propósito atenuar os efeitos da variação do IST acima de 10%. Em 2016, tal fator foi aplicado em face da Oi e resultou em um reajuste tarifário menor, com efeitos permanentes e cumulativos. Adicionalmente, observou a prestadora que o fator foi aplicado sobre uma variação do IST correspondente a mais de 12 meses (dezembro de 2014 a janeiro de 2016). Ou seja, o IST somente apurou 10%, pois foram considerados mais de 12 meses de variação para aplicação do reajuste.

Bill and Keep local - alteração da forma de remuneração pelo uso de redes pela Resolução nº 588/2012. Até sua vigência, as prestadoras de STFC remuneravam o uso de redes quando havia desbalanceamento de tráfego na proporção de 55% contra 45%. Com a Resolução. apenas o tráfego sainte na proporção de 75% do tráfego cursado entre as prestadoras pagaria pelo uso de rede, Com isso, houve significativa redução das receitas usualmente recebidas pelas prestadoras locais. Além disso, em 1014, foi completamente extinta a remuneração pelo uso da rede no relacionamento entre prestadoras de STFC na modalidade local.

Modelo de custos e alteração no valor da TU-RL e TU-RIU - A Resolução nº 33/1998 determinava, em seu anexo, os valores máximo e mínimo da Tarifa de Uso de Rede Local (TU-RL) e da Tarifa de Uso de Rede Interurbana (TU-RIU). A partir de 2006, o Decreto nº 4.733/2003 introduziu a ideia do modelo de custos, para vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008. e as tarifas de remuneração de redes passaram a ser direcionadas por tal modelo. Além disso, os contratos de concessão de 2006 estabeleceram nova regra para viger até a implementação do modelo de custos, limitando o valor da TU-RL da concessionária a 50%, até 31/12/2006 e, a 40%, até 31/12/2007 da tarifa de utilização do serviço local. Por fim, foi editada a Resolução nº 639/2014, que aprova os valores máximos das tarifas de uso de rede fixa do STFC, dos valores de referência de uso da rede móvel e de EILD.

Prorrogação da CPMF - Criada pela Lei nº 9.311/1996, a CPMF tinha previsão de vigência até 1999, entretanto passou por diversas prorrogação e vigorou até 31/12/2007, onerando as concessionárias em mais de 8 anos além do que era esperado.

Bitributação do FUST - Em 2005, por meio da Súmula n.º 7/Anatel, foi alterada a base de cálculo do Fust, de modo que em sua base de cálculo passaram a estar incluídas as receitas de interconexão e exploração industrial. Essa mesma decisão impacta também o FUNTTEL e o pagamento de ônus contratual. Além disso, houve previsão de aplicação retroativa da Súmula. Todo esse cenário modifica as condições originárias de contratação.

Edição de novos regulamentos:

> Resolução nº 632/2014, que aprovou o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Telecomunicações - RGC - impôs custosas obrigações às prestadoras de telecomunicações, como por exemplo, atendimento pela internet, dever da prestadora retornar a ligação ao consumidor quando houver descontinuidade de chamada, acesso pelos atendentes do Setor de Atendimento Presencial aos sistemas das prestadoras, envio em separado de acordos de parcelamento, implementação de comparador de Planos de Serviços e ofertas promocionais, entre outros,
>
> Resolução 667/2016, qua aprovou o Regulamento Geral de Acessibilidade - impôs obrigações que demandam alto investimento, como impressão de documentos em braile e modificação do sítio eletrônico para torná-lo acessível.

Aumento do PIS/COFINS/ICMS - aumento da carga tributária que acarretou a exclusão da base de assinantes daqueles mais expostos às variações do valor do serviços.

Impacto em EILD - A Resolução nº 402/2005 alterou significativamente o contexto existente para EILD quando da assinatura dos contratos de concessão. A partir da Resolução, a oferta de EILD passou a ser obrigatória para as PMS (EILD padrão) e foi previsto mecanismo de resolução de conflitos, com base em valores de referência em modelo de custos. Seguiu-se a isso, a publicação da Resolução nº 600/2012, o Plano Geral de Metas de Competição e sua alteração pela Resolução nº 639/2014, que previram a adoção de medidas assimétricas no mercado de atacado, destacando-se a existência de Ofertas Públicas, que no caso da EILD, com a Resolução nº 639/2014 deveriam seguir o modelo de custos, a partir de 2016. Além disso, houve redução dos degraus de distância, de forma que circuitos antes remunerados como longa distância passaram a ser remunerados como local, o que gerou perda significativa.

Criação da obrigação de avaliação da qualidade percebida pelo usuário do STFC - criada pela Resolução nº 605/2012, que aprovou o RGQ-STFC e mantida pela Resolução nº 654/2015, consiste na contratação de empresa especializada, pelas prestadoras do STFC, para que se realize pesquisa com os usuários do STFC, com a utilização de questionários e indicadores específicos, a fim de captar, anualmente, a percepção do usuário em relação ao desempenho de sua prestadora.

Obrigação de implantação e manutenção de conselhos de Usuários - o contrato de concessão de 1998 não previa a criação e manutenção de Conselho de Usuários por parte da Concessionária. Trata-se de obrigação que surgiu na prorrogação do Contrato de Concessão de STFC em 2006, regulamentada apenas em 2008, por meio da Resolução n° 490, que deu lugar, por sua vez, à Resolução n° 623/2013. Foram criadas para as concessionárias obrigações, as quais geram custos inicialmente não previstos, principalmente relativos à realização das reuniões do Conselho.

Mora da Anatel em solucionar a prática do Sumidoro de Tráfego - demora da Anatel (de março de 2010 a agosto de 2013) em solucionar a ilegalidade praticada pela Intelig em desfavor da Oi, consistente em geração de tráfego artificial.

Edição da Resolução Conjunta nº 4/2014 - a Resolução criou o preço de referência para o aluguel do ponto de fixação em um poste. Anteriormente à Resolução a estipulação de preço era feita de forma livre pelos agentes. Além disso, foram criadas regras de desocupação dos postes, as quais acarretaram significativos prejuízos às prestadoras de serviços de telecomunicações.

Ao final, a Oi:

ratificou o desequilíbrio dos contratos de concessão;

afirmou que a discussão sobre os impactos dos eventos listados deveria ter sido feita de ofício pela Anatel;

pugnou pela possibilidade de apresentar novos eventos desequilibrantes, bem como que fossem considerados eventos apontados por outras concessionárias quando da avaliação do equilíbrio de seus contratos;

a análise, sob o ponto de vista jurídico, dos eventos apontados;

a concessão de tratamento sigiloso.

Em 19/03/2018, foi elaborado o Informe nº 35/2018/SEI/SCP/SPR (SEI nº 3925965), no qual as áreas envolvidas assim se manifestam:

O processo sob análise tem objeto limitado à preservação do equilíbrio econômico-financeiro decorrente da proposta de PGMU relativo ao período de 2016-2020, em especial quanto ao saldo estimado e sua aplicação, nos moldes do previsto no item b, do Acórdão nº 235/2018 (SEI n° 2899827). Entretanto, diante do pedido formulado pelas prestadoras, no processo nº 53500.030058/2016-89, de revisão e, ainda, diante da petição apresentada pela Oi nos autos listando diversos eventos, em tese, desequilibrantes, a análise das áreas seria mais abrangente e fundamentada no artigo 108, §4º, da LGT. Não é objeto da avaliação questões reativas à sustentabilidade da concessão (artigo 22, III e 66 da LGT) e à saúde financeira das empresas (artigo 64 e 110, III da LGT).

Em seguida, as áreas teceram comentários acerca da conceituação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, com base no Voto n° 85/2015-GCIF (SEI n° 2899822) e Acórdão n° 215/2015-CD (SEI n° 2899838).

Encerrada tal etapa, as áreas debruçaram-se sobre a análise dos eventos listados como desequilibrantes.

Identificaram três conjuntos de alterações normativas que poderiam ocasionar impactos em obrigações da Concessionária, quais sejam: (i) aqueles que ocorreram antes da renovação dos contratos de concessão em 2006; (ii) aqueles que ocorreram após a renovação e antes da repactuação quinquenal dos contratos de concessão ocorrida no ano de 2011; e, (ii) aqueles que ocorreram após esta ultima repactuação quinquenal.

Estabelecem o primeiro corte de avaliação pós 2006 por se entender que o instrumento assinado neste ano não foi uma mera alteração do contrato, mas sim uma renovação do contrato de concessão, por 20 anos, na forma das condições estabelecidas no Capítulo 6 (Critério de Fixação do Preço Mínimo) do Edital MC/BNDES nº 01/98**.** Em outros termos, trata-se de um novo contrato assinado e cuja assinatura atesta a concordância das partes com seu equilíbrio econômico-financeiro naquele momento, sendo que eventual situação desequilibrante já deveria estar ali expressamente mapeada.

