

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DE TELEFONIA FIXA LOCAL NO BRASIL: 10 ANOS DE COEXISTÊNCIA ENTRE O DIPLOMA ANTITRUSTE E A LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES

Priscila Brolio Gonçalves

I. Sumário

O objetivo deste artigo não é esgotar a análise das questões concorrenciais no setor de telecomunicações, discutir a teoria das imunidades implícitas ou propor soluções definitivas para problemas recorrentes. Também não pretende dar prognósticos sobre competitividade para os próximos anos nos vários mercados desses serviços. Nossa proposta é colocar em perspectiva os 10 anos de existência da Lei Geral de Telecomunicações, sob a ótica concorrencial, com destaque para a telefonia fixa.

Ao longo dessas páginas, identificaremos problemas concorrenciais que marcaram o período, e os remédios adotados pelas autoridades regulatória e de concorrência, inclusive a recente implantação pela ANATEL de regulamento baseado no conceito de Poder de Mercado Significativo, oriundo do direito da concorrência.

Estariam tais problemas resolvidos ou caminhando para solução satisfatória? Com vistas a uma resposta tentativa a essa pergunta, analisaremos brevemente o papel da convergência tecnológica e a sua capacidade para solucionar eventuais questões persistentes. Analisaremos, ainda, caso paradigmático no direito comparado que, apesar de vintenário, continua oferecendo ensinamentos atuais.

Olhando para o passado recente e para a experiência alienígena, é possível extrair algumas lições – ainda que singelas – para o futuro, especialmente no que se refere à interação entre autoridades de regulação e de concorrência, não sob uma perspectiva de eventual conflito de atribuições, mas sob a ótica cooperativa, em busca dos objetivos estabelecidos pela Constituição Federal para a ordem econômica, no Brasil, fundada na livre-iniciativa e na livre concorrência.

II. Breve histórico das privatizações (e antecedentes) no setor brasileiro de telecomunicações: um modelo fundado na concorrência

No início da década de 1960, cabia à União, aos Estados e aos Municípios a exploração, de acordo com o seu âmbito, dos serviços de telecomunicações, diretamente ou mediante outorga (cf. Constituição Federal de 1946).

Havia então cerca de 1.200 empresas telefônicas no País, a grande maioria de médio e pequeno portes, que não tinham, todavia, qualquer coordenação entre si ou compromissos com diretrizes comuns de desenvolvimento e de integração dos sistemas, o que representava grandes obstáculos para o bom desempenho do setor.

Essa situação precária levou à promulgação, em agosto de 1962, do Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT – Lei 4.117), o primeiro grande marco na história das telecomunicações no Brasil. Com o seu advento, os serviços de telégrafos, radiocomunicações e telefonia interestadual passaram a pertencer exclusivamente à União.

A criação da Embratel, prevista naquele diploma legal, deu-se em setembro de 1965, assumindo a referida empresa a exploração dos serviços internacionais.

As medidas decorrentes do CBT levaram a uma melhoria significativa nos serviços interurbanos e internacionais, mas o mesmo não ocorreu nos serviços locais. Isso fez que, em 1972, por meio da Lei 5.792, fosse criada a Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS, entidade pública destinada a planejar e coordenar as telecomunicações de interesse nacional, que passou a adquirir e absorver as prestadoras de serviços telefônicos no Brasil, visando consolidá-las em empresas de âmbito estadual.

A fragmentação do poder de outorga de concessões, entretanto, foi superada apenas em 1967, com a edição do Decreto-lei 162, que entregou esse poder à União, com exclusividade. Essa disposição foi consolidada pela Constituição Federal de 1967.

A Constituição de 1988, por seu turno, ampliou a competência da União, determinando que os serviços públicos de telecomunicações somente poderiam ser explorados por essa unidade da Federação, diretamente ou por meio de concessões a empresas sob controle acionário estatal (CF/88, art. 21, redação antiga).

Desse modo, no momento precedente às privatizações no setor, os serviços públicos de telecomunicações no Brasil eram explorados pelas seguintes empresas: (i) uma *holding* (TELEBRÁS); (ii) uma subsidiária *carrier* de longa distância nacional e internacional, que explorava também serviços de comunicações de dados e telex (Embratel); 27 subsidiárias de âmbito estadual ou local; e quatro empresas independentes, três estatais (CRT, SERCOMTEL e CETERP) e uma privada (CTBC).

Até meados da década de 1980, o setor de telecomunicações vinha mantendo seu crescimento e apresentando um nível razoável de atualização tecnológica.¹ No entanto, na década que precedeu às privatizações, os usuários passaram a enfrentar diversos problemas (baixa qualidade dos serviços, alta taxa de congestionamento das linhas, alto custo dos terminais e instalações, existência de muitas localidades não atendidas e longo prazo de espera para a instalação de linhas),² atribuídos à ausência de recursos para investir e à acomodação resultante da ausência de competição no setor.

Foi nesse contexto que o governo brasileiro decidiu eliminar o monopólio estatal das telecomunicações e posteriormente privatizar o sistema, iniciando um processo de reestruturação setorial com o objetivo de atrair investimentos privados e modernizar a infra-estrutura, passando a exercer um papel predominantemente regulador.

Esse processo foi marcado, em 1995, pela Emenda Constitucional 8, que alterou o art. 21, XI e XII, *a*, da Constituição Federal, a fim de permitir

1 Vide PASTORIZA, Florinda Antelo. Privatização na indústria de telecomunicações: antecedentes e lições para o caso brasileiro, *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, p. 5-52, jul. 1997.

2 Dados da ANATEL indicam que, nesse período, o tráfego telefônico aumentou em proporções significativas – mais de 900% no serviço local (1.200% entre 1974 e 1994) e mais de 1.700% no serviço interurbano (1.800% de 1974 a 1994) –, crescimento que não foi acompanhado pelo aumento de capacidade de atendimento. A demanda por acesso aos serviços telefônicos básicos, incluindo a demanda por novas linhas, também era atendida de forma morosa e ineficiente. Adicionalmente, constatou-se que mais de 80% dos terminais residenciais concentravam-se nas famílias de classes “A” e “B”, evidenciando que as classes menos favorecidas não dispunham de atendimento individualizado. Essas pessoas também não podiam contar com um atendimento coletivo adequado, uma vez que os telefones públicos eram insuficientes e mal distribuídos geograficamente (a quase totalidade dos terminais existentes localizava-se nas áreas urbanas, sendo extremamente reduzido o atendimento a usuários nas áreas rurais).

a exploração pela iniciativa privada do setor de telecomunicações, por meio de autorização, permissão ou concessão.

Também em 1995, o Governo Federal enviou ao Congresso Nacional o projeto que veio a se transformar na Lei 9.295/96 (conhecida como “Lei Mínima”), que disciplinou a abertura à competição de alguns mercados atrativos ou estratégicos para os investimentos privados (v.g., os serviços de telefonia móvel celular).

Posteriormente, foi promulgada a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que alterou profundamente o modelo brasileiro até então existente, criando a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e autorizando o Poder Executivo a promover a reestruturação e desestatização das empresas integrantes do Sistema TELEBRÁS. Note-se que a Lei de Defesa da Concorrência hoje em vigor (Lei 8.884/94) havia sido promulgada apenas 3 anos antes.

Cumprir observar que, à época, os objetivos apontados pelas autoridades públicas como justificadores do processo de privatização foram: (i) a introdução do regime de competição na prestação de serviços de telecomunicações, visando ao benefício do usuário e ao aumento da produtividade da economia brasileira; e (ii) a universalização dos serviços por meio de compromissos a serem assumidos pelos particulares no sentido de realizarem investimentos de monta no setor.³

Alejandra Herrera comenta que a reforma regulatória das telecomunicações no Brasil diferenciou-se dos processos implementados em boa parte da América Latina principalmente porque (i) a universalização dos serviços e a introdução imediata da concorrência foram enfatizadas como objetivos centrais, aos quais devia subordinar-se a obtenção do maior preço possível pela venda do controle acionário das estatais, (ii) a privatização foi precedida da aprovação da LGT e da criação da ANATEL, com amplos poderes de regulação e fiscalização, e (iii) a lei estabeleceu de forma explícita a aplicabilidade da legislação concorrencial ao setor e reafirmou as competências do CADE, órgão responsável pela sua implementação na esfera administrativa.⁴

3 *Gazeta Mercantil*, edições de 29.05.1998 (“Caderno Dossiê Telecomunicações nas Empresas”) e de 10.06.1998, p. B-1 (“FHC aprova preço mínimo”). Vide, ainda, PASTORIZA (ob. cit.).

4 HERRERA, Alejandra. *Introdução ao estudo da Lei Geral de Telecomunicações no Brasil*. São Paulo: Singular, 2001, p. 30.

