

REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA SÃO REALMENTE INSTRUMENTOS COMPLEMENTARES DE POLÍTICA PÚBLICA?

Considerações sobre a experiência recente no setor de telecomunicações norte-americano, europeu e brasileiro

Bruno Carazza dos Santos

1. Introdução

Desde a década de 1980, na maioria dos países do mundo o modelo de exploração estatal dos setores de infra-estrutura tem sido questionado, levando à quebra dos monopólios, à privatização das empresas estatais e à abertura dos seus diversos segmentos à competição. Essa onda de liberalização trouxe consigo uma mudança no modo de atuação do Estado, inclusive no Brasil.

Nesse novo cenário, as ações do Estado situam-se em dois campos distintos, supostamente complementares. De um lado, tem-se a regulação, que estabelece as regras gerais de atuação das empresas no que diz respeito a qualidade do serviço, condições de entrada e saída do mercado e tarifas, entre outras. Por outro lado, cumpre ao Estado também a função de garantir a livre concorrência, inclusive nos setores regulados. Coibindo-se práticas anticompetitivas garante-se ao consumidor uma maior variedade de opções, preços mais adequados e serviços de melhor qualidade. Em última instância, zelar pela concorrência significa cuidar do bem-estar social.

Embora a regulação e a defesa da concorrência à primeira vista possuam objetivos comuns de política pública, que é o provimento de serviços de boa qualidade a preços razoáveis, na prática esses instrumentos, e seus respectivos órgãos, convivem em permanente tensão. Sob o prisma da regulação, por mais que o estímulo à concorrência tenha sido um dos princípios norteadores da liberalização do mercado, a falta de experiência no campo do Direito Concorrencial e a possibilidade de captura e *rent seeking* têm prejudicado uma ação mais contundente dos órgãos reguladores nesse quesito. Já em relação ao Direito Antitruste, a falta de conhecimento técnico e capacidade institucional para lidar com um cada vez mais complexo emaranhado de regulações detalhadas sobre qualidade e segurança de serviços cria

barreiras a uma atuação mais efetiva dos órgãos de defesa da concorrência em setores regulados.

Especificamente em relação ao setor de telecomunicações, passada mais de uma década desde que os principais países implementaram medidas para abrir seus mercados à concorrência – o processo brasileiro começou em 1997, com a aprovação do marco regulatório do setor –, chega-se à constatação de que o fim dos monopólios legais não é garantia de competição. Em todos os países cresce a movimentação para a introdução de medidas efetivas pró-concorrência.

A experiência internacional revela que o arcabouço regulatório adotado após a liberalização criou uma estrutura de mercado que incentiva a adoção de práticas anticoncorrenciais. As empresas que adquiriram as redes construídas ao longo de um século pelos detentores do monopólio estatal – as chamadas empresas “incumbentes”¹ – herdaram uma considerável vantagem sobre suas concorrentes. Por possuírem a rede física de telefonia e atuarem no mercado de serviços de telecomunicação aos consumidores finais, essas empresas auferem os benefícios de uma integração vertical (economias de escala, escopo e diversas outras eficiências técnicas e econômicas) de que suas concorrentes não dispõem.

E mais: como a rede física (chamados tecnicamente de par de cabres, *local loop* ou última milha) é essencial para o provimento de serviços ao consumidor final, seus concorrentes dependem delas para disputarem clientes. Isso significa que uma concorrente não tem condições de oferecer serviços de telecomunicações (chamadas telefônicas, acesso à internet, transmissão de dados etc.) sem ter que pagar pelo uso da rede física de propriedade da incumbente. Além disso, construir uma rede própria, que seria a solução para driblar esse obstáculo, é economicamente inviável no volume e capilaridade da rede já existente.

A existência de uma empresa que atua verticalmente integrada, possuindo uma infra-estrutura essencial de duplicação inviável, cria então um cenário propício à adoção de práticas anticoncorrenciais, como a discriminação de preços indevida. A solução regulatória adotada por diversos países para esse problema tem sido o compartilhamento da rede: exige-se das incumbentes o livre acesso à sua rede por parte de seus concorrentes, permitindo a inter-

¹ No Brasil, as incumbentes são a Telemar, a Telefonica e a Brasil Telecom.

conexão entre os sistemas, de forma que o acesso seja “alugado” (solução conhecida como *unbundling* no jargão técnico).

Para assegurar que essa negociação entre rivais se dê em termos justos, razoáveis e não-discriminatórios, os órgãos de regulação têm controlado o preço do acesso. Ocorre que a integração vertical das incumbentes, a assimetria de informações entre reguladores e regulados e a falta de transparência desse mercado geram muita margem para adoção de estratégias comerciais destinadas a diminuir a competitividade de seus concorrentes.

No presente estudo são apresentados três casos envolvendo aspectos regulatórios julgados recentemente por tribunais antitruste respectivamente nos Estados Unidos, na União Européia e no Brasil. Todos tratam de um mesmo objeto: a suposta existência de práticas anticoncorrenciais por empresas do setor de telecomunicações que detêm o acesso à rede local em sua área geográfica de atuação.

Devido a limitações de espaço, o presente trabalho não pretende discutir as particularidades dos casos e da decisão de cada órgão antitruste em detalhes. O objetivo deste trabalho é apresentar as diferentes abordagens levantadas nessas disputas a respeito da interação entre Direito da Concorrência e regulação em três importantes jurisdições. A análise dos posicionamentos da Suprema Corte americana, da Comissão Européia e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE revela que os limites e o alcance desses instrumentos de política pública para obtenção de resultados economicamente eficientes estão longe de serem considerados consolidados na experiência internacional.

O presente artigo está estruturado em cinco seções, incluindo esta Introdução. Na Seção 2 é apresentada a decisão da Suprema Corte norte-americana sobre o caso *Verizon v. Trinko*, que em janeiro de 2004 afastou do campo do Direito da Concorrência a conduta da empresa incumbente Verizon de beneficiar sua subsidiária ao oferecer acesso à sua rede em piores condições para suas concorrentes. Para a Suprema Corte, o arcabouço regulatório é suficiente para lidar com esses casos e a aplicação do Sherman Act em disputas similares geraria um custo superior aos benefícios em termos de segurança jurídica e incentivo ao investimento.