Além disso, a disciplina do reequilíbrio econômico-financeiro está consolidada no acompanhamento conjuntural do setor por parte da agência reguladora e refletida nas previsões de alterações contratuais, dispostas na Cláusula 3.2 dos contratos de concessão, a serem efetivadas por meio das revisões quinquenais (repactuação contratual) "*com previsão de alteração em 30 de junho de 2011, 31 de dezembro de 2015 e 31 de dezembro de 2020 para estabelecer novos condicionamentos, novas metas para universalização e para qualidade, tendo em vista as condições vigentes à época, definindo-se, ainda, no caso de metas de universalização, os recursos complementares, nos termos do art. 81 da Lei nº 9.472, de 1997"*.

Por essa razão, os eventos elencados pela empresa ocorridos anteriormente a 2011 (segundo corte) também não devem ser considerados para fins de análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Neste ato, a repactuação foi formalizada pela assinatura de um novo contrato e, assim como em 2006, tal assinatura atesta a concordância das partes com seu equilíbrio econômico-financeiro naquele momento.

Em sua petição, a empresa ignora que nas alterações contratuais quinquenais, a Anatel efetua avaliações que deverão considerar os resultados do acompanhamento econômico-financeiro anual e os objetivos estratégicos para o setor, ponderando a introdução ou alteração de metas e condicionamentos, visando a não afetar o equilíbrio econômico-financeiro, o que é obtido com a garantia de que novas regras serão acompanhadas de providências compensatórias que neutralizem distorções, preservando a equivalência original de encargos e retribuições.

Não fosse assim, a Anatel deveria listar todas as alterações de regras contratuais que foram retiradas durante as revisões quinquenais a fim de se garantir o atingimento do equilíbrio contratual. Apenas a título exemplificativo, listaram algumas das modificações ocorridas na última revisão quinquenal dos contratos de concessão que se transmitiram em bônus para as concessionárias:

- eliminação de barreiras que impediam os Grupos das Concessionárias de oferecer serviços de TV a Cabo;
- redução da obrigação de fornecimento de relatórios detalhados para apenas quando solicitados;
- liberdade tarifária para a Longa Distância Internacional (LDI**);**
- possibilidade de adimplir parte do pagamento do ônus contratual de 2% das receitas da concessão com o cumprimento de novas obrigações de universalização definidas no PGMU.

Por isso, limitaram a avaliação a ser realizada quanto aos eventos desequilibrantes descritos nos itens (terceiro corte):

Bill anda keep local (2012)

Regulamento Geral de Direitos dos Consumidores de Telecomunicações - Resolução n° 632/2014

Novas obrigações associadas à ocupação de postes e outras infraestruturas - Resolução Conjunta n° 4/2014

Pesquisa de aferição da qualidade percebida (2012)

Novas obrigações de acessibilidade - Resolução n° 667/2016

Impactos na metodologia do fator X (2005)

Atrasos sucessivos na data de reajustes tarifários

Bitributação do FUST

Mora em solucionar a questão do Sumidouro de Tráfego

Alteração da Metodologia do fator X.

Em relação aos itens 4.76.10.1 e 4.76.10.5 destacaram as áreas técnicas tratarem-se de propostas, as quais foram debatidas em Consulta Pública e/ou Audiência Pública, sem que contudo fossem apontadas como eventos desequilibrantes. Acresce a isso, o fato de que, nos moldes do descrito no Voto n° 85/2015-GCIF (SEI n° 2899822) existe o dever do concessionário de busca de maior eficiência:

> 4.2.63. É importante destacar a aplicação conjunta do inciso IV do § 1º da Cláusula 13.1 com o *caput* da Cláusula 13.4, que estabelece que não será devida revisão de tarifas quando ficar demonstrado que o impacto motivador do pedido de revisão puder ser neutralizado com a exploração eficiente do serviço, pela expansão do mercado ou pela geração de receitas alternativas ou complementares **associadas ao objeto do contrato. Em outros termos, ao avaliar um determinado evento potencialmente capaz de afetar o equilíbrio econômico-financeiro, é**

> **necessário também verificar se o impacto eventualmente causado nas receitas ou custos do STFC não pode ser total ou parcialmente neutralizado pela eficiente exploração de fontes de receitas alternativas que possam ser computadas na equação financeira da concessão.**

Em outros termos, não é qualquer nova regra que tem o condão de se tornar um evento desequilibrante do contrato de concessão, pois a prestação do serviço em regime público também deve buscar a melhor eficiência dos recursos e ser capaz, dentro de certos limites, de absorver os custos advindos destas novas regras. Em regime de competição, inclusive, esta busca por melhor eficiência deve ser feita por todas as prestadoras, atuem elas sob o regime público ou privado. Ao contrário, se as concessionárias não fossem compelidas a buscar tal eficiência frente às novas regras estar-se-ia as sujeitando a condições mais favoráveis que suas concorrentes que atuam em regime privado.

Ressaltou-se, ainda, que nos autos do presente processo a peticionária limitou-se a realizar uma defesa conceitual de tais regulamentos enquanto eventos desequilibrantes do contrato de concessão. É imperativo que seja melhor caracterizada, comprovada, que as alterações promovidas pela Anatel nos regulamentos em comento resultaram em variação expressiva de custos ou receitas que devam ensejar recomposição do equilíbrio contratual.

Em relação aos demais itens foram tecidos os comentários a seguir.

Impactos das alterações na metodologia de cálculo do Fator X

A contabilização dos dados do SCM no cálculo do Fator X até o ano 2016 decorreu da dificuldade de separar a produtividade de cada serviço isoladamente por estarem eles interrelacionados, haja vista que ambos os serviços utilizam-se de insumos em comum.

Tanto no processo nº 53500.01528/2005 quanto no de nº 53500.032151/2007 observa-se que existia a preocupação de que fossem consideradas todas as receitas e despesas do STFC e do SCM haja vista naquele momento inexistir uma separação contábil precisa e consolidada, o que não permitia uma segregação confiável dos dados.

Entretanto, o desenvolvimento do Modelo de Custos, assim como o aprimoramento do recolhimento de dados pelo DSAC, possibilitou uma melhor alocação de custos entre serviços, assim como concedeu maior confiabilidade aos dados apresentados, o que permitiu a revisão da metodologia de cálculo no ano 2017, sendo a nova metodologia (sem o SCM) publicada através da Resolução 684/2017.

A nova metodologia estabelecida pela Resolução nº 684/2017 foi concebida para cálculo do Fator X sobre o STFC como um todo, independentemente da natureza da outorga (concessão e autorização) dada a impossibilidade de segregação de itens de custos utilizados simultaneamente na concessão/autorização, tais como como: pessoal, material, recursos logísticos e tecnológicos e do compartilhamento de estruturas de redes de telecomunicações, além de outros custos comuns. Considerando que as Concessionárias têm a obrigação de informar trimestralmente e anualmente os itens do Documento de

Separação e Alocação de Contas - DSAC, tais dados se mostraram os mais consistentes e adequados para utilização no cálculo da Base de Remuneração.

Tal procedimento encontra amparo legal no item 7.4 da Resolução nº 507/2008, abaixo transcrito:

> 7.4 ...."a metodologia poderá ser revista sempre que constatada alteração significativa nas condições econômicas, no risco do negócio ou **no conjunto de informações disponíveis**" **(grifos nossos**)

Assim, observa-se que houve o fiel cumprimento dos princípios da transparência, da segurança jurídica e da isonomia em todo o procedimento utilizado para fins de cálculo do Fator X. Ressalta-se ainda que tais questionamentos foram enfrentados pela ANATEL no âmbito dos processos 53500.018620/2016-04 e 53504.004920/2016-68, tendo a Procuradoria se manifestado pela legalidade do procedimento e o Conselho Diretor negado provimento ao recurso.

Atrasos sucessivos na data dos reajustes tarifários

Conforme consta na Cláusula 12.1 dos contratos de concessão, abaixo transcrita, o intervalo de cada reajuste de tarifas não poderá ser inferior a 12 (doze) meses, ou seja, o contrato determina apenas o prazo mínimo para o reajustamento:

> Capítulo XII - Do Reajustamento das Tarifas
>
> **Cláusula 12.1.** A cada intervalo não inferior a 12 (doze) meses, por iniciativa da Anatel ou da Concessionária, observadas as regras da legislação econômica vigente, as tarifas constantes do Plano Básico do Serviço Local - Anexo nº 03, poderão ser reajustadas mediante a aplicação das seguintes fórmulas:

Acresce a isso a ausência de informação prestada nos autos do presente processo relativamente a processos ou pedidos que se enquadrem na situação mencionada.