A fim de efetivar as metas estabelecidas, o Ministério das Comunicações elaborou um modelo, implementado por meio da edição de diversos decretos, aprovando os Regulamentos elaborados pelo próprio Ministério e pela ANATEL, bem como o Plano Geral de Outorgas (PGO – Decreto 2.534/98) e o Plano de Metas para a Universalização dos Serviços Prestados sob o Regime Público (Decreto 2.592/98).

O Modelo de Reestruturação e Desestatização do Sistema TELEBRÁS foi aprovado pelo Decreto 2.546, de 14 de abril de 1998, com estrutura que previa a cisão parcial da TELEBRÁS em 12 empresas que a sucederiam como controladoras das Teles Estaduais e Regionais e seriam alienadas de forma independente. Três dessas novas empresas controlariam as Regiões I, II e III, nas quais foi dividido o território brasileiro, conforme o PGO do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, aprovado pelo Decreto 2.534, de 2 de abril de 1998:

Região	Área geográfica	Empresas controladas pelas novas <i>holding</i>
I	Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima	TELERJ, TELEMIG, TELEST, TELEBAHIA, TELESERGIPE, TELASA, TELPE, TELPA, TELERN, TELECEARÁ, TELEPISA, TELMA, TELEPARÁ, TELEAMAPÁ, TELAMAZON, TELAIMA
II	Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Rondônia, Acre, Tocantins, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul	TELEBRASÍLIA, TELEGOIÁS, TELEMS, TELEMAT, TELERON, TELEACRE, TELEPAR, TELESC, CTMR
III	São Paulo	TELESP, CTBC

A Embratel seria vendida separadamente e prestaria serviços de STFC de longa distância em todo o território nacional.

As oito *holdings* restantes prestariam serviços de telefonia celular em 10 áreas de concessão.⁵

5 As oito *holdings* restantes prestariam serviços de telefonia celular em 10 áreas de concessão. Posteriormente, introduziu-se a concorrência nessas áreas, com a licitação da denominada banda B (de modo que cada região passou a contar com duas operadoras); mais tarde ainda, houve a implantação da telefonia móvel nas bandas C,

O modelo originalmente estabelecido para os serviços de telefonia fixa⁶ tinha as seguintes características:

- (i) os adquirentes das concessionárias das Regiões I, II e III do PGO do STFC teriam direito à exploração dos serviços locais e de longa distância nacional dentro das respectivas regiões;
- (ii) o adquirente da Embratel teria direito à exploração dos serviços de longa distância nacional (intra e inter-regional) e internacional em todo o território brasileiro (Região IV);
- (iii) tanto os adquirentes das concessionárias das Regiões I, II e III quanto o adquirente da Embratel (Região IV) deveriam cumprir as metas de universalização do Plano Geral aprovado pelo Decreto 2.592/98;
- (iv) posteriormente à privatização do sistema TELEBRÁS, seriam concedidas autorizações para exploração dos serviços de telefonia fixa pelas denominadas empresas “espelho”, sendo uma para cada região; as empresas “espelho” não estariam submetidas às metas de universalização;
- (v) as empresas adquirentes das concessões do sistema TELEBRÁS, bem como suas coligadas, controladoras ou controladas, não poderiam concorrer à licitação para a exploração dos serviços de telefonia como empresas “espelho” na mesma região em que detivessem a respectiva concessão;
- (vi) a partir de 31 de dezembro de 2001, deixaria de existir qualquer limite ao número de prestadoras de serviços de telefonia fixa;
- (vii) a partir de 31 de dezembro de 2001, as concessionárias de STFC que antecipassem suas metas (ou seja, que cumprissem as obrigações de universalização) poderiam atuar em outras regiões, mediante autorização, concorrendo com as operadoras locais (concessionárias e “espelho”).

D e E, que formaram a segunda geração do segmento do país, denominada Serviço Móvel Pessoal (SMP).

6 Vide LGT (Lei 9.472/97), Plano Geral de Outorgas (Decreto 2.534/98) e Plano de Metas para a Universalização dos Serviços Prestados Sob o Regime Público (Decreto 2.592/98).

As justificativas mais importantes para proceder à regionalização do sistema nacional de telecomunicações, determinada pelo PGO do STFC, foram as seguintes:

- (i) a regionalização serviria para criar um sistema de incentivos para obter a mais rápida universalização do STFC, pelo fato de as concessionárias não poderem atuar fora das respectivas regiões de outorga ou prestar novos serviços até não terem cumprido determinadas metas de universalização;
- (ii) a criação da Região IV, onde a Embratel operaria como empresa independente das concessionárias locais, permitiria que se iniciasse, de imediato, uma significativa competição entre esta empresa e cada uma das concessionárias locais na prestação de serviços de longa distância, sendo que, em 2003, existiria ao menos uma empresa (Embratel) com presença nacional, capaz de concorrer em todos os mercados, inclusive no de STFC local;
- (iii) acreditava-se que as concessionárias locais, após 2002, quando fossem liberadas para atuar fora de suas áreas de concessão, constituiriam um grupo de empresas com considerável infra-estrutura própria, e concorreriam, em razoável pé de igualdade, na prestação de todos os serviços;
- (iv) a regionalização facilitaria a introdução imediata de várias novas concorrentes, as chamadas empresas “espelho” e “espelhinho”;
- (v) a regionalização permitiria fortalecer a capacidade regulatória do Estado, facilitando o trabalho da ANATEL ao menos de três formas: (a) permitindo à Agência avaliar a evolução dos mercados por comparação entre empresas aproximadamente equivalentes em termos de capacidade tecnológica e financeira; (b) fazendo de cada concorrente um potencial fiscal de condutas abusivas das outras empresas; e, sobretudo, (c) evitando que a ANATEL se defrontasse com uma única e gigantesca empresa com monopólio sobre o conjunto dos recursos materiais e humanos disponíveis no setor privado.

Percebe-se, pois, a nítida preocupação de introduzir a concorrência na indústria de telecomunicações, tendo a LGT estabelecido diversas normas

comportamentais (dirigidas às operadoras) nesse sentido⁷ e, ainda, outorgado às autoridades de defesa da concorrência e à ANATEL uma gama ampla de instrumentos para implementar o seu poder-dever de agir em defesa de tal intuição no setor, em benefício dos cidadãos.

Com esse arcabouço institucional, as privatizações foram efetuadas e os serviços de telefonia fixa passaram, então, a ser operados por quatro concessionárias: Telemar (Região I), Brasil Telecom (Região II), Telefonica (Região III) e Embratel (Região IV).⁸

Posteriormente, foram realizadas novas licitações, dessa vez para a outorga de autorização às empresas “espelho”, sendo certo que foram vencedoras a Vésper S.A. e a Vésper São Paulo S.A., respectivamente para as Regiões I e III do PGO do STFC; a GVT (Global Village Telecom), para a Região II; e a Intelig, para a Região IV do PGO.

Mais tarde, ainda, entraram as denominadas “espelinho”, empresas de atuação geograficamente mais limitada que as “espelho”, com autorização

7 Como destacado por Alejandra Herrera, “apesar de não mais se tratar de um monopólio natural no setor de telecomunicações, as forças do mercado não levam naturalmente à substituição do monopólio por uma estrutura de mercado com concorrência”. Por isso, não basta modificar a legislação, autorizando a entrada de novas empresas no mercado; o governo deve intervir de modo a evitar que o monopólio persista ou que “transite para um oligopólio de condutas cartelizadas”. Nesse contexto, “com o objetivo de impedir que as empresas dominantes utilizem sua posição vantajosa para ocupar espaços adicionais nos mercados fazendo uso de estratégias predatórias”, a LGT proibiu (i) a utilização de subsídios cruzados para a redução artificial de preços, (ii) a utilização de informações obtidas dos concorrentes, em virtude de acordos de prestação de serviços, objetivando vantagens concorrenciais, (iii) a exploração, direta ou indireta, pela mesma pessoa jurídica, da mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado (salvo em localidades distintas), além de (iv) estabelecer a obrigação das concessionárias de manterem registros contábeis separados por serviço, caso explorem mais de uma modalidade de serviço. Determinou, ademais, o *disclosure* de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem. Simultaneamente, “uma série de regras de interconexão e sobre formas de tornar disponíveis as redes para uso pelos concorrentes têm como objetivo fundamental viabilizar a entrada de novos concorrentes em mercados inicialmente dominados por alguma empresa e impedir abusos de poder de mercado” (ob. cit., p. 26-27 e 98-99).

8 Das empresas independentes (não integrantes do Sistema TELEBRÁS), continuaram operando a CTBC Telecom (setor 3 da Região I, setores 22 e 25 da Região II e setor 33 da Região III do PGO do STFC) e a Sercomtel (setor 20 da Região II).

para concorrer no âmbito municipal, no fornecimento de linhas telefônicas e ligações locais.