Ao contrário do veredicto emitido nos Estados Unidos, a opinião dos órgãos guardiões da concorrência na União Européia e no Brasil retomam a tese da complementaridade entre os campos do antitruste e da regulação.

No caso Deutsche Telekom, julgado pela Comissão Européia em maio de 2003 e discutido na Seção 3, a multa aplicada à incumbente sinaliza que apenas a regulação não é suficiente para conter abusos de poder econômico. Já a Seção 4 mostra que a concessão pelo CADE de uma Medida Preventiva em fevereiro de 2003 contra a empresa Telefonica, detentora da rede de telefonia no principal centro econômico brasileiro, além de ressaltar a necessidade de complementaridade entre regulação e concorrência, desencadeou um processo de revisão do arcabouço regulatório destinado a eliminar distorções no setor de telecomunicações.

O trabalho é encerrado com as considerações finais.

2. O Caso Trinko v. Verizon: Retrocesso ou pragmatismo na abordagem da Suprema Corte americana sobre os desafios da regulação e do antitruste?

Em 13 de janeiro de 2004 a Suprema Corte americana surpreendeu o mercado e o meio acadêmico ao decidir um importante caso envolvendo a interação entre regulação e antitruste no mercado de telecomunicações, a disputa Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.²

O cerne da questão analisada pela Suprema Corte refere-se ao alcance que as decisões antitruste podem assumir em relação a um mercado intensamente controlado por um órgão regulador. Em sua decisão, questões como o efeito anticoncorrencial do descumprimento de exigências regulatórias e a capacidade dos órgãos antitruste de fiscalizar e fazer cumprir suas decisões são colocadas.

A ação foi movida por um escritório de advocacia, Law Offices of Curtis V. Trinko, contra a empresa de telefonia local Verizon Communications Inc., detentora da rede física de telefonia na cidade de Nova York. Como cliente da empresa telefônica AT&T, Trinko alegou que a Verizon praticava tratamento discriminatório contra a AT&T, o que acarretava uma prestação de serviços de telefonia local com qualidade inferior para o escritório de advocacia.

O questionamento da Trinko coloca em evidência a configuração do mercado americano de telefonia após a sua liberalização em 1996. Com a

² Disponível em: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/02-682.pdf>. Acesso em: 19 set. 2006.

promulgação da Lei de Telecomunicações de 1996 (The Telecommunications Act of 1996, Public Law 104-104, 110 Stat. 56), os monopólios legais de telefonia local foram quebrados, com a divisão do mercado em quatro grandes áreas. Na região de Nova York, a empresa Nynex – que durante um ciclo de fusões e incorporações tornou-se posteriormente Bell Atlantic e, finalmente, Verizon – herdou a rede física construída ao longo de décadas pelo monopólio estatal. De acordo com o marco regulatório introduzido em 1996 para o setor de telecomunicações, essas empresas herdeiras do antigo monopólio em sua área geográfica – denominadas na legislação de empresas incumbentes – deveriam assumir uma série de responsabilidades para limitar o seu poder de mercado e, assim, estimular a concorrência.

É importante destacar que o espírito da complementaridade entre regulação e concorrência aflora já no preâmbulo da Lei de Telecomunicações de 1996. Naquele dispositivo legal a concorrência é vista como um instrumento basilar para alcançar os objetivos de redução de preços, melhoria da qualidade dos serviços e estímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias de telecomunicações.³ Para atingir tal intento, a própria legislação estabelece uma série de medidas destinadas a assegurar a preservação do ambiente concorrencial em todos os mercados. Uma das mais importantes exigências, presente no artigo 251, obriga cada empresa de telecomunicações a interconectar-se direta ou indiretamente com a rede e o equipamento de outras companhias,⁴ seja por meio da revenda de serviços ao consumidor final (*resale*), seja pelo compartilhamento de elementos da rede (*unbundling*).

Por meio dessas medidas, uma empresa concorrente (no caso, a AT&T) pode oferecer serviços de telefonia fixa a seus clientes (o escritório de advocacia Curtis V. Trinko) porque a regulação americana lhe assegura utilizar-se da rede instalada da incumbente (Verizon) que levará os sinais telefônicos do cliente final à central telefônica da empresa concorrente (AT&T).

³ O preâmbulo da referida lei estabelece: “To promote competition and reduce regulation in order to secure lower prices and higher quality services for American telecommunications consumers and encourage the rapid deployment of new telecommunications technologies”.

⁴ No original: “Sec. 251. Interconnection. a) General duty of telecommunications carriers – Each telecommunications carrier has the duty – 1) to interconnect directly or indirectly with the facilities and equipment of other telecommunications carriers; (...)”.

Sendo assim, a legislação americana introduziu os meios necessários para que uma empresa concorrente dribles a ausência de rede própria e ofereça serviços de telefonia aos consumidores finais até então atendidos somente pela incumbente. Mas a previsão da livre interconexão entre as redes não é condição suficiente para um ambiente plenamente concorrencial no setor de telecomunicações. E o histórico de negociações entre a AT&T e a Verizon para obter acesso à sua rede retrata bem as dificuldades enfrentadas pelos órgãos reguladores americanos em lidar com essa questão.

Logo após a entrada em vigor da Lei de Telecomunicações de 1996, a AT&T e a Verizon entraram em processo de negociação para a definição dos termos de um contrato de interconexão visando estabelecer o preço e as condições de acesso à rede da incumbente Verizon. Como as partes não chegaram a nenhum acordo, recorreu-se à arbitragem compulsória do órgão regulador de infra-estrutura do estado de Nova York, a Public Services Commission – PSC. Após a intervenção do órgão, o contrato foi firmado em 1997.