Bitributação do FUST

Em relação a tal item afirmam as áreas técnicas que não há a alegada bitributação em razão de, em termos concretos, o recolhimento em relação às receitas controversas não estar se realizando por força de decisão judicial.

Mora da Anatel em solucionar a prática do "Sumidouro de Tráfego".

Tal assunto foi tratado em Reclamações Administrativas específicas e não deve ser considerado para fins de equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Além disso, a prestadora limitou-se a realizar uma defesa conceitual de sua tese sem comprovar a variação expressiva de custos e receitas que devam ensejar recomposição do equilíbrio contratual.

Ao fim, as áreas traçaram as seguintes considerações:

> Em síntese:
>
> Os eventos trazidos aos autos pela Concessionária fogem do escopo inicialmente proposto no Voto nº 29/2018/SEI/PR (SEI nº 2899831) e Acórdão nº 235/2018 (SEI nº 2899838). Não obstante, todos os eventos enumerados pela Concessionária como desequilibrantes dos contratos de concessão sob sua titularidade foram analisados no presente informe.
>
> A Concessionária ateve-se à interpretação de que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é determinado no momento de sua celebração. No entanto, ao fazer menção apenas aos contratos celebrados em 1998, ignora a assinatura do novo contrato em 2006 e a revisão quinquenal referente aos contratos celebrados em 2011, assim como a preservação da equivalência original de encargos e retribuições repactuadas naquele momento.
>
> Conclui-se, portanto, em adição à improcedência da recomposição de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão em relação a eventos ocorridos antes de 2006, visto que a concessão foi renovada, não se pode, igualmente, abstrair da argumentação as repactuações quinquenais dos contratos ocorrida em 2011, conforme previsão contida na cláusula 3.2 dos contratos de concessão.
>
> Pelas razões abordadas neste informe, entende-se pelo não conhecimento dos eventos listados no item 4.61 e dos quatro eventos listados nos itens 4.71 a 4.91 por não constituírem eventos desequilibrantes uma vez que são eventos anteriores às revisões quinquenais assinadas entre Anatel e a prestadora peticionária.
>
> Pelo conhecimento dos cinco eventos listados no item 4.63 por constituírem eventos que podem ser caracterizados como desequilibrantes caso estejam dentro de prazo prescricional e tenham importado em variação expressiva de custos ou de receitas que não pudesse ser absorvidos pela exploração eficiente do serviço. Entretanto, é imperativo que seja comprovada que as alterações promovidas pela Anatel nos regulamentos em comento resultaram em variação expressiva de custos ou receitas que devam ensejar recomposição do equilíbrio contratual.
>
> Entende-se relevante verificar junto à Procuradoria Federal Especializada - PFE na Anatel quais os prazos prescricionais a serem considerados em uma análise como a aqui efetuada, ou seja, se há limitação temporal dos eventos que acarretam a avaliação de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos posteriores à revisão quinquenal ocorrida referente aos contratos de 2011.

O processo foi então remetido à apreciação jurídica da PFE-Anatel, que em 10/12/2019 elaborou o Parecer nº 00887/2019/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 5006951).

Na peça jurídica a PFE/Anatel traz um histórico dos fatos e tece comentários sobre aspectos gerais dos contratos de concessão e equilíbrio econômico-financeiro. Neste ponto elenca cinco requisitos gerais para caracterização do desequilíbrio econômico-financeiro:

> Primeiro requisito. Somente eventos extraordinários são aptos a suscitar o desequilíbrio contratual, assim entendidos aqueles que transcendem os riscos ordinários da exploração do serviço em um regime de livre competição, de modo que, se não neutralizados ou compensados, podem inviabilizar a própria prestação do serviço em regime público. É o que o artigo 108, §4 º denomina

de álea econômica extraordinária, definida com mais detalhes na cláusula 13.1 do contrato de concessão.

Segundo requisito. O evento desequilibrante é aquele que não constitui mecanismo indireto de garantia de lucro e de concessão de subsídios, privilégios ou qualquer forma de proteção indevida à concessionária em face dos riscos normais da atividade empresarial, incluindo entre outros, a concorrência, a evolução tecnológica e a alteração de preferência dos consumidores. Daí que, como regra geral, eventos que também impliquem, de modo uniforme e na mesma medida, aumento de custos e encargos para os demais concorrentes – a exemplo de aumento de tributos ou alterações regulatórias gerais – não podem ser categorizados como eventos extraordinários aptos a ensejar a revisão do contrato. Afinal, se não fosse assim, o restabelecimento do equilíbrio do contrato significaria, na prática, conferir vantagem competitiva à concessionária, não extensiva às demais prestadoras, violando o regime de livre e ampla competição previsto na LGT. Nesse sentido, o § 3º da Cláusula 13.1 do contrato de concessão é explícito quanto à necessidade de observância dos impactos do evento em questão sobre as demais prestadoras.

Terceiro requisito. Demonstração concreta do prejuízo. Eventual pedido da prestadora interessada deve vir acompanhado das demonstrações financeiras correspondentes e todos os demais documentos necessários para comprovar em que medida os seus custos e encargos foram ampliados em razão do evento extraordinário em questão. Este requisito consta, de forma expressa, da cláusula 13.5, que trata do procedimento de revisão tarifária.

Quarto requisito. Demonstração de que o prejuízo não foi neutralizado ou compensado por outros eventos, a exemplo da obtenção de receitas complementares, da exploração eficiente do serviço, de novas oportunidades de mercado, de ajustes de preço, de desonerações tributárias e regulatórias e de alterações legais e regulamentares. É o que determina, expressamente, a Cláusula 13.4 do contrato de concessão.

Quinto requisito. Não poderá ter ocorrido a preclusão lógica operada com as revisões quinquenais do contrato de concessão e ao prazo de prescrição aplicável aos requerimentos das prestadoras em face da Anatel. As revisões quinquenais têm o condão de reequilibrar o contrato de concessão e que, uma vez assinado e/ou renovado novo contrato de concessão, presume-se que o anterior manteve-se equilibrado, operando-se a preclusão lógica para eventuais requerimentos nesse sentido - a revisão quinquenal nesse caso, repita-se, traduz-se justamente na providência adotada para neutralizar eventuais distorções, devendo ser considerada única, completa e final em relação ao contrato anterior.

Além disso aborda a PFE/Anatel a questão da incidência do instituto da prescrição em relação à pretensão de recomposição do equilíbrio-econômico-financeiro do contrato de concessão. Tratando-se de ato ou fato único, deve-se considerar prescrito o próprio direito após cinco anos da suposta lesão, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932. Outrossim, nas relações de trato sucessivo, quando não

tiver sido negado o próprio direito, deve-se considerar prescritas as parcelas anteriormente ao quinquênio legal, nos termos da Súmula 85/STJ, da Súmula 443/STF e do artigo 3º do Decreto nº 20.910/1932.

Em relação aos eventos anteriores a 2011 afirmou a PFE/Anatel que análise do equilíbrio econômico-financeiro efetuada pela Agência nos processos de renovação (2006) e de revisão quinquenal (2011) possui caráter conclusivo. Além de se constituir como ato jurídico perfeito, tal decisão administrativa, que contou com a anuência da prestadora em relação aos novos termos contratuais, gera a preclusão lógica de supostos requerimentos que se refiram a contratos anteriores.

Ademais, ainda que se admitisse a possibilidade de rediscussão da matéria, apesar de já decidida na esfera administrativa, o que se menciona apenas para fins de argumentação, é importante considerar que a alegação de desequilíbrio decorrente de eventos anteriores a 2011 também estaria sujeita à incidência da prescrição quinquenal, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932.

Além disso, consignou a PFE/Anatel que as alegações da prestadora foram apresentadas de forma genérica e abstrata, sem a apresentação da documentação necessária para demonstrar e quantificar: (i) a efetiva ocorrência de prejuízo ou de aumento anormal de custos; e (ii) a inocorrência de eventos capazes de neutralizar ou compensar os eventos extraordinários em questão.

Registrou ainda, que a grande maioria dos eventos apontados, é de natureza ordinária, inerente às oscilações próprias de um regime de regulação baseado na fixação de teto de preços e sujeito à livre e ampla competição. Em tal modelo, não há garantia de lucro e nem se admite a utilização dos instrumentos de revisão tarifária e do contrato com o objetivo de obtenção indireta de subsídios ou de vantagens competitivas não extensíveis às demais prestadoras.

Outrossim, no que se refere às alegações de desequilíbrio contratual decorrentes de alterações regulamentares, insta consignar que, nos termos do próprio contrato de concessão (cláusula 16.1), a concessionária submete-se plenamente à regulamentação editada pela Anatel, não havendo direito a reequilíbrio, se não estiverem presentes os requisitos necessários para tanto. Trata-se, em regra, de alterações gerais aplicáveis não só às concessionárias, mas também às prestadoras de STFC no regime privado.