Apesar de alguns descruzamentos societários e de consolidações ocorridas no setor, entre as quais se destaca a operação Embratel/Vésper, e diversas fusões ou parcerias entre operadoras móveis, bem como entre operadoras de telefonia fixa, de um lado, e operadoras móveis ou prestadoras de serviços de TV por assinatura, de outro (e.g., Telefonica/Vivo, Embratel/Claro, Embratel/NET e Telefonica/TVA), as quais não serão analisadas neste artigo, *não houve modificações substanciais no quadro acima.*

Ou seja, no que tange à telefonia fixa local, continuam existindo três operadoras locais de grupos distintos (incumbentes), cada uma enfrentando a concorrência de (pelo menos) uma empresa independente na sua respectiva região de concessão.

III. A situação da telefonia fixa local hoje: convergência para gerar concorrência?

Analisando a estrutura da indústria de telecomunicações no Brasil hoje, verificamos que a competição almejada originalmente pelo Poder Público não logrou ser alcançada em todos os mercados.

No que se refere particularmente aos serviços de telefonia fixa, as operadoras locais continuam monopolizando as áreas que lhes foram atribuídas segundo o PGO, sendo baixíssima a penetração das empresas concorrentes nos diversos mercados relevantes de STFC local. Em março de 2006, a Telemar ainda mantinha 93,5% de participação de mercado na Região I; a Brasil Telecom, 93,1% na Região II; e a Telefonica, 95% na Região III. Nenhuma delas atua de forma relevante fora de suas regiões de concessão, embora todas já estejam hoje autorizadas a tanto pela ANATEL.⁹

Na verdade, a ocupação do mercado pelas empresas autorizadas encontra-se muito aquém do previsto na época da privatização. Na Região I, em vez dos 8% de mercado previstos inicialmente, as autorizadas detêm 6,5%; na Região II, em vez de 13%, as autorizadas detêm menos de 7%; na Região III, em vez de 15%, as autorizadas têm 5%. Ademais, ficou evidente que as

9 Os dados foram extraídos de apresentação de Ara Apkar Minassian, Superintendente de Serviços de Comunicação de Massa da ANATEL, ao Plenário do CADE, em 10.05.2007.

empresas autorizadas praticamente abandonaram a competição pelos clientes residenciais de telefonia fixa, direcionando suas atividades para segmentos mais lucrativos, como o corporativo.

Seria a convergência – que, em termos bastante simples, consiste na possibilidade (impulsionada por avanços tecnológicos) de prestação de diversos tipos de serviços com base em uma única infra-estrutura ou plataforma, v.g., a oferta de serviços de TV por assinatura (imagem), Internet de alta velocidade (dados) e telefonia móvel ou fixa (voz), a partir da mesma rede (cabo ou DSL¹⁰) – capaz de solucionar o problema?

A convergência já é uma *realidade* para diversos serviços. Empresas como a Embratel, por exemplo, utilizam redes de TV por assinatura para ofertar serviços locais de telefonia fixa a usuários de TV a cabo ou assinantes de Internet banda larga.

A propósito, a utilização das redes de TV por assinatura para a prestação de serviços de telefonia e vice-versa tem gerado grande controvérsia. Se, por um lado, não há impedimento legal para que as prestadoras de serviços de TV por assinatura ingressem nos mercados de ligações locais (como fez a Embratel, ao ofertar o “Net Fone”), o caminho inverso (ou seja, a utilização das redes de telefonia para a prestação de serviços de TV por assinatura) é vedado. Aqueles que sustentam a manutenção de tal política (ou, alternativamente, uma abertura lenta e gradativa do mercado para as operadoras tradicionais de telecomunicações), entre eles as ofertantes de TV por assinatura, geralmente argumentam que as concessionárias de telefonia local estenderiam seus monopólios para o novo mercado. Já os que defendem a abertura imediata do mercado de TV por assinatura para as concessionárias locais de telecomunicações (inclusive as próprias) aduzem que tal mercado, bastante concentrado no Brasil, só teria benefícios, já que as telefônicas, aproveitando a universalização das suas redes de banda larga, ampliariam a prestação de serviços de TV por assinatura, levando-os, inclusive, a regiões inóspitas e pouco lucrativas (onde as empresas de TV por assinatura não demonstraram interesse em operar).

Em audiências públicas recentemente conduzidas no CADE, com a participação de autoridades e representantes do mercado e da sociedade, as operadoras de telefonia expuseram que a falta de concorrência na TV a cabo tem causado o aumento dos preços, pois em muitas cidades há um operador

10 *Digital Subscriber Line.*

único, sendo certo que nos países onde se permitiu a prestação de serviços de TV por assinatura por DSL, os preços foram sensivelmente reduzidos. Por seu turno, prestadoras de serviços de TV por assinatura sustentaram que muitos países adotaram a fixação de prazos para ingresso das operadoras de telefonia no mercado de TV por assinatura, a fim de evitar o ocorrido em algumas jurisdições, onde as empresas telefônicas acabaram dominando o mercado.

Há vasto campo para debate sobre regulação e concorrência no setor de TV por assinatura. No entanto, não nos alongaremos no tema, que foi trazido exclusivamente para ilustrar os benefícios que pode trazer a convergência tecnológica para a sociedade. Em síntese, a convergência possibilita introduzir concorrência em mercados onde sequer se cogitava da sua viabilidade e já está revolucionando vários setores da indústria de comunicações em geral.

Ocorre que a convergência tecnológica ainda está longe de resolver os problemas mais freqüentes relacionados aos serviços de telefonia local no Brasil, que assumem grande importância em um país onde a maioria da população não tem acesso a TV a cabo, não podendo, desse modo, contar com as prestadoras de serviços de TV por assinatura como ofertantes alternativos de STFC local.

Em outras palavras, ainda que novas tecnologias (como WiMAX¹¹ e o próprio cabo) efetivamente tenham o condão de substituir a última milha,¹²⁻¹³ suplantando, de uma vez por todas, os argumentos de que os serviços locais

11 WiMAX (Worldwide Interoperability for Microwave Access) é uma tecnologia que permite transmitir dados em longa distância, sem a necessidade de redes físicas. Criada pelo WiMAX Forum, formado em 2001, é definida pelos seus inventores como “standards-based technology enabling the delivery of last mile wireless broadband access as an alternative to cable and DSL”.

12 Em telecomunicações, a expressão “última milha” refere-se aos meios físicos que possibilitam que os sinais (voz e dados) cheguem até seu destino, ou seja, até o local específico em que se encontra o usuário, seja uma residência ou uma unidade empresarial.

13 As discussões técnicas a respeito da capacidade de tecnologias mais novas (sem fio) substituírem a “última milha” são infundáveis e muito além de nossa compreensão leiga. Para resumir, basta mencionar que as incumbentes sustentam que as tecnologias sem fio (Wi-fi e Wi-MAX) substituem o acesso físico à última milha, enquanto as demais operadoras questionam tal argumento, alegando que os custos *vis-à-vis* o retorno esperado, embora sejam inferiores aos custos de duplicação da rede física (proibitivos), não justificariam os investimentos, senão em certas regiões.

de telefonia fixa constituem monopólio natural¹⁴ e de que as redes são infra-estruturas essenciais, uma parte considerável da população brasileira não teria como se beneficiar disso a curto prazo. Os segmentos de mais baixa renda não têm acesso aos serviços de TV por assinatura (e às infra-estruturas que permitem a sua prestação) e provavelmente não representam atrativo para investimentos de terceiros (novos entrantes) em tecnologias alternativas (sem fio) que substituam as redes físicas. Ou seja, para tal camada da população brasileira, os serviços de telefonia local (e, quando muito, Internet), ainda são prestados por meio das redes tradicionais, e o acesso ocorre via última milha.

Em suma, a despeito da convergência e do surgimento de novas tecnologias, não existe, ainda, um bom substituto para o acesso físico, a última milha.

A única forma de garantir que a concorrência chegue imediatamente até essas pessoas é permitir que as diversas ofertantes de STFC atinjam tais usuários, para tanto necessitando de interconexão à rede das incumbentes. Do contrário, estaríamos a admitir um monopólio (ainda que temporário) na oferta de certos serviços para algumas faixas sociais, o que atenta contra o ideal de justiça social que deve ser sempre perseguido pela ordem econômica no Brasil (art. 170 da Magna Carta).