Em dezembro de 1999, surge a primeira disputa entre as empresas relacionadas às condições do *unbundling*. De acordo com uma representação apresentada pela AT&T simultaneamente aos órgãos reguladores estadual (PSC) e federal (Federal Communications Commission – FCC), o *software* utilizado pela Verizon (à época chamada Bell Atlantic) para proceder à interconexão entre a rede de sua propriedade e os sistemas das suas concorrentes, dentre elas a AT&T, estava apresentando defeitos que comprometiam a qualidade da interconexão e muitas vezes impediam que ela fosse efetivada. Como resultado, a AT&T reclamava que esse problema estava gerando insatisfação entre seus clientes e, conseqüentemente, perda na sua capacidade de competir com a Verizon.

Tanto a PSC quanto a FCC abriram investigações para verificar se a queixa da AT&T procedia. A PSC realizou inspeções durante três meses e concluiu que o *software* realmente apresentava problemas que comprometiam a qualidade dos serviços providos pelas concorrentes da Verizon. Sendo assim, impôs em 11/02/2000 uma ordem exigindo a tomada de providências, com a elaboração de relatórios diários sobre o funcionamento do sistema e seu envio à PSC. Como foi identificado que as concorrentes estavam incorrendo em significativos prejuízos, em 15/03/2000 a PSC determinou a aplicação de uma indenização de US\$ 10 milhões a ser distribuída entre as concorrentes

da Verizon (como a AT&T, a MCI e a MetTel, entre outras), conforme o dano sofrido por cada empresa.⁵

A FCC, por sua vez, estabeleceu um acordo com a Verizon em 09/03/2000 em que essa empresa se comprometeu a obedecer a diversas exigências de desempenho no serviço e ainda efetuou uma contribuição “voluntária” de US\$ 3 milhões ao Tesouro americano como pena pelos problemas com o *software*. Além disso, foi demandado o envio de relatórios semanais para o Enforcement Bureau da FCC, que passou a monitorar o cumprimento da medida.⁶

Em 20/06/2000, depois de verificar que os serviços de *unbundling* prestados pela Verizon já haviam retornado a um patamar aceitável de qualidade, a FCC anunciou sua decisão de finalizar seu trabalho de supervisão sobre a empresa, livrando-a da obrigação de remeter relatórios periódicos sobre suas metas de desempenho. Da mesma forma, em 19/07/2000 a PSC também encerrou o caso, concluindo que os problemas com o *software* haviam sido substancialmente reduzidos depois da implementação de uma nova versão do programa. Mas ainda impôs à Verizon o pagamento de uma indenização de US\$ 100 mil à AT&T para ressarcir danos causados pela demora no fornecimento da nova versão do *software*.

Mas a resolução da disputa na seara regulatória não foi suficiente para encerrar o clima de litígio entre as duas partes. No dia seguinte ao estabelecimento do acordo de cessação da prática com a FCC, o escritório de advocacia Trinko, cliente da AT&T, entrou com uma ação antitruste perante a District Court for the Southern District of New York.

De acordo com a requerente Trinko, a Verizon ofereceu tratamento discriminatório no processamento dos pedidos de *unbundling* realizados pela

⁵ Sobre a disputa regulatória travada na Public Service Commission – PSC de Nova York, pesquisar sobre os casos 00-C-008 – Complaint of MCI Worldcom, Inc. against Bell Atlantic-New York concerning Billing Completion Notices e 00-C-0009 – Complaint of AT&T Communications of New York, Inc. against Bell Atlantic-New York concerning Acknowledgements, Completion Notices and Pre-Order Outages. Disponível em: [http://www3.dps.state.ny.us/pscweb/WebFileRoom.nsf/ArticlesByCategory/ED8B31525312519B85256DF100756FA1/\\$File/doc8265.pdf?OpenElement](http://www3.dps.state.ny.us/pscweb/WebFileRoom.nsf/ArticlesByCategory/ED8B31525312519B85256DF100756FA1/$File/doc8265.pdf?OpenElement). Acesso em: 20 set. 2006.

⁶ Conforme nota à imprensa *Enforcement bureau announces that bell atlantic has satisfied consent decree regarding electronic ordering systems in New York*, June 20, 2000. Disponível em: http://www.fcc.gov/eb/News_Releases/bellatlet.html. Acesso em: 20 set. 2006.

AT&T. Segundo ela, enquanto a Verizon atendia prontamente os pedidos de ligação provenientes de seus próprios clientes finais, as solicitações provenientes de clientes da AT&T não eram resolvidas no tempo adequado. A falha no *software*, motivo da abertura dos processos nos órgãos regulatórios, era na verdade uma estratégia para prejudicar os clientes de seus concorrentes. Essa estratégia comercial, segundo a petição da Trinko, configuraria uma agressão ao art. 2.º do Sherman Act, que penaliza a tentativa de monopolição do mercado.⁷

A análise do caso, feita pelo juiz Antonin Scalia e aprovada pela Suprema Corte, traça uma interessante e polêmica discussão sobre se o descumprimento de uma obrigação regulatória é passível de uma condenação antitruste.

Para o juiz relator do caso, a elaboração de um estatuto tão detalhado e com tantas medidas destinadas ao fomento da competição, como a Lei de Telecomunicações de 1996, a princípio não deveria autorizar automaticamente a abertura de um processo antitruste. Isso porque o risco de conflito entre as decisões judiciais com base na legislação antitruste e o marco regulatório nacional seriam consideráveis, o que introduziria muita incerteza no ambiente de negócios e geraria dúvidas sobre os reais objetivos da política pública.

Mas acontece que o Congresso norte-americano, preocupado em estimular a competição no setor de telecomunicações, impôs uma cláusula na Lei de 1996 que elimina qualquer aspiração de se conferir imunidade antitruste à referida regulação. De acordo com o item 601(b)(1), nada na legislação introduzida em 1996 deve modificar, impedir ou superar a aplicação de qualquer norma antitruste.⁸ Essa cláusula de proteção das medidas antitruste, portanto,

⁷ No original: “§ 2. Monopolizing trade a felony; penalty.

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

⁸ No original: “Section 601. (...) (b) *Antitrust laws* –

(1) *Savings clause* – Except as provided in paragraphs (2) and (3), nothing in this Act or the amendments made by this Act shall be construed to modify, impair, or supersede the applicability of any of the antitrust laws.