Manifestou-se mais uma vez a prestadora nos autos, na CT/OI/GEIR/0145/2020, SEI 5155772, nos seguintes termos:

> Os eventos listados pela Oi não constituem meros riscos empresariais e não decorrem de exposição à competição. Tratam-se de eventos que podem ser caracterizados como Fato do Príncipe ou Fato da Administração;
>
> A ideia de que o evento não atinja de forma isonômica todos os agentes trazida pela PFE/Anatel deveria referir-se apenas a situações de força maior ou calamidades, por estarem na Cláusula 13.1, §3º. Os eventos listados dizem respeito à cláusula 13.1 do contrato de concessão. Além disso, os eventos listados atingem de forma mais crítica as concessionárias e não as autorizadas, por aquelas terem uma série de obrigações atreladas à concessão.

Quanto à ausência de demonstração de prejuízo, alega a concessionária que esta é uma discussão de direito, razão pela qual não faz sentido a apuração de valores. Trata-se de "ônus excessivo e, por ora, desnecessário." Ademais, a prestadora teria que apresentar valores somente se ela tivesse dado início ao procedimento destinado a avaliar a existência ou não de desequilíbrio no contrato de concessão. A Anatel não notificou a concessionária a apresentar documentos, tal qual faz nos processos de anulação de ato;

A Oi tomou todas as medidas que estavam ao seu alcance para reverter a situação e neutralizar os impactos dos prejuízos que impactaram a concessão. Citou como exemplo, ações judiciais promovidas pela ABRAFIX, no caso do IGP-DI;

As Consultas Públicas não são meio hábil para afastar o dever de equilibrar os contratos de concessão;

Não incide prescrição em relação aos contratos de concessão por serem de trato sucessivo e não se trata de crédito contra a Fazenda Pública;

Inocorrência de preclusão lógica, haja vista que Anatel e concessionárias não discutiram eventos de desequilíbrio em outra ocasião;

O Grupo Oi manifestou discordância em CTs com cópias anexadas aos autos, em relação aos valores do PGMU, ressaltando a necessidade de reequilíbrio do contrato;

Incumbe à Agência apurar os eventos que impactem na equação contratual, restabelecendo-o. Existe uma obrigação, a qualquer tempo, da Agência medir, a priori, os impactos que seus atos terão na concessão para que restabeleça seu equilíbrio;

A assinatura de novos contratos não constitui quitação genérica, haja vista que isso é vedado pelo direito pátrio. Não há um novo contrato, mas sim ampliação da execução do contrato vigente;

Em relação à análise específica dos eventos apontados reitera questões como o fato de não se tratarem de risco do negócio, não haver preclusão lógica para os contratos de concessão, bem como outros pontos já discutidos ao longo de sua argumentação, a fim de reiterar a necessidade de que os eventos sejam avaliados um a um.

Ao final requer:

> o conhecimento e análise de sua petição e anexos;
>
> o reconhecimento de que o presente processo abrange a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em toda sua extensão;
>
> que os eventos listados no documento SEI 3411377 sejam considerados pela Anatel;
>
> seja dado acesso ao Grupo Oi aos documentos elaborados pela Agência para calcular a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
>
> seja dado tratamento confidencial às informações deste processo.

Os autos foram então encaminhados ao Conselho Diretor pela MACD nº 31/2020 (SEI nº 5119546), tendo sido encaminhados a este Gabinete em 13/02/2020, conforme Certidão de Distribuição 5228498 (SEI nº 5228498).

É o Relatório

DA ANÁLISE

Do Acompanhamento econômico-financeiro

Em 11/6/2015, por intermédio do Voto n° 85/2015-GCIF (SEI n° 2899822) e Acórdão n° 215/2015-CD (SEI n° 2899838), a Anatel definiu três pilares para estruturar a forma como a Agência deveria realizar o acompanhamento econômico-financeiro *lato sensu* a partir daquele momento:

a) acompanhamento do equilíbrio do contrato de concessão de STFC;

b) sustentabilidade da concessão de STFC;

c) acompanhamento econômico-financeiro das Concessionárias, com a possibilidade de instauração de processos apartados de "acompanhamento especial/vigilância" de cada Concessionária.

Com relação ao equilíbrio dos contratos de concessão, referido Acórdão estabeleceu que seriam utilizados vários instrumentos, a saber, (i) reajustes tarifários com Fator X, (ii) revisão tarifária e (iii) revisão quinquenal do contrato de concessão, de forma pontual e esporádica para eventos extraordinários e, quinquenal, no caso das revisões do contrato de concessão.

Os **reajustes tarifários** têm ocorrido de forma periódica e ordinária. O instituto do reajuste tarifário tem o objetivo de recompor à tarifa os efeitos inflacionários, medidos pelo Índice Setorial de Telecomunicações (IST), bem como compartilhar com os usuários do STFC em regime público, os ganhos de produtividade das concessionárias por meio do Fator X.

Já a **revisão tarifária** tem o objetivo de reequilibrar as condições econômico-financeiras do contrato de concessão, na eventualidade de ocorrência de eventos desequilibrantes à relação de direitos e deveres, inicialmente pactuados, quando da assinatura do Contrato.

Nesse sentido, tanto as concessionárias quanto a Anatel possuem o dever de atuar sempre, em prol da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, podendo qualquer uma das partes dar início aos processos de revisão das tarifas, conforme previsto nos arts. 83, parágrafo único e 108 da LGT e nas cláusulas 11.1 a 11.2, 12.1 a 12.5 dos Contratos de Concessão de 1998, nas cláusulas 12.1 a 12.3, 13.1, 13.2, 13.3, 13.4, 13.5, dos Contratos de Concessão de 2006 e nas cláusulas 12.1 a 12.3, 13.1, 13.2, 13.3, 13.4, 13.5 dos Contratos de Concessão de 2011.

Ou seja, na execução do dever de garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, ambas as partes devem manifestar a existência de evento desequilibrante e pleitear, nos termos do Contrato, seu reequilíbrio.

Assim, a Anatel tem realizado nos últimos anos diversas revisões tarifárias, sempre que identificou um evento desequilibrante. Essas **revisões ocorreram de forma ordinária e periódica,** nas revisões tarifárias das ligações fixo-móvel (VC, VC-1 e VC-2), sempre que houve redução do Valor de Uso da Rede Móvel (VU-M).

Além dessas revisões ordinárias e periódicas, houve também revisões extraodinárias, como as decorrentes de reestruturações societárias, bem como algumas envolvendo decisões judiciais de natureza tributária.

Cito, a título de exemplo, os seguintes registros de revisões envolvendo a Oi:

> Processo 53500.006734/2014-31 – Revisão tarifária das concessionárias Oi S.A. e Telemar S.A. decorrente de alteração nos valores de VU-M por decisão de Comissão de Arbitragem em Interconexão (CAI) nas relações com a operadora Nextel Telecomunicações. Alteração nos Valores de VC-1 do Plano Básico de Serviço das Concessionárias Oi S.A e Telemar S.A. nas relações com a operadora Nextel Telecomunicações. Ato nº 2230/2015, de 01 de abril de 2015
>
> Processo 53500.009085/2015-10 – Revisão Tarifária das concessionárias Oi S.A. e Telemar S.A. decorrente de alteração nos valores de VU-M por decisão de Comissão de Arbitragem em Interconexão (CAI) nas relações com a operadora Algar Celular. Alteração nos Valores de VC-1 do Plano Básico de Serviço das Concessionárias Oi S.A e Telemar S.A. nas relações com a operadora Algar Celular
>
> Processo 53500.028087/2013 – Revisão Tarifária decorrente de fixação de novos valores de VU-M provenientes do Plano Geral de Metas de Competição. Alteração nos valores de VC-1, VC-2 e VC-3 para todas as concessionárias. Ato nº 1742/2014, de 21 de fevereiro de 2014
>
> Processo 53500.023786/2014 - Revisão Tarifária decorrente de fixação de novos valores de VU-M provenientes do Plano Geral de Metas de Competição. Alteração nos valores de VC-1, VC-2 e VC-3 para todas as concessionárias. Ato nº 1082/2015, de 11 de fevereiro de 2015
>
> Processo 53500.017667/2015-61 – Revisão Tarifária decorrente de fixação de novos valores de VU-M provenientes do modelo de custos. Alteração nos valores de VC-1, VC-2 e VC-3 para todas as concessionárias. Ato nº 50.509/2016, de 25 de fevereiro de 2016.
>
> Processo 53500.027980/2016-99 – Revisão Tarifária decorrente de fixação de novos valores de VU-M provenientes do modelo de custos. Alteração nos valores de VC-1, VC-2 e VC-3 para todas as concessionárias. Ato nº 895/2017, de 14 de fevereiro de 2017
>
> Processo 53500.070814/2017-93 – Revisão Tarifária decorrente de fixação de novos valores de VU-M provenientes do modelo de

custos. Alteração nos valores de VC-1, VC-2 e VC-3 para todas as concessionárias. Ato nº 852/2018, de 05 de fevereiro de 2018

Processo 53500.040356/2018-49 – Revisão Tarifária decorrente de fixação de novos valores de VU-M provenientes do modelo de custos. Alteração nos valores de VC-1, VC-2 e VC-3 para todas as concessionárias. Ato nº 823/2019, de 07 de fevereiro de 2019.