A concorrência nos serviços de telefonia local certamente beneficiaria as camadas menos favorecidas da população, pressionando pela redução dos valores da assinatura mensal e reduzindo os preços das chamadas, deslocando-os do teto fixado na regulamentação. Tais serviços, no entanto,

14 A teoria do monopólio natural já tinha sido abordada por Stuart Mill, em 1848, quando este verificou que certos serviços de utilidade pública não poderiam ser oferecidos de forma competitiva. Outros estudos de economistas do século XIX mencionavam o problema que, contudo, só recebeu tratamento sistemático com R. Ely (*Outlines of economics*. New York: Macmillan, 1937). A teoria econômica moderna considera que nos monopólios naturais a entrada de novos competidores, além de inviável, é também desaconselhável, uma vez que a existência de custos irrecuperáveis muito altos faz que as empresas atuantes tenham interesse em aumentar a produção e, se a demanda for variável, como normalmente ocorre nesses mercados, haverá crises de superprodução, levando à guerra de preços e concorrência predatória. Assim, o mercado voltaria, naturalmente, à situação de monopólio. Ferrovias, redes de transmissão de energia elétrica e de telecomunicações são tradicionalmente consideradas monopólios naturais, mas o desenvolvimento de novas tecnologias há muito põe em cheque a caracterização da última como tal.

continuam sendo prestados predominantemente sob regime de monopólio, como mencionado acima.

É evidente, portanto, a importância que ainda tem o acesso às redes locais das incumbentes, para que a concorrência se torne uma realidade em todos os mercados.

IV. Problemas concorrenciais relacionados ao acesso às redes locais pós-privatização

O provimento de acesso local consiste na prestação de serviços de uso de uma infra-estrutura para estabelecer a ligação entre o usuário final de diferentes serviços de telecomunicações e a rede a partir da qual estes últimos serviços são oferecidos.¹⁵ Conforme antecipado, o acesso local é ofertado por empresas que possuem uma infra-estrutura de rede que vai até o usuário final (última milha) e, no Brasil, após as privatizações, tornou-se um monopólio privado.

Assim, do ponto de vista concorrencial, os mercados de telecomunicações fixas no Brasil caracterizam-se pela existência de elevadas barreiras à entrada em certos segmentos, relacionadas ao controle monopolista das redes locais de telefonia. Ademais, há incentivos para a criação de obstáculos artificiais ao acesso de concorrentes às tais redes (por exemplo, via discriminação de preços), estendendo seu domínio sobre os mercados *downstream* (muitos deles altamente lucrativos).

Esse é um problema típico na indústria de telecomunicações e, como visto, não se encontra definitivamente superado, em nosso País, com a convergência tecnológica, que ampliou os meios de acesso ao usuário final, porém não para todas as situações.

Apesar das preocupações já endereçadas na LGT,¹⁶ o acesso às redes locais não foi uma questão pacífica nos anos que sucederam as privatizações.

15 Os serviços de acesso local podem ser ofertados a partir de uma mesma infra-estrutura de rede, mas envolvem diferentes modalidades, incluindo a interconexão da rede do demandante à rede local, a ser paga por uma tarifa de interconexão (Tarifa de Uso da Rede Local ou simplesmente “TU-RL”), ou a cessão de uma linha dedicada para o demandante, como no caso da Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILD). As redes locais, portanto, são utilizadas como insumo para a prestação de diversos serviços de telecomunicações, tais como a telefonia de longa distância e a transmissão de dados.

16 Entre essas disposições contidas na lei, Alejandra Herrera destaca as seguintes: “a) as redes de serviço de interesse coletivo devem atender os pedidos de interconexão

Na verdade, o período analisado foi marcado por diversos litígios envolvendo as operadoras de telecomunicações em torno da interconexão às redes. Tais disputas geralmente referiam-se a:

- (i) acesso das operadoras de longa distância às redes das concessionárias locais (recusa de interconexão por parte das últimas, geralmente sob justificativas técnicas)¹⁷;
- (ii) alegada adoção de condições discriminatórias (*price squeeze*), em detrimento dos concorrentes nos mercados *dowstream* de serviços telefônicos e de transmissão de dados, respectivamente na cobrança de tarifas de interconexão na modalidade TU-RL (Tarifa de Uso da Rede Local)¹⁸ e no fornecimento de linhas dedicadas para exploração em regime industrial (EILD);¹⁹

feitos tanto por provedores de serviços no regime público como no regime privado; b) o provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas; c) os preços da interconexão serão isonômicos e justos; d) a interconexão terá caráter desagregado (*undbunded*), isto é, a empresa solicitante somente deve pagar pelo acesso às facilidades de rede de que efetivamente tenha necessidade; f) qualquer interessado poderá solicitar a arbitragem pela Agência quando não conseguir chegar a um acordo com uma outra provedora de serviços em relação às condições da interconexão; g) a Agência obrigará as prestadoras de serviços de interesse coletivo a colocar à disposição suas redes a outras prestadoras deste tipo de serviços quando considerar essa obrigação necessária para desenvolver a concorrência” (ob. cit., p. 98-99).

17 Alguns processos versando sobre esse problema originaram-se por ocasião da obtenção, pelas operadoras de longa distância, de autorização da ANATEL para prestar STFC Local e de Longa Distância Intra-regional. Vide, por exemplo, Despachos 611/2002/SPB (emitido no Processo 53500.004370/2002), 17/CA/PAM, de 18.08.2003 (emitido no Processo 53.500.006.798/2002), 606/2002/SPB, de 04.11.2002 (emitido no Processo 53500.004458/2002), 118/2003/SPB, de 04.04.2003, e 405/2003/PBQI/SPB, de 11.08.2003 (emitidos no Processo 53500.000492/2003). Em todos eles, a ANATEL determinou a ativação das interconexões pleiteadas.

18 Nesse sentido, Processos Administrativos (de natureza concorrencial) 53500.001821/2002, 53500.001823/2002 e 53500.001824/2002, que acabaram sendo arquivados pelo CADE por insuficiência de provas.

19 Nesse sentido, Processos Administrativos 53500.002288/2001, 53500.002287/2001 e 53500.005770/2002, todos de natureza concorrencial, que acabaram suspensos em virtude de compromisso de cessação de prática firmado entre a ANATEL e as respectivas Representadas.

- (iii) pagamento pelo uso da rede das operadoras por provedores de acesso discado à Internet.²⁰

Analisamos, a seguir, o que as autoridades regulatória e concorrencial fizeram com vistas a contornar tais problemas.

V. Lidando com os problemas de acesso: de remédios pontuais à recente incorporação do conceito de Poder de Mercado Significativo à regulamentação brasileira

As medidas adotadas pelas autoridades para lidar com os inúmeros problemas de acesso que surgiram após as privatizações foram inicialmente pontuais, e voltadas a solucionar os problemas concretos levados ao conhecimento do CADE e da ANATEL.

É bem verdade que a ANATEL arbitrou e decidiu diversos litígios relacionados à negativa de acesso propriamente dita, que envolviam invariavelmente alegações de natureza técnica. Porém, foi o CADE que, no nosso entendimento, adotou a providência mais arrojada, ao conceder Medida Preventiva determinando que fossem adotadas condições equânimes de acesso à rede local de uma incumbente, para fins de EILD.²¹

Essa decisão inspirou a ANATEL, até então reticente, a conceder, por seu turno, Medidas Preventivas em processos instaurados em face das demais incumbentes e, posteriormente, a celebrar acordos com todas as concessionárias locais para a cessação das práticas investigadas. Mais adiante, a Agência formulou novo Regulamento para a EILD, incorporando em grande parte os conceitos estabelecidos na Medida Preventiva e na decisão do Plenário do

20 Vide Processo Administrativo 08700.001639/2003-88, julgado pelo CADE, Processo 2418/2003 (na ANATEL) e Processos judiciais 2001.34.00.032951-9 e 2003.34.00.005742-4, que tramitaram perante a 6.^a Vara Federal do Distrito Federal, encontrando-se atualmente em fase de recurso.

21 A Medida Preventiva 08700.003174/2002-19 determinou à incumbente: (i) oferecer os mesmos preços para todos os clientes demandantes de EILD à velocidade de até 2048 kbps (estabelecimento de condições equânimes entre a subsidiária da incumbente e os demais clientes); (ii) discriminar os preços de acesso nos contratos envolvendo a prestação de serviços de comunicação de dados corporativos entre a subsidiária da incumbente e terceiros; e (iii) encaminhar ao CADE todos os contratos entre a subsidiária da incumbente e terceiros envolvendo o fornecimento de EILD à velocidade de até 2048 kbps. O recurso interposto pela incumbente foi rejeitado pelo Plenário do CADE.

CADE que a confirmou. Referido regulamento é hoje objeto de impugnação pelas concessionárias locais.

Vale destacar que um dos pontos mais controvertidos do regulamento em questão foi a incorporação do conceito de Poder de Mercado Significativo (PMS). O conceito é oriundo da regulamentação da indústria de comunicações na União Europeia, que sofreu modificações substanciais entre 1999 e 2003, para incorporar, sob a rubrica de PMS, a mesma noção de *dominância* já consolidada na jurisprudência antitruste da Corte Europeia.²² Com efeito, na Europa, PMS é sinônimo de “musculatura econômica”, situação que outorga ao seu detentor, individual ou coletivamente, a capacidade de comportar-se, em medida considerável, independentemente de concorrentes, clientes e, em última instância, dos consumidores.²³ Note-se que definição similar (porém incompleta) foi adotada pela ANATEL no Regulamento de EILD, Anexo à Resolução 402, 27 de abril de 2005 (art. 2.º, X):

“Poder de Mercado Significativo (PMS): posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do mercado relevante, assim considerada pela Anatel”.