(2) *Repeal* – Subsection (a) of section 221 (47 U.S.C. 221(a)) is repealed.

garantiria o recurso à legislação antitruste sempre que um agente se sentisse lesado por uma tentativa de domínio do mercado.

Mas o juiz Scalia apresentou interessantes considerações sobre o alcance das medidas antitruste em face de um arcabouço regulatório destinado a estimular a competição no mercado. Em face de um sistema tão preocupado com a concorrência como o implementado após a Lei de Telecomunicações de 1996, o Direito da Concorrência teria muito pouco a contribuir, sendo até mesmo possível introduzir imperfeições no sistema.

Segundo a sua opinião, aceita pela Suprema Corte, o regime regulatório de telecomunicações nos Estados Unidos é uma grande garantia para o Direito Antitruste. Como exemplo, o juiz cita as investigações efetuadas pelos órgãos reguladores FCC e PSC no próprio caso do *software* da Verizon, que processava os pedidos de *unbundling* – motivo da queixa antitruste apresentada pela Trinko. Para o juiz, a rápida resposta dos órgãos reguladores, que exigiram a elaboração de relatórios semanais e diários sobre a resolução do problema e impuseram pesadas multas à empresa, demonstra o quanto os órgãos reguladores americanos permanecem atentos à questão da concorrência no mercado de telefonia.

O juiz ainda apresenta como um limitador à aplicação irrestrita de medidas antitruste em mercados regulados o risco dos “falsos positivos”, ou seja, condenar práticas que não necessariamente apresentam conteúdo anticompetitivo. Essa seria justamente a situação de uma empresa demorar a prover o acesso via *unbundling* a seus rivais. Para o juiz, a Justiça antitruste enfrenta grandes dificuldades institucionais para avaliar um tema com tamanho conteúdo técnico, dada a imensa complexidade tecnológica envolvendo as negociações de interconexão de redes de telecomunicação. E o envolvimento da Justiça aplicando normas antitruste nessa seara geraria tanto litígio entre concorrentes que levaria ao efeito deletério de introduzir insegurança e desestimular investimentos no setor.

Segundo o juiz Scalia, mesmo que não existisse a possibilidade de condenações de “falsos positivos”, o custo da supervisão da aplicação das medidas antitruste a serem impostas às incumbentes seria praticamente inviável. Afinal de contas, o controle *ex post* de definir termos e condições “justas, razoáveis e não-discriminatórias” e supervisionar o seu cumprimento em cada

(3) *Clayton Act* – Section 7 of the Clayton Act (15 U.S.C. 18) is amended in the last paragraph by striking ‘Federal Communications Commission’.

pedido de *unbundling* exigiria dos órgãos antitruste o desenvolvimento de capacidades institucionais muito específicas e altamente demandadas.

Concluindo o seu voto, o juiz Scalia estabelece que, ainda que reconheça que o Sherman Act é a “Carta Magna da livre-iniciativa”, ela não confere aos juízes “carta branca” para condenar um monopólio na sua forma de conduzir os seus negócios a menos que outra alternativa favoreça mais o ambiente concorrencial. Com essas palavras, ele encerra o seu voto absolvendo a Verizon da acusação de infringir o Sherman Act.

O caso *Trinko* é visto por muitos autores (Economides, 2005; Besing, 2005; Schoen, 2005) como uma derrota do Direito Concorrencial na sua saga por tornar efetivamente competitivo o setor de telefonia nos Estados Unidos. O posicionamento da Suprema Corte constituirá um forte empecilho para a condenação de condutas de exclusão de concorrentes naquele mercado.

Embora a posição realista da Suprema Corte a respeito dos limites institucionais do Direito Concorrencial tenha sua validade, as decisões da Comissão Europeia e do CADE em casos bastante similares revelam que existem outras dimensões a serem consideradas, e que, em alguns casos, o órgão de defesa da concorrência tem inclusive o papel de indutor de mudanças na estrutura regulatória, conforme será discutido a seguir.

3. Deutsche Telekom: o Direito Antitruste como instrumento garantidor dos objetivos regulatórios na visão da Comissão Europeia

Enquanto a decisão do caso *Trinko* pela Suprema Corte americana lançou dúvidas sobre a eficácia da legislação antitruste de coibir abusos de poder econômico em setores regulados, a decisão da Comissão Europeia de condenar a Deutsche Telekom por práticas anticoncorrenciais no mesmo mercado relevante – o provimento de acesso à rede de telefonia local – indica uma direção diametralmente oposta. A condenação de uma incumbente por executar uma política de discriminação de preços contra suas rivais, reduzindo suas margens de lucro, revela o potencial da política antitruste em garantir a efetivação dos objetivos da política regulatória.

Como na experiência americana, a liberalização do mercado alemão de telecomunicações ocorreu em 1996. Como resultado, a antiga estatal Deutsche Telekom passou ao controle privado, tendo herdado a rede física do sistema de telefonia desenvolvido pelo investimento público ao longo de décadas.

Para contrabalançar essa vantagem competitiva, a regulação setorial foi sendo construída nos últimos anos para coibir possíveis abusos ao bem-estar social, inclusive introduzindo uma série de exigências concorrenciais. Como resultado, de acordo com a decisão da Comissão Européia, a Deutsche Telekom tem enfrentado graus variados de competição nos diferentes mercados onde atua (European Commission, 2003, p. 10).

O presente caso foi iniciado em 18 de março de 1999, quando a empresa Mannesmann Arcor AG & Co., atuante em diversos mercados de telefonia, acusou a incumbente Deutsche Telekom (DT) de efetuar uma política de preços em relação a seus concorrentes que inviabilizava a competição nos mercados de telefonia. Segundo a alegação, a DT se valia de sua condição de proprietária dos circuitos físicos que conectam a rede de suas concorrentes à residência dos assinantes dos serviços de telefonia (a chamada última milha ou *local loop*) para prejudicar a concorrência no mercado de serviços de telefonia. Conforme explicado anteriormente, o *local loop* é um insumo fundamental para a oferta de serviços de telefonia (voz, dados, internet, fax etc.); sem ele, o consumidor final não obtém acesso ao sistema telefônico de sua região. Dada a sua importância para o sistema, o compartilhamento do acesso à última milha tem sido intensamente regulamentado no mercado europeu. Mas diversas queixas das concorrentes argumentam que essa regulação não tem sido suficiente para tornar o mercado plenamente competitivo.