Apesar disso, somente em 2018, as concessionárias apresentaram demandas formais por reequilíbrio dos contratos, apontando supostos eventos desequilibrantes para a Anatel. Todavia, como se verá adiante, tais pleitos vieram desacoplados de quaisquer detalhamentos, documentos comprobatórios ou cálculos capazes de demonstrar a ocorrência de prejuízos, bem como quantificar seu suposto impacto na concessão. Tal situação está descrita na fase de relatório do presente processo e foi corroborada pelas áreas técnicas em seu Informe, bem como pela PFE/Anatel, em seu opinativo jurídico.

Ou seja, ao longo de mais de 20 anos de celebração dos contratos de concessão do STFC, o que percebemos é uma atuação diligente da Anatel, na identificação de eventos desequilibrantes, bem como na adoção de medidas aptas a reequilibrar as condições econômico-financeiras dos contratos de concessão. Por outro lado, não se verificou a mesma diligência por parte das Concessionárias, uma vez que apenas em 2018, os supostos eventos desequilibrantes em seu desfavor foram formalmente apontados à Anatel.

Quanto à **revisão quinquenal**, esta tem o objetivo avaliar, no âmbito do processo de revisão dos contratos de concessão do STFC, se as mudanças nas relações de obrigações e direitos previstos no Contrato possuem o condão de modificar suas condições econômico-financeiras. Assim, é como se à revisão do contrato fosse sempre atribuído um potencial efeito desequilibrante. Isso, porque, para esse caso, os contratos de concessão de 2011 estabeleceram na cláusula 3.2, as datas de 30/06/2011, 31/12/2015 e 31/12/2020, para o estabelecimento de novos condicionantes, novas metas de universalização e de qualidade, tendo em vista as condições vigentes à época.

Plano Geral de Metas de Universalização - PGMU

As tratativas para elaboração do PGMU IV foram permeadas por intensa discussão a respeito da existência e quantificação de saldo relativo ao PGMU. Isso porque ao se alterar as obrigações relativas a universalização inicialmente impostas, necessário se faz avaliar se existe equivalência entre o que foi onerado e desonerado.

Este cenário está descrito na parte inicial desta Análise em que fiz extensa descrição a respeito dos fatos pretéritos, em relação aos quais faço remissão neste momento. Vale destacar que a instrução dos diversos processos que se debruçaram sobre esse tema contaram diversas vezes com a manifestação das concessionárias envolvidas e avaliação quanto aos seus argumentos.

Neste ponto, destaco o Acórdão n° 235/2018 (SEI n° 2688577), que concluiu pela existência de saldo do PGMU, referente à redução de TUPs, substituição do PST por backhaul e supressão da obrigação de PSM, na seguinte proporção:

Tabela 3 - Cálculo conciliado e atualizado dos saldos do PGMU (2018)

Redução de TUPs	R$ 614.719.762,99
Substituição do PST por *backhaul*	R$ 1.996.036.322,79
Supressão da obrigação de PSM	R$ 687.725.828,75
Total	**R$ 3.298.481.914,53**

Tabela 5 – Atualização dos Saldos do PGMU (TUP, PSM e Backhaul) por concessionária

Saldo	Vivo	Oi	Algar	Sercomtel
TUP	-R$ 129.600.114,97	-R$ 481.803.144,47	-R$ 1.672.413,05	-R$ 1.644.09
PSM	-R$ 91.773.143,78	-R$ 592.510.991,03	-R$ 3.183.153,46	-R$ 258.54
Backhaul	-R$ 273.601.159,86	-R$ 1.687.240.671,48	-R$ 31.991.219,50	-R$ 3.203.27
Total	**-R$ 494.974.481,61**	-R$ 2.761.554.806,98	-R$ 36.846.786,01	-R$ 5.105.90

Assim, conforme ratificado pela Análise nº 212/2019/EC (SEI nº 4564362), entendo que já há valores de saldo estimados e apresentados ao MCTIC, em relação aos quais houve aprovação por esse Conselho. Cabe agora, com a efetiva publicação do PGMU IV, aprovado pelo Decreto nº 9.619, de 20 de dezembro de 2018, sua atualização definitiva adotando-se integralmente as premissas utilizadas no cálculo referenciado.

Faço a ressalva que a Análise nº 212/2019/EC (SEI nº 4564362) reconheceu a existência de erro material, ao se considerar a data inicial da implementação das metas sendo o início de 2018. Isso porque o Acórdão nº 235/2018 (SEI n° 2688577), data de 2018, quando já se tinha visibilidade quanto à impossibilidade de entrada em vigor do Plano no início daquele ano. Por isso, afirmou a existência de possível erro de premissa, em que pese não haver a possibilidade de reforma da decisão.

Sobre tal ponto entendo que a questão restará superada ao se adotar como premissa nos cálculos a serem levados a cabo a data de publicação do PGMU IV, qual seja, dezembro de 2018.

Outro ponto que destaco é a ressalva realizada pela SPR no Informe n° 33/2018/SEI/PRUV/SPR (SEI n° 2460953), que serviu de insumo para os cálculos acima descritos. Tal questão foi abordada no item 4.44 da presente Análise, quando transcrevi um trecho do referido Informe em que a Unidade afirmava que "*o debate sobre o crescimento dos custos de manutenção e de retirada de TUP da Oi – que resultaram numa variação negativa de aproximadamente 40% do seu saldo de TUP – , bem como sobre os custos de manutenção e de retirada de TUP da Telefônica, que foram, respectivamente, 125% e 200% superior à média das demais concessionárias,* limitou-se à verificação das premissas e dos procedimentos de cálculo adotados pelas concessionárias." Na ocasião, entendeu a área técnica "que os valores apresentados por elas para cada uma das variáveis utilizadas nos cálculos restam passíveis de verificação, em momento oportuno."

Dessa forma, entendo necessário, que caso tal avaliação ainda não tenha sido realizada deve ela ser levada a cabo antes da atualização final, a ser realizada com base no PGMU IV.

Dito isso, proponho reconhecer a existência de saldo de PGMU, a favor da União, referente à redução de TUPs, substituição do PST por backhaul e supressão da obrigação de PSM, na proporção descrita nas Tabelas 4 e 5 da presente Análise.

Outrossim, proponho que se determine à SPR, conjuntamente com a SCP, a atualização destes valores, de forma definitiva, com base no PGMU IV, aprovado pelo Decreto nº 9.619, de 20 de dezembro de 2018, avaliando-se ainda, a adequação dos valores apresentados pela Oi para os custos de manutenção e retirada dos TUPs, conforme descrito no item 4.111, da presente Análise.

Demais eventos desequilibrantes apontados pela Oi

Apresentou a Oi, no ano de 2018, um rol de eventos supostamente capazes de desequilibrar os contratos de concessão, os quais podem ser assim distribuídos cronologicamente:

Figura 1 - Linha do tempo dos eventos apresentados como desequilibrantes

Para análise quanto a tais eventos faço remissão e me filio à tese esposada pela PFE/Anatel, descrita no item 4.83 da presente Análise, quanto à existência de cinco requisitos necessários para que se caracterize um evento como capaz de desequilibrar o contrato de concessão.

O primeiro aspecto que avalio é quanto à existência de preclusão lógica. Fato é que as revisões quinquenais têm o condão de reequilibrar o contrato de concessão e que, uma vez assinado o novo contrato, presume-se que o anterior manteve-se equilibrado, operando-se a preclusão lógica para eventuais requerimentos nesse sentido. Nesse caso, a revisão quinquenal traduz-se como providência hábil a neutralizar eventuais distorções, devendo ser considerada medida única, completa e final em relação ao contrato anterior.

Este entendimento foi corroborado pelas áreas técnicas que afirmaram ser as alterações quinquenais, o momento em que serão reavaliados o equilíbrio econômico-financeiro contratual, os objetivos estratégicos setoriais, ponderando sobre a necessidade de introdução ou alteração de obrigações, capazes de neutralizar distorções, de modo a se preservar a equivalência de encargos e retribuições.