Alguns comentaristas europeus consideram a regulamentação (composta, no total, de cinco Diretivas), mais liberal do que sua predecessora, por se arvorar na idéia de intervenção mínima e abandonar o percentual de 25%

22 A noção de “dominância” adotada na Europa, na esteira de paradigmáticas decisões da Corte de Justiça naquela jurisdição, é alvo constante de críticas, especialmente pelos neoclássicos, que insistem na idéia de que poder de mercado deve ser compreendido como “poder de aumentar preços, acima dos patamares competitivos”. Uma síntese interessante do debate encontra-se em Giorgio Monti (The concept of dominance in Article 82, 2006 *European Competition Journal*. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/collections/law/staff/monti/ECJdominancepaper.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2007), ao analisar criticamente os diversos sentidos atribuídos à “dominância” no *Discussion Paper* da Comissão Europeia. Vide, ainda, Marcel Canoy, Patrick Rey e Eric Van Damme (*Dominance and monopolization*. In: Manfred Newmann e Jürgen Weigand, *The international handbook of competition*, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 210-289).

23 “An undertaking shall be deemed to have significant market power if, either individually or jointly with others, it enjoys a position equivalent to dominance, that is to say a position of economic strength affording it the power to behave to an appreciable extent independently of competitors, customers and ultimately consumers” (Art. 14, item 2, da Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas).

de *share* de mercado, a partir do qual o poder de mercado de uma operadora de telecomunicações era presumido.²⁴

Ainda assim, o novo arcabouço regulatório europeu não é *excessivamente* liberal, já que estabelece importantes mecanismos de prevenção (*ex ante*) do exercício de poder de mercado (especialmente ao incorporar à avaliação de PMS elementos tradicionais que permeiam a análise antitruste sob o art. 82 do Tratado de Roma) e outorga às autoridades regulatórias dos Estados-membros da UE competência para eleger as obrigações mais adequadas a serem impostas às empresas detentoras de PMS nos casos concretos, dentro de um rol apresentado pela Comissão Européia. Esta última tem poderes não apenas para adotar e atualizar diretrizes sobre mercados relevantes e avaliação de PMS, mas principalmente para rever decisões das autoridades locais quando tiverem o condão de afetar o comércio entre os Estados. Entre as obrigações que podem ser impostas aos detentores de PMS estão a *transparência*, o *acesso*, a *não-discriminação*, a *separação contábil* e a *observância a preços e custos regulamentados*.

À Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu, que trata de PMS, seguiu-se um documento de mais de 20 páginas, de “Orientações da Comissão relativas à análise e avaliação de poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações eletrônicas” (Documento 2002/C 165/03). As Orientações tratam desde de definição de mercados relevantes até procedimentos de cooperação entre autoridades, passando pela avaliação de PMS.²⁵

24 Vide, por exemplo, Simon Taylor (European Commission’s draft guidelines on market analysis and the calculation of significant market power: the extension of Tetra Pack II to regulation, *Computer and Telecommunications Law Review*, 2001, v. 7, n. 6, p. 129-135) e Alexandre De Streel (The new concept of ‘significant market power’ in electronic communications: the hybridisation of sectoral regulation by competition law, *European Competition Law Review*, 2003, v. 24, n. 10, p. 535-542). Para uma crítica a respeito da forma como vinha sendo aplicado o teste de PMS, vide Andrew Tarrant (Significant market power in the regulation of telecommunications markets, *European Competition Law Review*, 2000, v. 21, n. 7, p. 320-325).

25 As diretrizes são, de maneira geral, bastante detalhadas e esclarecedoras. Apenas para ilustrar, sobre a avaliação de PMS, a Comissão assinala, no item 75, que “undertakings with market shares of no more than 25% are not likely to enjoy a (single) dominant position on the market concerned. In the Commission’s decision making practice, single dominance concerns normally arise in the case of undertakings with market shares of over 40%, although the Commission may in some cases have concerns about dominance even with lower market shares, as dominance

AANATEL, por seu turno, não foi tão cautelosa, limitando-se a arrolar, no art. 13 do Regulamento de EILD, alguns aspectos a serem utilizados para determinar quais são os grupos detentores de PMS²⁶ e a publicar, em junho de 2006, Resolução (de n. 437/2006) identificando tais grupos.

No que se refere à TU-RL, os vários questionamentos dirigidos à ANATEL, referentes à alegada discriminação no acesso à rede local, reforçados pelos processos antitruste instaurados a pedido das concorrentes das concessionárias locais (que acabaram sendo arquivados pelo CADE por falta de provas), contribuíram para que a agência revisse a regulamentação em matéria de separação contábil entre os serviços prestados pelas concessionárias. AANATEL acabou aprovando novos planos de contas, os quais incorporaram regras mais detalhadas, com vistas a coibir a discriminação.

Ademais, os novos contratos de concessão mudaram a forma de cálculo das tarifas de interconexão, que, para os anos de 2006 e 2007, foram vinculadas à tarifa de público, devendo, após essa data, vigorar um modelo baseado em custos.

Por fim, aANATEL aprovou um “Plano Geral de Metas de Competição”, aplicável aos novos contratos de concessão em vigor a partir de 2006.

Antes de opinarmos sobre essas medidas – na conclusão deste artigo – convém trazer experiência vivenciada em país mais “maduro” do que o Brasil em termos de concorrência e de regulação do problema do acesso

may occur without the existence of a large market share. According to established case-law, very large market shares – in excess of 50 % – are in themselves, save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position. An undertaking with a large market share may be presumed to have SMP, that is, to be in a dominant position, if its market share has remained stable over time. The fact that an undertaking with a significant position on the market is gradually losing market share may well indicate that the market is becoming more competitive, but it does not preclude a finding of significant market power. On the other hand, fluctuating market shares over time may be indicative of a lack of market power in the relevant market”.

- 26 Os aspectos arrolados foram: “I – participação no mercado de linhas dedicadas; II – existência de economias de escala; III – existência de economias de escopo; IV – controle sobre infra-estrutura cuja duplicação não é economicamente viável; V – ocorrência de poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços; VI – ocorrência de integração vertical; VII – existência de barreiras à entrada de competidores; e VIII – acesso a fontes de financiamento”.

na indústria de telecomunicações. As razões pelas quais escolhemos o caso *AT&T* ficarão claras abaixo e na conclusão.

VI. O paradigmático caso AT&T: algumas lições sobre regulação e concorrência

A despeito do monopólio exercido pela American Telephone and Telegraph (AT&T) em diversos mercados, a indústria de telecomunicações nos Estados Unidos foi precariamente fiscalizada pelos órgãos reguladores norte-americanos²⁷ até 1950, tendo em vista, principalmente, a idéia de que constituiria monopólio natural, cumprindo à AT&T seu papel de provedora de todas as modalidades de serviços telefônicos.

Contudo, no início da década de 1950, outras empresas passaram a investir no setor, ao que a AT&T reagiu agressivamente, dificultando a interligação à sua rede básica e vedando a utilização dos equipamentos dos concorrentes pelos usuários finais.

Em 1949, o Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) promoveu um processo antitruste em face da AT&T questionando a recusa da empresa (sob alegada incompatibilidade) em negociar com ofertantes de equipamentos telefônicos concorrentes. Esse processo acabou sendo encerrado em 1956, com a celebração de um *consent decree* (espécie de compromisso de cessação de prática), por meio do qual a AT&T abriu mão de ofertar serviços não regulamentados de valor adicionado,²⁸ em troca da manutenção da sua divisão de equipamentos.

27 Em 1910, o Mann-Elkis Act conferiu à Interstate Commerce Commission (ICC) poderes para regular a telefonia interestadual nos EUA. A regulação adotada por esta entidade, porém, foi excessivamente liberal (passiva), sendo certo que o controle sobre a entrada de novos concorrentes acabou por garantir o monopólio da telefonia de longa distância à AT&T. Em 1934 foi editado o Communications Act e criada a Federal Communications Commission (FCC). Esta agência manteve as restrições à entrada de novos concorrentes na longa distância, além de controlar os preços praticados.

28 Conforme esclarecem José Cláudio Linhares Pires e Mauricio Serrão Piccinini, os serviços de telefonia de valor adicionado ou agregado envolvem, hoje, a transmissão e o processamento de informações com o uso de *softwares*, acrescentando valor aos serviços básicos que lhes dão suporte, v.g., acesso a bancos de dados, *trunking*, *paging*, videotexto, serviços bancários eletrônicos, entre outros. (Serviços de tele-

Em 1958, a resolução da FCC, que ficou conhecida como *Carterphone Decision*, garantia o acesso dos usuários finais aos equipamentos produzidos pelas concorrentes da AT&T. Em sentido semelhante, em 1971, a *Specialized Common Carriers Decision* assegurava a interconexão dos novos competidores à rede da empresa.