A suposta prática anticoncorrencial da Deutsche Telekom funcionaria da seguinte maneira: como a empresa atua tanto no mercado de fornecimento de acesso à última milha para seus concorrentes quanto no oferecimento de serviços de telefonia para os consumidores finais, ela executava uma política de preços que coibia a concorrência. Segundo a Mannesmann, no mercado *upstream*, onde era monopolista, a DT cobrava de seus concorrentes um alto preço de acesso à última milha, o que inviabilizava a competição em condições de igualdade com a própria DT no mercado de serviços ao consumidor final. Para a empresa reclamante, a DT utilizava o preço de acesso ao *local loop* como forma de pressionar a margem que ela poderia obter com a venda de serviços de telefonia para o consumidor final. Em poucas palavras, ela elevava o preço do insumo para diminuir a lucratividade de seus concorrentes no produto final. Essa prática é chamada pela literatura econômica de *price squeeze* (ou *margin squeeze*).

Nos meses seguintes à apresentação pela Mannesmann do pedido de investigação dessa suposta conduta anticoncorrencial na Comissão Européia,

outras 14 empresas locais e regionais de telecomunicações da Alemanha se juntaram como partes ao pleito.

A defesa da Deutsche Telekom pautou-se primeiramente no questionamento de que a Comissão Europeia não possuía legitimidade para levar adiante uma investigação num setor tão intensamente regulado como o provimento de acesso a redes de telecomunicações. Segundo os advogados da DT, como ambas as tarifas de acesso (*unbundling*) e de conexão (analógica e digital) são definidas pela agência reguladora, a empresa não possuía liberdade para implementar sua política comercial. Sendo assim, no lugar de processar a empresa segundo os artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia, a Comissão Europeia deveria dirigir seu foco para a agência reguladora alemã, com base no artigo 226 do mesmo tratado, que era quem definia os preços naquele mercado.⁹

A Comissão Europeia, por seu turno, discordou dessa alegada imunidade dos setores regulados à aplicação dos dispositivos relativos à defesa da concorrência. Para isso, a Comissão recordou que a própria Corte de Justiça e a Corte de Primeira Instância da Comunidade Europeia já haviam decidido que as regras concorrenciais podem ser aplicadas quando a legislação específica do setor não evita que seus regulados efetuem condutas autônomas que previnam, restrinjam ou distorçam a concorrência.¹⁰

Para a Comissão Europeia, esse era justamente o caso da Deutsche Telekom. Embora a empresa tenha argumentado que sua política de preços era totalmente imposta pelo órgão regulador, o sistema de tarifação adotado na Alemanha, segundo a Comissão, permitia a execução de uma política autônoma que poderia ter implicações anticoncorrenciais.

Para entender o sistema de tarifação alemão é preciso destacar que a agência reguladora de telecomunicações possuía políticas distintas para o

⁹ O art. 226 do Tratado da Comunidade Europeia tem o seguinte conteúdo: “Article 226 – If the Commission considers that a Member State has failed to fulfil an obligation under this Treaty, it shall deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations. If the State concerned does not comply with the opinion within the period laid down by the Commission, the latter may bring the matter before the Court of Justice”.

¹⁰ Essa opinião já havia sido expressada nos casos *Commission and France v. Ladbrooke Racing*, *Irish Sugar v. Commission* e *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*.

acesso e para o mercado de varejo, que é a conexão propriamente dita, seja analógica, digital ou por banda larga (ADSL).

Enquanto no mercado de atacado (*upstream*) o preço do acesso é regulado diretamente, no mercado de varejo (*downstream*) por conexão analógica ou digital, o modelo tarifário alemão é do tipo *price cap*. Segundo esse sistema, os serviços não são precificados individualmente, mas por meio de uma cesta de produtos e serviços. Isso significa que a empresa tem uma considerável margem de manobra para implementar sua política comercial, pois ela pode, por exemplo, aumentar o preço da conexão digital, compensando com uma redução nos preços das tarifas locais, de forma a manter o preço da cesta de serviços dentro dos limites estabelecidos pela regulação.

Quanto à interação entre regulação e concorrência, a Comissão decidiu, portanto, que apesar de ter seus preços regulados, o sistema imposto pelo órgão regulador conferia à Deutsche Telekom espaço para estabelecer seus preços de forma consideravelmente livre, o que significa dizer que a DT deveria se sujeitar a uma investigação antitruste a respeito de suas práticas comerciais.

É preciso destacar aqui que a Comissão Européia não levantou nenhuma das questões suscitadas pela Suprema Corte americana no caso *Trinko*, como o risco de se condenar um “falso positivo” ou os custos da supervisão após a aplicação da medida antitruste. O posicionamento da Comissão Européia, menos pragmático que o esposado pelo órgão julgador norte-americano, pautou-se principalmente pela complementariedade entre as funções antitruste e regulatória na condução das políticas públicas.

Vencida a questão da interação entre a regulação e o Direito Concorrencial, a Comissão Européia partiu a analisar a prática comercial da Deutsche Telekom com o objetivo de verificar se houve uma tentativa de esmagamento da lucratividade de suas concorrentes (*margin squeeze*), o que caracterizaria um abuso de posição dominante de mercado, condenado pelo art. 82(a) do Tratado da Comissão Européia.¹¹

¹¹ O referido dispositivo legal está assim expresso: “Article 82 – Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in: (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions; (...).”