Neste sentido, considero que operou-se a preclusão lógica em relação a todos os eventos anteriores a 2011, quando foram firmados os contratos de concessão atualmente vigentes. Por isso, entendo que somente os eventos listados na terceira coluna da Figura 1 necessitam ainda ser avaliados, pois não foram alcançados pelo instituto da preclusão lógica.

Faço ressalva em relação ao evento "Bitributação do Fust" como uma ocorrência anterior a 2011. Ocorre que, como esclareceu a própria concessionária, a inclusão de receitas de interconexão e outras, no cálculo do Fust ocorreu a partir de 2005, ou seja, data bem anterior a 2011.

Ainda sobre tal item, afirmaram as áreas técnicas, no Informe nº 99/2018/SEI/SCP/SPR (SEI nº 3412208), que tal evento não caracterizaria um desequilíbrio, em razão destes valores não estarem sendo efetivamente recolhidos, por força de decisão judicial.

Em que pese, a meu ver, tal evento ter sido alcançado pelo instituto da preclusão, destaco que a justificativa trazida no arrazoado não me parece a mais acertada. Isso porque, ainda que tais valores não estejam atualmente sendo recolhidos aos cofres públicos estão sendo depositados judicialmente para possibilitar a discussão judicial do tema. De qualquer sorte, caso a concessionária tenha decisão desfavorável, quando do trânsito em julgado deverá recolher integralmente tais quantias.

Por isso, entendo mais acertado destacar que o artigo 40, II do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612/2013 assim define a Súmula:

> "Súmula: expressa decisão quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e fixa entendimento sobre matérias de competência da Agência, com efeito vinculativo;"

Dessa forma, não houve qualquer alteração quanto ao que foi definido no contrato de concessão inicialmente celebrado. O que se fez foi deixar ainda mais transparente a inclusão de tais receitas entre as receitas que devem compor a base de cálculo do Fust. Ou seja, não se deve falar em desequilíbrio, pois não houve qualquer nova obrigação imposta. A obrigação de inclusão de tais receitas já existia desde o início, ainda que sob contestação das concessionárias.

Neste ponto, destaco que foram listados pelas áreas técnicas alguns eventos não mencionados pela Oi, quais sejam: alterações nas áreas locais, transição do SMC para o SMP, introdução do preço público de administração de recursos de numeração (Resolução n° 451/2006), Regulamento de Portabilidade (Resolução n° 460/2007, Decreto SAC, inclusão do 8° e 9° dígito (Resolução n° 553/2010). Por tal razão deixo de abordar e considerar tais eventos nesta Análise.

Além disso, tendo em vista que estou tratando sobre a análise temporal destes eventos, destaco ainda a questão da incidência do instituto da prescrição da pretensão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. De fato, considero que há prescrição dos eventos ocorridos em período anterior a 5 (cinco) anos da data em que foi arguido o reconhecimento do evento que causou o suposto desequilíbrio.

Uma questão que surge ao discutir supostos eventos desequilibrantes associados a reajustes tarifários diz respeito à perpetuação dos efeitos desses eventos no tempo. A discussão que surge nesse contexto é se poderiam ser considerados prescritos também os efeitos do evento original desequilibrante, quando estes gerarem efeitos que se prolongam no tempo.

Essa questão foi devidamente respondida pela PFE/Anatel no item nº 60 do Parecer nº 887/2019 (SEI 5006951) ao transcrever trechos dos Pareceres nº 645/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU e nº 00147/2015/ASJUR-SEP/CGU/AGU.

Dito isso, proponho definir o intervalo de 5 (cinco) anos como prazo para que qualquer das partes do contrato sinalize formalmente o entendimento quanto à existência de um evento desequilibrante. Isso não quer dizer que é no referido prazo

que a definição do valor do desequilíbrio deve estar concluída, nem menos que esse é o prazo para reequilibrar o contrato, uma vez que essas definições podem se alongar em processos judiciais ou de arbitragem. O que proponho é que as partes tem o prazo de 5 (cinco) anos para registrar formalmente seu entendimento quanto à ocorrência de um evento desequilibrante.

Por isso, reconheço a existência de prescrição quanto à obrigação de realização de "Pesquisa de Qualidade Percebida" trazida apenas pelo RGQ-STFC, aprovado por meio da Resolução n° 605/2012, haja vista que somente em 2018 tal questão foi suscitada e o evento ocorreu em período anterior a 2013. Igualmente, afirmo estar prescrita a pretensão relativa à "Extinção da remuneração pelo uso de redes entre prestadoras do STFC", haja vista que ela decorreu de alteração promovida pela Resolução n.º 588/2012, que aprovou o Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC (bill anda keep local).

Parto então para avaliação dos eventos:

Regulamento Geral de Direitos dos Consumidores de Telecomunicações - Resolução n° 632/2014

Novas obrigações associadas à ocupação de postes e outras infraestruturas - Resolução Conjunta n° 4/2014

Novas obrigações de acessibilidade - Resolução n° 667/2016

Atrasos sucessivos na data de reajustes tarifários

Mora em solucionar a questão do Sumidouro de Tráfego

Em relação aos itens 4.128.1 a 4.128.3, importante destacar que tais eventos decorrem de alterações normativas a serem aplicadas a todas as concessionárias e prestadores de serviço em regime privado, indistintamente.

No segundo requisito apontado pela PFE/Anatel, a área jurídica afirma que o evento desequilibrante não deve ser utilizado como mecanismo de garantia de lucro e de concessão de subsídios, privilégios ou qualquer forma de proteção indevida à concessionária em face dos riscos normais da atividade empresarial, incluindo entre outros, a concorrência, a evolução tecnológica e a alteração de preferência dos consumidores.

Por isso, eventos que impliquem, de modo uniforme e na mesma medida, aumento de custos e encargos para todas as concorrentes, no regime público e privado, como ocorreu com as alterações normativas acima listadas, não poderiam ser classificadas como eventos extraordinários aptos a ensejar a revisão do contrato. Caso contrário, o restabelecimento do equilíbrio do contrato implicaria em vantagem competitiva indevida. Nesse sentido, o § 3º da Cláusula 13.1 do contrato de concessão é explícito quanto à necessidade de observância dos impactos do evento em questão, sobre as concessionárias e as prestadoras de serviço em regime privado.

Em que pese me filiar à tese trazida pela PFE/Anatel, destaco que, no caso do Regulamento Geral do Consumidor e do Regulamento Geral de Acessibilidade, há

obrigações que implicam aumento de custos exclusivamente sobre as concessionárias.

Especificamente no RGC temos o art. 33, onde consta:

> Art. 33. As Concessionárias do STFC e as Prestadoras do SMP devem manter ao menos um Setor de Atendimento Presencial por Microrregião com população igual ou superior a 100.000 (cem mil) habitantes atendida em sua Área de Prestação.

Já no RGA, temos no art. 26:

> Art. 26. O disposto no Capítulo II do Título III é aplicável somente às concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado.

Destaco que a carga regulatória maior sobre as concessões é justificada pela essencialidade do serviço prestado. Associado a essa maior exigibilidade sobre as concessionárias está um nível maior de proteção ao serviço prestado em regime público do que àquele prestado em regime privado, como apontam os arts. 66, 108 ,§4°, e 115, da Lei Geral.

Considerando a diferença de cargas regulatórias entre autorizadas e concessionárias, entendo que a imposição de uma nova obrigação uniforme sobre todas as prestadoras, independentemente do regime de prestação, pode ter efeito de inviabilizar a prestação do serviço em regime público.

Entretanto, tal situação hipotética não seria abarcada no contexto do conceito de equilíbrio econômico-financeiro, mas sim no contexto do conceito de sustentabilidade, conforme definido pela Anatel no Acórdão n° 215/2015-CD (SEI n° 2899883).

Assim, é possível cogitar-se situação insustentabilidade para concessionárias do STFC derivada de novação legal ou regulatória, a partir da premissa de que a carga suportada pelas concessionárias as colocam em patamar diferente daquele em que estão as autorizadas do serviço. Entretanto, não entendo que tal situação poderia ser caracterizada com um evento desequilibrante a ser sanado por meio de nova modulação de obrigações e direitos.

Posto isso, entendo que efeitos econômicos da imposição de regras uniformes sobre concessionárias e autorizadas podem, em tese, inviabilizar a prestação do serviço em regime público. Entretanto, tais efeitos e como garantir a continuidade da prestação do serviço em regime público devem ser feitas no âmbito da discussão da sustentabilidade do serviço, nos termos do art. 66 da Lei Geral.

Apesar de no caso concreto o RGA e o RGC trazerem obrigações específicas para concessionárias, não há comprovação, por parte da prestadora, sobre os efetivos prejuízos gerados pelos atos normativos listados.