A regulação específica da FCC, no entanto, não foi suficiente para coibir as práticas restritivas que vinham sendo adotadas pela AT&T, que acabaram sendo aperfeiçoadas.

Com efeito, como a AT&T não podia mais negar, simplesmente, o acesso de concorrentes às suas redes (locais e interurbanas) ou impedir que os consumidores adquirissem aparelhos telefônicos de seus rivais (sob pena de violar frontalmente a regulação em vigor), passou a empresa a adotar condições discriminatórias – geralmente proibitivas – de acesso, quando não utilizava argumentos de ordem técnica para impedir que o mesmo se efetivasse.

Nesse contexto, em 1974, o DOJ moveu um novo processo antitruste em face da AT&T, acusando-a de práticas restritivas que a regulação se teria mostrado incapaz de resolver: (i) adoção de subsídios cruzados anticompetitivos; (ii) criação de dificuldades à operação de fabricantes concorrentes de equipamentos telefônicos (negativa de acesso e condutas discriminatórias); e (iii) criação de dificuldades à operação de operadoras concorrentes de telefonia de longa distância (negativa de acesso e discriminação).

O processo tramitou por cerca de 8 anos, culminando, em 1982, com a celebração de *consent decree* entre as partes, aprovado com algumas alterações pelo Juízo, abarcando restrições de natureza estrutural (desinvestimentos) e de natureza comportamental (regras de acesso e proibição de atuação em determinados mercados).

Basicamente, a AT&T comprometeu-se a se desfazer de suas 22 operadoras locais, que foram agrupadas em sete empresas *holding* com atuação regional (as denominadas *Regional Bell Holding Companies* ou *Baby Bells*). Tais empresas foram proibidas de operar serviços de longa distância, enquanto a AT&T, por sua vez, foi afastada da operação de serviços locais.

As *Baby Bells* foram proibidas de fornecer quaisquer outros serviços além da telefonia local, mas mantiveram-se no mercado de venda de equipa-

comunicações: aspectos tecnológicos, *Revista Ensaios BNDES*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 7-32, dez. 1997).

mentos (vedada a fabricação dos destes) e continuaram explorando serviços de listas telefônicas.

Por sua vez, a AT&T, além de operar a telefonia de longa distância, foi autorizada a manter laboratórios de pesquisa, a fabricar equipamentos e a competir nos serviços de valor agregado.

A lógica do acordo (e da decisão que o aprovou) era muito simples: separar os serviços prestados em regime de monopólio dos serviços prestados em regime de concorrência,²⁹ ou, em outras palavras, separar estruturalmente empresas com capacidade para impedir a concorrência (monopólios locais) daquelas que tinham incentivos para tanto (fabricantes de equipamentos e operadora de longa distância).³⁰

Assim, a decisão no caso AT&T implicou verdadeira regulação da indústria de telecomunicações nos Estados Unidos.

Após a decisão, diversas questões foram levadas à apreciação do Juízo, em sua maioria pleitos de modificação do *consent decree* aprovado em 1982. As *Baby Bells* também passaram a atuar junto ao Congresso norte-americano, com vistas a obter regulamentação que as “libertasse” das restrições impostas às suas linhas de negócio.³¹

A justificativa judicial para a recusa de grande parte dos pedidos formulados foi de que os “gargalos” existentes nos mercados locais não haviam sido

29 Viscusi, Vernon e Harrington Jr. *Economics of regulation and antitrust*. 3. ed. Cambridge: The MIT Press, 2000.

30 Joseph D. Kearney. From the fall of the Bell System to the Telecommunications Act: regulation of telecommunications under Judge Greene, *Hastings Law Journal*, v. 50, p. 1395-1472, August 1999.

31 Segundo o pormenorizado relato de Kearney (ob. cit.), após os desinvestimentos (concluídos em 1984), as *Baby Bells* passaram a pleitear exaustivamente a modificação parcial do acordo firmado. Desde logo solicitaram, por exemplo, autorização para operar serviços móveis. Também demandaram continuar operando serviços de tempo e hora, que eram gratuitos. Seguiram-se inúmeros pedidos de autorização, visando limitar ou contornar a chamada “*catch-all line of business restriction*” (que limitava a atuação das operadoras locais aos serviços de telefonia e de interconexão). Tantas eram as solicitações que foram criados procedimentos específicos para processar e analisar os requerimentos (chamados “*waivers*”) formulados pelas partes. No que tange aos pleitos dirigidos ao Congresso Nacional, houve diversas tentativas, sem êxito, de “esvaziar” a decisão de 1984 por meio de legislação, sendo certo que a própria FCC tinha posição contrária às restrições em matéria de áreas de atuação das operadoras.

eliminados, de modo que a concorrência em tais mercados não fora implementada. As *Baby Bells* acabaram recebendo permissão para prestar serviços móveis e fixos locais *em outras regiões que não as suas*, mas continuaram proibidas de operar longa distância e ofertar aparelhos em suas regiões.

Em 1994, as operadoras locais fizeram pedido abrangente para eliminar as restrições que ainda prevaleciam quanto às suas áreas de atuação. As operadoras de longa distância também pleiteavam o ingresso nos mercados locais. O Poder Judiciário já havia demonstrado pouca receptividade a tais pleitos, mas o foco principal era o Congresso norte-americano.³² E, realmente, antes que adviesse qualquer decisão do Poder Judiciário, entrou em vigor a nova lei de telecomunicações.

O Telecommunications Act de 1996 é fruto de todo esse contexto, mas ele não foi favorável aos pleitos das operadoras locais, segundo a análise de KEARNEY.³³ Em apertadíssima síntese, o novo Telecom Act:

- (i) revogava o *consent decree* no caso AT&T;
- (ii) autorizava as *Baby Bells* a operar os serviços móveis de longa distância;
- (iii) permitia à AT&T voltar a oferecer serviços de telefonia local;
- (iv) mantinha a limitação à atuação das *Baby Bells* na longa distância fixa, condicionando a retirada de tal restrição à comprovação, pelas interessadas, do atendimento a uma lista de 14 requisitos (entre eles a abertura para a concorrência nos mercados locais, a interconexão e o *unbundling*), bem como à segregação das atividades em subsidiárias integrais e à demonstração de que a entrada traria benefício público;³⁴

32 Segundo Kearney, as operadoras tinham grande força no Congresso, nem tanto pelo argumento antitruste, mas principalmente pela alegada criação de empregos, caso entrassem em novos mercados.

33 Para o autor, os principais conceitos da decisão de 1982 foram incorporados pela nova lei, assimilando-se a importância da concorrência nas políticas regulatórias (ob. cit., p. 1458).

34 As operadoras locais têm hoje aprovada a sua atuação na longa distância fixa em todos os estados norte-americanos. Tal circunstância é criticada por Nicholas Economides, que considera que os mercados locais não operavam de forma competitiva por ocasião das aprovações, situação ainda modificada (*Telecommunications regulation: an introduction*, New York, June 2004).

- (v) adotava o sistema de tarifas atreladas aos custos dos agentes econômicos, em substituição ao regime de *price caps*;³⁵ e
- (vi) reforçava a importância da universalização, aumentando a incidência e explicitando a utilização de subsídios cruzados, ampliados para novos setores.

Com o Telecom Act, as atividades das operadoras saíram do controle judicial, mas recaíram em controles semelhantes estabelecidos pelo Telecom Act.

A decisão proferida no precedente AT&T, assim como o seu monitoramento e o Telecom Act de 1996 foram muito criticados por parte substancial da doutrina norte-americana, especialmente por autores que pregam a desregulação do setor de telecomunicações,³⁶ defendendo que tais medidas impediam a concorrência.

35 O sistema de *price caps* (adotado pela FCC em 1990) limita os percentuais de aumentos anuais de preços pelas operadoras de telefonia (estabelecendo tetos), divorciando-os dos aumentos de custos. Para aqueles que o defendem, esse sistema teria o mérito de aumentar os incentivos para a busca de eficiências, pois economias de custos não implicariam, necessariamente, reduções de preços, permitindo-se aos agentes econômicos apropriar-se de maiores margens. Segundo os mesmos autores, o sistema de preços baseados em custos (adotado no Telecom Act de 1996) seria desvantajoso, entre outros motivos pelo fato de ser muito difícil de se analisar e monitorar os custos dos agentes econômicos. Por outro lado, se puder ser monitorado adequadamente, o sistema de custos beneficiam os usuários.