Seguindo sua sistemática de análise antitruste, a Comissão Européia concluiu: (i) que a DT possuía poder de mercado suficiente para implementar práticas anticoncorrenciais nos mercados de acesso, banda estreita e banda larga; (ii) que durante pelo menos cinco anos a DT implementou uma política de *price squeeze* nos setores de acesso aos *local loops* e conexão via bandas estreita e larga; e (iii) que essa política é um dos motivos do baixo nível de concorrência no mercado alemão de telecomunicações. Levando em consideração a gravidade da conduta e a sua duração, critérios de dosimetria adotados pela Comissão Européia, a Deutsche Telekom foi multada em €\$ 12,6 milhões.

Essa decisão da Comissão Européia é louvada por Klotz e Fehrenbach (2003) como a primeira condenação supranacional de uma empresa de telecomunicações desde a abertura do mercado em 1996. De acordo com esses autores, logo após a decisão da Comissão Européia, exarada em 21/05/2003, o órgão regulador alemão convocou a Deutsche Telekom para negociar um realinhamento de tarifas com vistas a reduzir o potencial de *margin squeeze*. Como resultado, as tarifas no mercado de acesso aos local loops foram reduzidas em quase 20%, enquanto o sistema de *price cap* no mercado varejista foi reajustado em torno de 10%. Isso permitiu reduzir a pressão de custos exercida sobre os concorrentes quando defrontados com a atuação verticalmente integrada da DT. Para os autores,

“This modified tariff structure of DT offers a better basis for more competition in the local loop. DT’s competitors now have to pay less at wholesale level and will thus be able to offer more attractive retail access prices. This will help them to better compete with DT for local loop access, especially since DT’s retail access prices have been increased” (Klotz and Fehrenbach, 2003, p. 10).

A aplicação da legislação antitruste a um setor tão intensamente regulado *ex ante* por órgãos governamentais foi uma sinalização de que a elaboração da regulação na Europa deve se ater a questões concorrenciais. Além disso, a decisão de multar a empresa regulada por práticas anticoncorrenciais representa a afirmação de que a Comissão Européia permanece vigilante em garantir um ambiente de livre competição mesmo que as regulações nacionais não cumpram esse objetivo central de política econômica na Europa.

4. A Medida Preventiva do CADE contra a Telefonica na licitação da Prodam/SP: o papel indutor da Defesa da Concorrência em relação à atividade regulatória

Paralela e independentemente às investigações do caso Trinko, nos Estados Unidos, e Deutsche Telekom, na União Européia, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE dedicava atenção especial a um fato muito semelhante ocorrido no mercado de telecomunicações brasileiro: a acusação apresentada pela Embratel contra a Telefonica de valer-se de sua posição de detentora do acesso à rede local para beneficiar sua subsidiária numa licitação pública.

O pedido de abertura de processo administrativo apresentado à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e posteriormente ao CADE argumentava que a Telefonica, adquirente da rede de telecomunicações da antiga Telesp no leilão de privatizações ocorrido em 1998, praticava discriminação de preços de acesso à sua rede, cobrando um valor mais elevado para suas concorrentes (dentre elas a Embratel) do que para a sua própria subsidiária no mercado final, a Telefonica Empresas.

Para comprovar o seu argumento, a Embratel apresentou à Anatel e ao CADE os preços de acesso apresentados pela Telefonica Empresas em uma licitação para o provimento de serviços de exploração industrial de linhas dedicadas (EILD) realizado pela Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo – Prodam. Esses preços de acesso para diferentes velocidades cotados no certame licitatório estavam substancialmente acima daqueles cobrados à época, para o mesmo serviço, para atender à demanda da Embratel. De acordo com os representantes da Embratel, estaria configurada a discriminação de preços.

Como resultado dessa discriminação, que a Embratel caracterizava como uma estratégia de elevação de custos dos rivais (*raising rivals' costs*), a Telefonica teria exercido seu poder de monopólio sobre a rede local para estabelecer um preço da interconexão que impediu a Embratel de vencer a concorrência pública pelo serviço. Essa prática teria sido determinante para o resultado final do processo, que resultou na vitória da subsidiária da empresa, a Telefonica Empresas.

Por esse motivo a Embratel protocolou uma “Representação com Pedido de Medida Preventiva para Imediata Cessação de Prática Anticompetitiva” na Anatel em 06/09/2002. Na mesma data, a empresa apresentou ao CADE uma cópia do documento registrado na Anatel, solicitando as providências

de competência do órgão guardião da concorrência no Brasil. No CADE, o processo foi distribuído para o Conselheiro Cleveland Prates Teixeira.

Diante da falta de movimentação da Anatel diante dos fatos, a Embratel solicitou em 08/10/2002 a concessão de uma Medida Preventiva pelo Conselheiro-Relator do processo no CADE. No dia 27/02/2003 o Conselheiro do CADE Cleveland Prates Teixeira concedeu a Medida Preventiva contra a Telefonica, alegando a existência de fortes indícios de que uma conduta anticompetitiva estava sendo executada pela empresa incumbente (*fumus boni iuris*), o que teria o poder de distorcer as condições de competição no fornecimento de acesso de linhas dedicadas nos mercados público e privado (*periculum in mora*). É importante destacar que a decisão do CADE ocorreu somente dois dias após a Anatel comunicar que ainda estava abrindo um processo administrativo para investigar a suposta prática anticompetitiva denunciada pela Embratel.

De modo semelhante ao ocorrido no caso Trinko, a decisão do Conselheiro Cleveland Prates em aplicar uma Medida Preventiva contra uma empresa concessionária de um serviço público e intensamente regulada por uma autoridade estatal exigiu diversas considerações sobre os limites de atuação entre a defesa da concorrência e a regulação.¹²

A defesa da Telefonica alegou, de pronto, que o CADE não possuía competência para analisar um pedido de Medida Preventiva antes que a Anatel, órgão que foi o primeiro a ser procurado com tal intento, se pronunciasse sobre o assunto. Ao CADE cumpriria executar uma função de instância recursal, e agindo de forma contrária acabaria por resultar em supressão ilegal da competência daquele órgão regulador.