Por essa razão rejeito a tese de que os atos normativos listados no item 4.128 constituiriam eventos desequilibrantes do contrato de concessão.

Dito isso, passo a avaliar a questão dos alegados "Atrasos sucessivos nos reajustes tarifários". Esclareço que os reajustes tarifários do Plano Básico são realizados tomando-se como base o disposto na cláusula 12.1 dos contratos de concessão, a qual prevê a periodicidade não inferior a 12 (doze) meses. Dessa forma, não há

amparo legal ou contratual na alegação da Oi de que houve atrasos no reajuste tarifário, por vezes, haja vista que o prazo fixado para sua realização é de no mínimo - e não máximo - 12 (doze) meses.

Além disso, destaco que para cada reajuste tarifário realizado é instaurado processo próprio, no qual a concessionária é chamada a se manifestar sobre os cálculos produzidos. Não se tem notícia de alegação nesses processos de prejuízos ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato por decorrência de supostos atrasos na concretização dos reajustes.

Acrescento a isso, a questão da alegada mora em solucionar a questão do sumidouro de tráfego. Ratifico o entendimento da área técnica de que a questão foi averiguada em Reclamações Administrativas específicas, nas quais o prejuízo da concessionária foi apurado. Ademais, não se pode pretender que um ato de um particular, praticado no âmbito das relações entre prestadoras possa ensejar o desequilíbrio contratual. Tal situação levaria ao extremo de se ter ao final de cada Reclamação Administrativa uma revisão dos contratos de concessão, o que não é ideal até mesmo porque quem deve arcar com o valor a ser quitado é o particular que cometeu a ilegalidade e não a sociedade, com a redução de uma das obrigações instituídas a seu favor.

Sobre o item 4.128.5, referente aos impactos das alterações na metodologia do Fator X revigora-se o apontado pelas áreas técnicas. Sobre isso, destaco o afirmado pelas áreas técnicas e destacado no item 4.80.1. da presente Análise. A questão decorreu de uma inviabilidade de se separar a produtividade de cada serviço, em razão da inexistência de separação contábil, especialmente nas hipóteses de custos utilizados simultaneamente na concessão e na autorização.

Vale dizer, que tal expediente seguiu o disposto na Resolução n° 507/2008 e atendeu a princípios de transparência, da segurança jurídica e da isonomia em todo o procedimento, para fins de cálculo do Fator X. Os questionamentos existentes foram devidamente enfrentados pela Anatel no âmbito dos processos 53500.018620/2016-04 e 53504.004920/2016-68, sem que nada fosse alegado sobre quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Além disso, devo destacar os requisitos três e quatro apontados pela PFE/Anatel, os quais consistem da efetiva demonstração de prejuízo (cláusula 13.5 do contrato de concessão) e a demonstração de que o prejuízo não foi compensado por outros eventos (cláusula 13.4 do contrato de concessão). Nenhuma das hipóteses aventadas pela Oi como evento capaz de comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão veio acompanhada da comprovação requerida pelas cláusulas 13.4 e 13.5 do contrato de concessão ou, ao menos, de demonstração de valores. Vale dizer, que o processo administrativo deve concentrar os documentos comprobatórios das alegações da requerente. Não a toa franquia-se a ampla oportunidade de manifestação nos autos, a qual deve ser aproveitada pelas partes envolvidas.

Por fim, analiso a petição SEI 5155772 apresentada pela concessionária, posteriormente à distribuição dos autos a este gabinete.

A petição acostada aos autos pretende rebater os argumentos da PFE/Anatel. Entretanto, busca fazer isso com alegações sem embasamento jurídico suficiente para tanto. Sobre tais pontos entendo que já foram devidamente esclarecidos pelo parecer do órgão jurídico, o qual serviu de base para argumentação da prestadora e pela presente Análise.

Entretanto, entendo necessária a manifestação expressa sobre alguns pontos.

Causa estranheza a afirmação da concessionária de que cabe exclusivamente à Anatel apontar a ocorrência de eventos desequilibrantes. A um porque é inconteste o interesse direto da empresa na questão. Como se poderia compreender que uma discussão que se refira precipuamente ao reequilíbrio de obrigações, mas a qual irá necessariamente resvalar em questões pecuniárias fique exclusivamente a cargo de um dos interessados? Pretende, realmente, a concessionária atribuir a responsabilidade de exercer um direito seu a outrem?

Se o entendimento em sentido contrário não for o correto por uma questão de lógica que salta aos olhos é por expressa disposição das clausulas do contrato de concessão, já mencionadas no item 4.96 da presente Análise, as quais atribuem tanto às concessionárias quanto à Anatel, o dever de atuar sempre, em prol da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

A ideia de que o evento não atinja de forma isonômica todos os agentes trazida pela PFE/Anatel deveria referir-se apenas a situações de força maior ou calamidades, por estarem na Cláusula 13.1, §3º. Os eventos listados dizem respeito à cláusula 13.1 do contrato de concessão. Além disso, os eventos listados atingem de forma mais crítica as concessionárias e não as autorizadas, por aquelas terem uma série de obrigações atreladas à concessão.

Quanto à questão da impossibilidade de serem considerados motivadores de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, eventos que atinjam de forma isonômica prestadoras de serviços em regime público e privado da mesma forma destaco que a cláusula 13.1, §3° tem a seguinte redação:

> Cláusula 13.1. Constitui pressuposto básico do presente Contrato a preservação, em regime de ampla competição, da justa equivalência entre a prestação e a remuneração, vedado às partes o enriquecimento imotivado às custas de outra parte ou dos usuários do serviço, nos termos do disposto neste Capítulo.
>
> (...)
>
> § 3º Fará jus a Concessionária à recomposição da sua situação inicial de encargos e retribuições quando circunstâncias de força maior ou calamidades afetarem de forma significativa a exploração do serviço, observado sempre, como parâmetro, o reflexo destas situações nos prestadores de serviços no regime privado.

Dessa forma, da leitura do dispositivo o que se extrai é que cabe tal parâmetro de análise sempre, em todas as hipóteses listadas na clausula 13.1, inclusive nas circunstâncias de força maior ou calamidades. Equivocado o entendimento de que tal requisito se aplicaria exclusivamente às hipóteses do §3°, pois sua redação fala em "observado sempre". Ou seja, o critério deve ser observado sempre, ainda que na hipótese de força maior ou calamidade.

Em relação aos anexos listados pela concessionária esclareço que tais documentos não têm o condão de alterar nenhuma das conclusões a que se chegou até aqui.

Tais documentos referem-se a ratificar o teor da missiva, já explorado, além de apresentar valores de forma genérica, desprovidos de memória de cálculo ou metodologia utilizada. Dessa forma, não há como considerá-los, pois, nesses termos constituem mera opinião e suposição da prestadora.

Além disso, foram anexadas cartas pretéritas relativas ao saldo do PGMU. Em relação a tal ponto destaco que, conforme esclarecido ao longo da Análise, de fato constatou-se a existência de saldo de PGMU. Para se chegar a este resultado os argumentos das prestadoras foram exaustivamente avaliados. Entretanto, cabe a Agência ponderar sobre a pertinência de se acatar os pontos levantados.

Como último ponto destaco que foram anexadas contribuições realizadas pela concessionária na renovação dos contratos de concessão. Mais uma vez não considero que tais manifestações alterem o entendimento a que se chegou até aqui, pois não se propunham a contestar a necessidade de reequilíbrio do contrato. Além disso, em momento posterior a concessionária assinou o novo contrato de concessão, com todas as obrigações propostas e em todos os seus termos.

Dito isso, proponho rejeitar todos os eventos apontados pela concessionária como desequilibrantes.

Medidas aptas a reequilibrar o contrato de concessão

Conforme já mencionado, é dever da Anatel garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, razão pela qual resta definir como reequilibrar o atual contrato.

Logicamente, o reequilíbrio das condições econômico-financeiras do contrato pode ser alcançado por meio da redução de direitos da concessionária, que é o caso da revisão tarifária, ou por meio da imposição de novos deveres, desde que essa redução de direitos ou aumento de deveres tenha valoração econômico-financeira equivalente ao desequilíbrio identificado em desfavor da União.

Nesse ponto, importante destacar outra competência da Anatel e que deve ser conjugada com o dever de garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, qual seja, a de "*implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações*" (LGT, art. 19, I).

Vale dizer que ao longo das tratativas voltadas à elaboração do PGMU IV, várias possibilidades de destinação do saldo foram aventadas. Entretanto, julgo de máxima importância que a questão seja reavaliada, neste momento, a luz do contexto jurídico vigente.

Até 17 de dezembro de 2018 as políticas públicas de telecomunicações estavam definidas no Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003. No art. 4º do referido Decreto estava previsto que era objetivo da política pública:

> I - assegurar o acesso individualizado de todos os cidadãos a pelo menos um serviço de telecomunicação e a modicidade das tarifas;
>
> (...)