36 Hausman e Crandall, por exemplo, sustentam que o processo antitruste que resultou no desmembramento da AT&T teria sido desnecessário se as autoridades reguladoras mantivessem uma política de acesso aos mercados, garantindo igualdade de condições a todos os concorrentes. Para eles, porém, a decisão de quebra da empresa e a subsequente regulação judicial teriam sido um sucesso apenas na aparência, já que os mercados de telefonia local e de longa distância permaneceram concentrados (embora a concentração tenha caído substancialmente nestes últimos), tendo a redução observada nos preços decorrido de custos mais baixos das operadoras (e não da introdução da competição). Após comparar os mercados de telefonia fixa (mais regulado) e sem fio (menos regulado), eles concluem que a regulação do setor é perniciososa e desnecessária (Competition in US telecommunications services: effects of the 1996 legislation. In: PELTZMAN, Sam; WINSTON Clifford. *Deregulation of network industries: what's next?* Washington: Brookings Institution Press, 2000, p. 73-112). A opinião é compartilhada por Kahn, que cita vários benefícios associados à desregulação no setor de telecomunicações, cuja protelação teria gerado perdas substanciais de bem-estar (*Lesson from deregulation: telecommunications and airlines after the crunch*. Washington: Brookings Institution Press, 2004, p. 47).

Por outro lado, muitos autores aplaudiram a decisão judicial e a promulgação do Telecom Act.³⁷

Estudos quantitativos mostram resultados totalmente contraditórios, evidenciando que a assimetria de informações constitui uma grande dificuldade para os estudiosos da regulação em qualquer setor.

No entanto, deixando de lado tais estudos, pode-se ainda assim afirmar que a decisão de 1982, o seu monitoramento judicial e o Telecom Act de 1996 (que incorporou a lógica da decisão) tiveram o mérito de incrementar a concorrência nos mercados de telecomunicações de longa distância, de serviços de valor agregado e de equipamentos telefônicos. É evidente que a evolução tecnológica também contribuiu para isso, mas tal desenvolvimento somente foi possível porque não se permitiu que os monopolistas detentores das redes locais (e, portanto, da última milha) alavancassem suas posições para outros mercados, como vinha sendo feito até 1982.

Apenas os mercados de telecomunicações locais continuaram monopolizados, e não é possível discernir se condições estruturais foram as únicas responsáveis por isso (HAUSMAN, CRANDALL e KAHN), ou se também o foram políticas regulatórias equivocadas, alheias à decisão de 1982 (KEARNEY e ECONOMIDES).

Por várias razões, o caso AT&T apresenta-se, ainda hoje (passados 25 anos da decisão judicial que estabeleceu restrições estruturais e comportamentais à AT&T), como campo riquíssimo para o estudo das relações entre direito da concorrência e regulação em sentido estrito, sob um enfoque de cooperação entre autoridades.

Em primeiro lugar, ele mostra que, em determinados setores, como é o caso das telecomunicações, uma política regulatória firme e bem fiscalizada pelas autoridades competentes é fundamental para lidar com problemas de acesso.

37 O já citado J. Kearney entende que a decisão obteve êxito no que a regulação havia falhado até então: criar condições para o desenvolvimento da concorrência na indústria norte-americana de telecomunicações (ob. cit., p. 1437). Economides sustenta que a decisão de desmembrar a AT&T foi positiva no que se refere à longa distância, porém alguns regulamentos antiquados (regulamentos estaduais, que coexistiam com os regulamentos da FCC e com a decisão judicial) impediram que a concorrência se instalasse nos mercados locais. Defensor do Telecom Act de 1996, o autor alerta para perigos da desregulação, tão bem identificados na decisão de 1982, entre os quais se destaca a coexistência entre setores regulados e não regulados, com atuação das mesmas empresas, gerando incentivos para a adoção de condutas anticompetitivas (*Telecommunications regulation...*, cit.).

A ausência de uma intervenção *ex ante* das autoridades até a década de 1980 nos EUA certamente levou aos problemas concorrenciais enfrentados naquele país na referida indústria, e que tiveram que ser corrigidos, temporariamente, pelo Poder Judiciário. Se existisse uma política regulatória (efetivamente implementada pelas autoridades competentes), provavelmente não teria sido necessário aplicar à AT&T remédios estruturais radicais (cisão), que, ao final, mostraram-se fundamentais para conter o exercício do poder econômico no sentido de, reiteradamente, obstaculizar a atuação da concorrência e a sua introdução em certos mercados.

Em segundo lugar – e isso ganha particular importância em um país com forte ideologia contra a intervenção do Estado na economia –, a decisão AT&T mostra que a autoridade antitruste pode e deve intervir quando a regulação é omissa ou quando, embora existente, mostra-se inadequada ou insuficiente para coibir a adoção de práticas anticompetitivas.³⁸ No caso concreto, padecendo de tais problemas a regulação emanada da FCC e demais agências ou comissões estaduais criadas para disciplinar os mercados de telecomunicações nos Estados Unidos, o DOJ e o Poder Judiciário não hesitaram em exercer as suas competências, aplicando a legislação antitruste.

Por fim, está claro que a decisão AT&T – proferida em um processo antitruste, originado nas competências no DOJ – influenciou de forma marcante a regulação emanada posteriormente pela FCC e pelo Congresso norte-americano. A decisão e seu monitoramento determinaram que importantes elementos concorrenciais, em especial a idéia do acesso necessário, presente não apenas nas questões envolvendo interconexão, como também compartilhamento de linhas e outras infra-estruturas e desagregação de redes (*unbundling*),³⁹ fossem levados em conta na política regulatória.

38 Existe uma discussão sobre se as Cortes americanas atuaram como substitutas de órgãos reguladores (típicos do Poder Executivo) ou se a sua atuação foi estritamente necessária para que fizesse cumprir a decisão proferida (ou seja, um processo de execução que durou 12 anos). Essa discussão não nos parece relevante, já que, de uma forma ou de outra, é difícil sustentar que a Corte, ao exigir o estrito cumprimento do *consent decree* firmado, não implementou verdadeira regulamentação do setor de telecomunicações. Tal fato não deve causar estranheza, uma vez que o Judiciário integra os poderes estatais, cabendo-lhe, em última instância, decidir sobre a legalidade dos atos emanados dos demais (por ação ou omissão) e tutelar de forma concreta os direitos, individuais ou coletivos, dos cidadãos.

39 Há notícias de que tais princípios foram posteriormente mitigados, com a admissão, pelas autoridades reguladoras norte-americanas, de uma série de fusões na indústria

VII. Conclusão: complementaridade entre as políticas regulatória e antitruste para incrementar a concorrência nos mercados brasileiros de telefonia fixa local

Por princípio, nos mercados caracterizados pela existência de bens de utilidade pública (como ainda são as redes de telecomunicações), a regulação é instrumento mais apropriado que a aplicação do direito antitruste, estando apta, em tese, a proporcionar soluções mais céleres e eficazes aos problemas gerados pela atuação dinâmica dos agentes econômicos, inclusive em virtude das condições estruturais dos mercados.⁴⁰

Com efeito, em um cenário ideal, onde tanto a agência reguladora quanto o órgão antitruste encontram-se devidamente aparelhados e, acima de tudo, tendo claros seus objetivos, a intervenção *ex ante* via regulação proporciona maior agilidade em relação ao direito antitruste tradicional.⁴¹

O estudo do setor de telecomunicações, nos sistemas norte-americano (caso AT&T) e brasileiro, sugere que a aplicação do direito antitruste pode ser demasiadamente morosa,⁴² prejudicando concorrentes e consumidores.

de telecomunicações naquele país, retornando-se, em alguns casos, à verticalização existente anteriormente à decisão de 1982.

40 Nesse sentido, Calixto Salomão Filho aduz que a análise antitruste tradicional não é capaz de dar resposta conveniente ao problema do acesso (*Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 52). Em outro trabalho, o autor reitera que mercados onde há bens de utilidade pública são campo da regulação por excelência (*Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 236)

41 Segundo Salomão Filho, a diferença entre direito antitruste e regulação reside na forma de intervenção: no primeiro caso essencialmente passiva, controlando estruturas e sancionando condutas; no segundo, ativa, não se limitando ao controle, mas preocupando-se com a criação da utilidade pública, “que nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência” (*Regulação...*, cit.).

42 No caso AT&T, a decisão judicial demandou 8 anos (1974-1982) e mais 2 (1982-1984) para ser implementada integralmente. Se não houvesse acordo entre as partes, a fase recursal demandaria período igualmente significativo. No que se refere à indústria de telecomunicações brasileira, os processos (encerrados ou suspensos por TCC) de que se tem conhecimento levaram entre 3 e 5 anos. E, por ser o CADE um órgão administrativo, as suas decisões estão sujeitas à análise judicial, como ocorre com a Comissão Européia, o que contribui para o aumento do tempo total transcorrido entre o início de um processo antitruste e a decisão final (não sujeita a recursos) a

E nem poderia ser diferente, já que os processos administrativos ou judiciais (inclusive em matéria antitruste) não se podem furtar à observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Mitigar tais garantias está fora de questão, mas não se pode olvidar que as mesmas implicam certa dilação das contendas no tempo, ainda que não houvesse quaisquer outras dificuldades (acúmulo de processos, falta de verbas, excesso de recursos etc.).⁴³

Não que as agências reguladoras não possam, na prática, demandar períodos longos para decidir determinados assuntos ou tomar providências de sua competência. Mas é difícil imaginar que a implementação e a fiscalização de políticas regulatórias possam efetivamente exigir mais tempo do que um processo antitruste.