Essa opinião não foi aceita pelo Conselheiro-Relator Cleveland Prates. Trazendo à luz o art. 52 da Lei 8.884/94, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o Conselheiro argumentou que a competência para a concessão da Medida Preventiva é exercida concorrentemente pelo Conselheiro-Relator do CADE e pelo Conselho Diretor da Anatel. E que sua decisão em tomar para si a responsabilidade de atender ao pleito da Embratel deveu-se à demora da Anatel em proceder à abertura do processo administra-

¹² O despacho do Conselheiro Cleveland apresenta ainda diversas considerações para caracterizar a conduta da Telefonica como anticoncorrencial. Como o objetivo deste trabalho é estritamente discutir as relações entre regulação e concorrência, o foco será deslocado exclusivamente para este assunto.

tivo e à existência de fortes indícios de conduta anticoncorrencial obtidos em suas diversas averiguações e no estudo do mercado de telecomunicações.

A decisão de aplicar a Medida Preventiva mesmo sem a manifestação prévia do órgão regulador foi assim justificada pelo Conselheiro do CADE:

“Para analisar essa questão é preciso considerar o papel do CADE na repressão a condutas contrárias à ordem econômica. Ao CADE compete, por determinação legal, punir as condutas anticoncorrenciais, sendo-lhe necessário para tanto contar com poderes para que assim possa proceder. Dessa forma, não é correto supor que, em face da demora do órgão regulador para analisar a Medida Preventiva, fique o CADE submetido ao risco de ter suas decisões por ineficazes em razão da prática realizada pelo agente econômico não ter sido cessada no momento oportuno. Mesmo que não houvesse qualquer pedido formulado, poderia, de ofício, o Conselheiro-Relator adotar Medida Preventiva quando presentes os requisitos autorizadores (*fumus boni iuris e periculum in mora*) em razão da necessidade de resguardar e preservar a utilidade do processo administrativo como a eficácia da decisão final” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 17).

Para o Conselheiro-Relator, o caso Prodam não envolveria apenas uma questão estritamente regulatória referente à definição de tarifas de interconexão. Se assim fosse, a questão seria competiria exclusivamente à Anatel. A questão central, no entanto, era a potencialidade de ocorrência de práticas lesivas à concorrência derivada da liberdade de negociação permitida pela Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/1997. E nesse quesito a participação do CADE era essencial.

De acordo com o Conselheiro, o marco regulatório do setor de telecomunicações no Brasil prevê o estímulo à livre negociação e à competição nesse mercado. Esses princípios, relativos especificamente à questão das tarifas de interconexão à rede das empresas incumbentes (como é o caso da Telefonica), estão expressos nos artigos 152 e 153 da citada Lei Geral das Telecomunicações:

“**Art. 152.** O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garan-

tindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.¹³

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação”.

Para o Conselheiro Cleveland Prates, o objetivo de não-discriminação nas condições de acesso entre a empresa incumbente verticalmente integrada e suas concorrentes não necessariamente pode ser alcançado nesse regime regulatório em que se combinam livre negociação e estabelecimento de preços máximos.¹⁴ Essa estrutura regulatória abria considerável margem para a promoção de ações anticompetitivas pela empresa incumbente, entre elas a discriminação de preços alegada pela Embratel contra a Telefonica.

O Conselheiro-Relator deixa claro, nesse ponto, que não é favorável a uma política governamental de controle de preços no setor de telecomunicações como solução para o problema. Pelo contrário, para ele não haveria contradição entre um modelo regulatório de liberdade de negociação e a preservação da concorrência. O equilíbrio seria alcançado quando tanto o CADE quanto a Anatel recorrem à Lei de Defesa da Concorrência para coibir condutas anticompetitivas que possam eventualmente aflorar dessa liberdade de negociação.

Nesse caso fica clara a posição do Conselheiro-Relator em relação à complementaridade entre as funções do órgão de defesa da concorrência e do órgão regulador:

“Nessa linha, há que ficar claro que a existência de possíveis condutas anticompetitivas discriminatórias, quando houver, não decorre de uma falha da regulação, mas sim do abuso de um suposto poder

¹³ É interessante notar a semelhança entre os dispositivos que tratam dos serviços de interconexão previstos na legislação americana (art. 251(b)(3)) e na brasileira (art. 152). Ambos tratam de condições não discriminatórias, preços justos e condições técnicas adequadas.

¹⁴ A Norma Anatel 303/96 é que regia as condições de interconexão nos serviços de exploração industrial de linha dedicada (EILD) à época em que o Despacho da Medida Preventiva foi exarado. Além de destacar os princípios de não-discriminação e livre negociação previstos na Lei Geral de Telecomunicações, a norma também estabelecia preços limites para o acesso, de acordo com a tecnologia (analógica ou digital) e as velocidades de transmissão.

dominante de uma firma que explora sua vantagem no mercado de origem para estender seu poder sobre o mercado alvo. Note-se ainda que assuntos como a adequação dos preços de acesso aos custos de provimento dos serviços para diferentes velocidades pertencem à esfera regulatória, e não demandam, portanto, posicionamento dos órgãos de defesa da concorrência. A atuação desses últimos circunscreve-se à análise das possíveis condutas anticompetitivas realizadas no ambiente concorrencial do mercado, esse sim definido pelo órgão regulador. São, portanto, atribuições complementares, e não excludentes” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 25-26).

Por fim, e em linha com a defesa da complementaridade entre concorrência e regulação exposta acima, o Conselheiro-Relator enfatiza que a aplicação do Direito Antitruste deve se ater à proteção dos interesses difusos, e não dos interesses particulares de empresas. Em outras palavras, deve amparar a concorrência, e não os concorrentes. Trata-se de uma postura nem sempre absorvida pelos órgãos reguladores, haja vista a decisão da Public Services Commission de Nova York em exigir da Verizon o pagamento de uma indenização pelos prejuízos causados às suas concorrentes por problemas no fornecimento de acesso via *unbundling*. Para a defesa da concorrência, a eficiência de mercado obtida por meio da competição entre os interessados é o bem maior a ser alcançado.