> V - a promoção do desenvolvimento e a implantação de formas de fixação, reajuste e revisão de tarifas dos serviços, por intermédio de modelos que assegurem relação justa e coerente entre o custo do serviço e o valor a ser cobrado por sua prestação, assegurado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

Importante destacar que nessa época, 2003, diversas organizações da sociedade civil demandaram da Anatel maior aplicação da modicidade tarifária nos contratos de concessão de STFC, inclusive em manifestações formais nas consultas e audiências públicas que discutiram revisões quinquenais dos contratos de concessão.

Ou seja, se a presente decisão de como reequilibrar o contrato de concessão tivesse que ser tomada à luz do Decreto nº 4.733/03, me parece bastante óbvio que a decisão que conseguiria conjugar ambos os deveres da Anatel, o de garantir o equilíbrio do contrato e o de execução da política pública, seria no sentido de fazer uma revisão tarifária na assinatura básica do STFC.

Ocorre que o Decreto nº 4.733/03 foi expressamente revogado pelo Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018. Este Decreto trouxe novas disposições quanto à política pública de telecomunicações definida pelo Poder Executivo, nos termos do art. 1º da LGT. Enquanto o Decreto nº 4.733/03 trazia, expressamente, como objetivo de política pública, a modicidade tarifária e a revisão de tarifas para assegurar uma relação justa e coerente entre custos e tarifas, o Decreto nº 9.612/18 sequer traz as palavras "tarifa" ou "modicidade tarifária".

Por outro lado, o Decreto nº 9.612/18 trouxe um enfoque para "a expansão do acesso à internet em banda larga fixa e móvel, com qualidade e velocidade adequadas" e "a ampliação do acesso à internet em banda larga em áreas onde a oferta seja inadequada, tais como áreas urbanas desatendidas, rurais ou remotas" (Art. 2º, I, a, 1 e 2).

Assim, temos no contexto atual:

> desequilíbrio econômico-financeiro significativo do contrato de concessão em decorrência do saldo do PGMU;
>
> um Decreto vigente de políticas públicas para o setor de telecomunicações estabelecendo como objetivo da política pública, a expansão do acesso à internet em banda larga móvel.

Posto isso, me parece forçoso reconhecer que a única forma de a Anatel conjugar seus deveres de garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do STFC e de executar as políticas públicas de telecomunicações definidas pelo Poder Executivo é por meio da ampliação de obrigações, por parte da concessionária, em favor de metas de expansão do acesso à internet em banda larga fixa e móvel, com qualidade e velocidade adequadas, focadas em áreas, onde a oferta seja inadequada, tais como áreas urbanas desatendidas, rurais ou remotas.

Faço a ressalva, conforme apontado do item 4.72 da presente Análise, sobre as questões levantadas no Informe nº 101/2019/CPAE/SCP, que fundamentou a elaboração da Análise nº 187/2019/MM, (SEI nº 5042876) e Acórdão nº 655/2019 (SEI nº 5059190), que concluiram pela existência de obstáculos para identificação da

aplicação de eventual saldo, em observância ao comando do parágrafo único do art. 22 do PGMU IV.

Posto isso, entendo que nesse momento a Anatel não dispõe das condições para impor metas de expansão à internet em banda larga móvel. Por outro lado, dispõe sim a Anatel de condições de impor metas de expansão à internet em banda larga fixa, por meio de expansão das obrigações de redes de transporte de telecomunicações de alta capacidade, nos termos do art. 9º, I, do Decreto nº 9.612/18.

Assim, **proponho determinar à SPR, conjuntamente com a SCP, que tome as providências necessárias para reequilibrar o contrato de concessão do STFC por meio da ampliação das metas de redes de transporte de telecomunicações de alta capacidade, nos termos do art. 9º, I, do Decreto nº 9.612/18,** no âmbito do processo nº 53500.040174/2018-78, que trata da Revisão dos modelos de Contratos de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC e das metas do Plano Geral de Metas para Universalização - PGMU, item 8 da Agenda Regulatória 2019-2020.

Análise do pedido da Oi

Por fim, avalio cada um dos pedidos formulados pela Oi:

> ratificou o desequilíbrio dos contratos de concessão;

De fato, constatou-se o desequilíbrio em relação ao saldo do PGMU, a favor da União;

> afirmou que a discussão sobre os impactos dos eventos listados deveria ter sido feita de ofício pela Anatel;

Como esclarecido ao longo da presente Análise, por uma questão de lógica e segundo as clausulas do contrato de concessão tal responsabilidade cabe à Anatel e à concessionária

> pugnou pela possibilidade de apresentar novos eventos desequilibrantes, bem como que fossem considerados eventos apontados por outras concessionárias quando da avaliação do equilíbrio de seus contratos;

Ao longo da instrução do processo a concessionária teve a oportunidade de exercitar o contraditório. Sua manifestação nos autos, a qual foi apreciada na presente Análise, era momento oportuno para que a concessionária apresentasse os fatos e produzisse as provas que entendia cabível. Eventos futuros podem ser apresentados no futuro e serão submetidos a nova avaliação, nos moldes da presente.

> a análise, sob o ponto de vista jurídico dos eventos apontados;

Tal avaliação foi realizada, inclusive com Parecer jurídico da PFE/Anatel.

> a concessão de tratamento sigiloso.

Quanto a tal pedido as áreas técnicas manifestaram-se no Informe nº 35/2018/SEI/SCP/SPR (SEI nº 3925965), no sentido de que "*não se identificaram informações restritas ou sigilosas nos autos à luz da LAI, uma vez que, até o presente, se efetuaram discussões de cunho conceitual, sem a apresentação de cálculos que pudessem expor informações econômico-*

financeiras da empresa, razão pela qual o processo deve permanecer de livre acesso ao público." **Por tal razão, proponho negar o pedido de sigilo formulado.**

> o conhecimento e análise de sua petição e anexos;

A segunda petição da prestadora foi devidamente analisada.

> o reconhecimento de que o presente processo abrange a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em toda sua extensão;

A questão foi reconhecida na presente Análise

> que os eventos listados no documento SEI 3411377 sejam considerados pela Anatel;

Por tudo até aqui fundamentado, tais eventos não foram considerados como capazes de desequilibrar o contrato de concessão.

> seja dado acesso ao Grupo Oi aos documentos elaborados pela Agência para calcular a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

Os documentos que contém o saldo do PGMU, o único evento reconhecido como desequilibrante, estão devidamente referenciados na presente Análise e a concessionária tem acesso a eles.

CONCLUSÃO

Dito isso, proponho :

conhecer a petição CT/OI/GEIR/0145/2020, SEI 5155772, nos termos da Súmula nº 21/2017.

reconhecer a existência de saldo de PGMU, a favor da União, referente à redução de TUPs, substituição do PST por backhaul e supressão da obrigação de PSM, na proporção descrita nas Tabelas 4 e 5 da presente Análise.

determinar à SPR, conjuntamente com a SCP, a atualização dos valores descritos no item anterior, de forma definitiva, com base no PGMU IV, aprovado pelo Decreto nº 9.619, de 20 de dezembro de 2018, avaliando-se ainda, a adequação dos valores apresentados pela Oi para os custos de manutenção e retirada dos TUPs, conforme descrito no item 4.113, da presente Análise.

definir o intervalo de 5 (cinco) anos, como prazo para que qualquer das partes do contrato sinalize formalmente o entendimento quanto à existência de um evento desequilibrante, tendo em vista a incidência da prescrição em relação à pretensão de recomposição do equilíbrio-econômico financeiro do contrato de concessão.

rejeitar todos os eventos apontados pela concessionária como desequilibrantes em suas petições.

determinar à SPR, conjuntamente com a SCP, que tome as providências necessárias para reequilibrar o contrato de concessão do STFC por meio da ampliação das metas de redes de transporte de telecomunicações de alta capacidade, nos termos do art. 9º, I, do Decreto nº 9.612/18, no âmbito do processo nº 53500.040174/2018-78, que trata da Revisão dos modelos de Contratos de Concessão do Serviço Telefônico

Fixo Comutado - STFC e das metas do Plano Geral de Metas para Universalização - PGMU, item 8 da Agenda Regulatória 2019-2020.

negar o pedido de sigilo formulado.

Documento assinado eletronicamente por **Carlos Manuel Baigorri**, **Conselheiro, Substituto(a)**, em 15/05/2020, às 13:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 23, inciso II, da Portaria nº 912/2017 da Anatel.

A autenticidade deste documento pode ser conferida em http://www.anatel.gov.br/autenticidade, informando o código verificador **5395982** e o código CRC **6083FF6F**.