Por esse motivo, agências reguladoras, por vocação, tendem a lidar com problemas relacionados ao acesso no setor de telecomunicações com maior rapidez e eficácia do que órgãos antitruste. A regulação é o meio mais adequado para a apresentação de respostas imediatas às dificuldades que surgem e à inegável capacidade de adaptação dos agentes econômicos a novas situações. Referimo-nos ao aperfeiçoamento de práticas anticompetitivas. Não é desnecessário lembrar que tal conclusão é aplicável porque se trata de indústria cuja estrutura fornece as condições, e os mercados *downstream* geralmente fornecem os incentivos para a adoção de práticas restritivas.

Pesa em favor da agência reguladora, ainda, o fato de ser a primeira destinatária da legislação da indústria que tutela, bem como de seus próprios regulamentos e normas, podendo não apenas aperfeiçoá-los quando se fizer necessário, mas também interpretá-los (segundo a lei e a Constituição, evi-

ser proferida. É evidente que o Poder Judiciário deve analisar as decisões do CADE – tal análise é essencial para a disseminação da cultura da concorrência no país, bem como para garantir a estrita legalidade das decisões administrativas –, mas consideramos mais interessante o sistema norte-americano, onde a questão antitruste é submetida desde logo às Cortes, atuando a autoridade administrativa como parte ou interessada. De qualquer modo, é natural que os processos antitruste de apuração de condutas demorem, variando apenas o tempo médio em cada jurisdição.

43 Nesse sentido, Alexandre De Streel exalta as vantagens da adoção do conceito de PMS pela regulação *vis-à-vis* o direito antitruste, destacando os prazos associados ao direito à defesa e o nível de prova necessário para a condenação de condutas anticompetitivas, mais elevado para a aplicação do direito antitruste (The new concept, cit.).

dentemente) de maneira a neutralizar ou mitigar o oportunismo dos agentes econômicos regulados.

Além da questão do tempo e da agilidade, pesando em favor da regulação, tem-se que as autoridades antitruste geralmente estão mais distantes da realidade do mercado em questão do que as autoridades reguladoras.

Não olvidamos que a proximidade pode trazer consigo o risco da “captura” ou da instrumentalização das agências reguladoras para atendimento dos interesses privados de certos grupos. Embora tais circunstâncias não devam ser utilizadas para explicar o porquê de toda a regulação estatal, não podemos ignorar que elas eventualmente ocorrem. Porém, para combater essa prática, não se deve pregar a desregulação (e a sua substituição completa pela aplicação do direito antitruste), mas fortalecer as instituições, criando mecanismos para que se mantenham independentes, atuando sempre para o interesse coletivo, e observando as finalidades para as quais foram criadas, sem perder de vista a própria Constituição Federal da República.⁴⁴

Não fossem suficientes as justificativas apresentadas, pelas quais nos inclinamos para a regulação, ainda invocamos outra, igualmente relevante: as autoridades antitruste – apenas as administrativas, e não o Judiciário, no caso brasileiro – estão adstritas à tarefa para a qual foram legalmente designadas, qual seja a tutela da livre concorrência.

Assim, não cabe a tais autoridades emitir juízo de valor sobre outros objetivos do ordenamento jurídico pátrio, ainda que previstos na Constituição Federal (v.g., a proteção da pequena empresa). As autoridades reguladoras, por seu turno, podem (e devem) fazer isso, observando sempre os valores que orientam as suas atividades, equilibrando a concorrência com outros objetivos da regulação (v.g., a universalização dos serviços, por vezes incompatível com a atuação de uma pluralidade de agentes ofertando o mesmo bem).

Por todas essas razões, independentemente de críticas que possam ser erigidas sobre a legalidade e sobre a transparência do processo que conduziu

44 Segundo Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, o Estado deve “... exercer sua capacidade regulatória de modo a preservar os interesses públicos em geral, mas com especial atenção aos hipossuficientes (o que envolve não só os interesses dos excluídos sociais, como também aquele plexo de interesses que, pela sua desagregação natural, não conseguem ser autodefendidos)” e “manter uma permanente interlocução, matizada por princípios de transparência radical, do poder público com os diversos atores sociais, erradicando-se o caráter autoritário da regulação” (*Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 188).

ao novo regulamento de EILD no Brasil, bem como sobre a decisão que determinou os grupos detentores de PMS à luz desse regulamento, acreditamos que, *conceitualmente*, a ANATEL caminhou na direção certa ao introduzir o conceito PMS no regulamento em questão. Com isso, a ANATEL avançou no sentido de prevenir condutas restritivas por meio de uma intervenção *ex ante*, que afeta apenas agentes econômicos que possuem situação especial em alguns mercados (regulação assimétrica), gozando de vantagens competitivas que não foram obtidas em virtude de maior eficiência de tais agentes (vide Lei 8.884/94, art. 20, § 1.º). O conceito de PMS, aliás, não deveria limitar-se a EILD, mas abranger todos os mercados em que o acesso à rede local ainda é fundamental para a implementação da concorrência no setor de telecomunicações.

As demais medidas adotadas pela ANATEL, na esteira de princípios concorrenciais estabelecidos em decisões do CADE, tais como novos planos de contas e o estabelecimento de metas de competitividade, também merecem aplausos.

Isso não significa que as autoridades antitruste não tenham nada a fazer quanto à tutela da concorrência, de maneira geral, e do acesso, especialmente discutido neste artigo, nos mercados regulados de telecomunicações. Muito pelo contrário.

As experiências norte-americanas (caso AT&T, que fixou alguns dos principais conceitos posteriormente adotados no Telecom Act de 1996), europeia (no que tange à conceituação de PMS para fins regulatórios, adotando-se os mesmos parâmetros utilizados para o conceito de “dominância”, à luz do art. 82 do Tratado de Roma) e do nosso próprio país, no setor de telecomunicações, mostram que a interação entre as autoridades reguladora e de defesa da concorrência pode ser muito positiva.⁴⁵

Enquanto as agências reguladoras, por princípio, conhecem detalhadamente a indústria (e os diversos mercados) que lhes compete disciplinar, as autoridades de defesa da concorrência dominam os procedimentos para delimitar mercados relevantes (materiais e geográficos) e para identificar a

45 Não estamos, evidentemente, afirmando que todas as medidas adotadas pela ANATEL no sentido de introduzir ou incrementar princípios concorrenciais em seus regulamentos devem-se exclusivamente à atuação das autoridades antitruste. Mas seríamos ingênuos se desconsiderássemos a influência que tais medidas tiveram sobre a condução de vários assuntos pela agência. A própria agência credita ao CADE muitas de suas decisões.

existência de poder de mercado, já que estas estão entre as suas principais tarefas, em especial em um país como o Brasil, onde as infrações concorrenciais estão ligadas ao abuso de poder (CF, art. 173, § 4.º).

Em todos os exemplos citados, a atuação da autoridade antitruste exerceu um papel fundamental em direção à efetiva consideração dos valores concorrenciais pelas políticas regulatórias. É difícil avaliar se a aplicação desses valores foi efetuada corretamente em todos os casos e, ainda mais complicado prever se a regulação escolhida será suficiente para disciplinar o problema do acesso e introduzir a concorrência nos mercados ainda monopolizados, como ocorre com a telefonia fixa local no Brasil. Porém, acreditamos que já houve um avanço significativo e que nossas autoridades acertaram ao adotar as seguintes premissas, ainda que de forma incipiente e limitada a alguns mercados de telecomunicações:

- (i) ainda existem bens de utilidade pública no setor;
- (ii) os problemas concorrenciais relativos ao acesso a tais bens demandam intervenção *ex ante* (regulação), não sendo o direito antitruste tradicional capaz de resolvê-los rapidamente e de forma definitiva;
- (iii) não obstante a premissa “ii” supra, as autoridades reguladoras – e, em última instância, a própria sociedade – podem e devem contar com a experiência e a contribuição dos órgãos antitruste, inclusive no que se refere à incorporação de valores e procedimentos desenvolvidos no âmbito do direito concorrencial, como é o caso do conceito de PMS;
- (iv) finalmente, as autoridades antitruste, por seu turno, não devem fechar os olhos (como não têm fechado no Brasil) para práticas anticompetitivas nos setores regulados, já que a sua atuação pode ser fundamental para suprir omissões das autoridades reguladoras ou corrigir políticas equivocadas.