Após verificar a existência de fortes evidências de que realmente a conduta da Telefonica se configurava como anticoncorrencial, o Conselheiro Cleveland Prates decidiu aplicar a Medida Preventiva. De acordo com seu despacho, “essa medida se justifica pela existência de um insumo essencial controlado por um monopolista (Telesp), que foi ofertado em condições aparentemente desfavoráveis de preço a uma concorrente (Embratel) de sua subsidiária no mercado alvo (Telefonica Empresas)” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 47).

Concluindo seu despacho, o Conselheiro-Relator adotou a Medida Preventiva para eliminar essa política de preços anticoncorrencial, aplicando as seguintes determinações à Telefonica:

- aplicar nos novos contratos de serviços de EILD de baixa velocidade (até 2.048 kbps) celebrados com seus concorrentes a partir daquela data, 27/02/2003, os mesmos preços praticados com sua subsidiária Telefonica Empresas;

- explicitar os preços estabelecidos nos contratos, para aumentar a transparência nesse segmento e facilitar a fiscalização por parte do CADE e da Anatel;
- encaminhar ao CADE cópia dos contratos assinados a partir daquela data envolvendo o provimento de serviços de EILD de baixa velocidade (até 2.048 kbps); e
- aplicar multa diária de R\$ 6.384,00 pelo descumprimento da Medida Preventiva.

A concessão da Medida Preventiva provocou uma intensa movimentação no setor de telecomunicações brasileiro. Afinal de contas, era a primeira vez que o órgão de concorrência contestava com tamanha profundidade as condições de competição no modelo de telecomunicações adotado pelo Brasil a partir de 1997. A partir daí tanto o CADE quanto a Anatel se tornaram palco de uma verdadeira guerra de pareceres apresentados pelos principais *players* do mercado brasileiro a respeito do mérito levantado pelo Conselheiro Cleveland Prates.

Nesse momento ficaram evidentes as previsões do juiz da Suprema Corte norte-americana Antonin Scalia a respeito dos limites de atuação do Direito Antitruste sobre matérias regulatórias. Apesar da importância da atitude do Conselheiro Cleveland Prates em assumir um papel protagonista e pioneiro na defesa da competição no setor de telecomunicações brasileiro, o CADE não foi capaz de assegurar o efetivo *enforcement* de sua decisão. Prova disso é que, apesar da argumentação de diversas empresas de que a Medida Preventiva vinha sendo descumprida, nenhuma providência efetiva foi tomada para investigar e aplicar as multas previstas.

Além da incapacidade institucional de fazer cumprir as suas determinações, o caso brasileiro também revela que a medida tomada também teve o papel de acirrar o clima de litigância entre as partes envolvidas, o que, segundo o juiz Scalia, produz incerteza e diminui incentivos para novos investimentos em manutenção e expansão da rede.

A demora do Conselho do CADE em ratificar a aplicação da Medida Preventiva é uma grande evidência desse efeito deletério da ação antitruste. A concessão da Medida Preventiva somente foi referendada pelo Conselho do CADE após o julgamento do voto exarado pelo Conselheiro Fernando de Oliveira Marques em sede de pedido de reconsideração apresentado pela

Telefonica (Recurso Voluntário 08700.000727/2003-62), ocorrido quase um ano e meio após a concessão da Medida Preventiva, em 01/07/2004.

Mas apesar dos problemas relacionados à falta de *enforcement* da ação tomada pelo CADE e do incremento do litígio entre as partes, a decisão do órgão antitruste brasileiro merece ser louvada pelo papel de propulsora de mudanças significativas no marco regulatório sobre provimento de acesso no Brasil.

A concessão da Medida Preventiva contra a Telefonica pelo CADE movimentou a Anatel no sentido de resolver os obstáculos regulatórios à concorrência no setor. Pouco mais de dois anos depois da adoção da Medida Preventiva questionando os incentivos regulatórios à prática de discriminação injusta de preços, o Conselho Diretor da Anatel editou a Resolução 402, de 27 de abril de 2005, que regulamenta a exploração industrial de linha dedicada no Brasil.

Esse novo dispositivo normativo estabelece condições para a elaboração de contratos entre companhias de telecomunicações relativos ao compartilhamento de redes necessária para o acesso local (*local loops*). Nesse quesito é determinada a elaboração de contratos mais completos e detalhados do que os exigidos pela antiga Norma 303/1996.

Mas a grande inovação da Resolução 402/2005 foi a possibilidade de definição pela Anatel das empresas detentoras de “poder de mercado significativo” (PMS), definido como “posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do mercado relevante”. A introdução dos conceitos de “poder de mercado” e de “mercado relevante” é consequência direta da absorção de conceitos tipicamente do Direito Concorrencial após a aplicação da Medida Preventiva pelo CADE.

Para levar em conta a detenção desse poder de mercado significativo, o Regulamento estabelece:

“**Art. 13.** Para determinar quais são os Grupos detentores de PMS na oferta de EILD a Anatel pode avaliar, entre outros:

- 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”.

Observa-se que os critérios selecionados estão diretamente relacionados com o roteiro de análise desenvolvido pelo Conselheiro Cleveland Prates no despacho da Medida Preventiva, como: a viabilidade econômica da duplicação da rede e a existência de barreiras à entrada, a ocorrência de integração vertical, o balanço de poder de negociação entre as partes, a participação de mercado dos envolvidos e questões de eficiência, como a existência de economias de escala e de escopo.

De acordo com essa Resolução, as empresas detentoras de poder de mercado significativo deverão definir o preço de acesso com base num modelo de custos incrementais de longo prazo (ou LRIC, conforme sua expressão em inglês). Esse modelo prevê o desenvolvimento pela Anatel de uma metodologia em que são confrontados cálculos de custo das prestadoras de serviço com simulações realizadas pela Anatel sobre o que seria esperado de uma prestadora perfeitamente eficiente. Com isso, pretende-se buscar mais objetividade na definição dos preços, eliminando a possibilidade de discriminação indevida destes.

A influência da Medida Preventiva referendada pelo CADE também pode ser observada na vedação a uma empresa detentora de poder de mercado significativo de conceder descontos em função do volume de linhas dedicadas contratado, do prazo de contratação e do valor total do contrato (art. 18). Esses critérios, apresentados pela Telefonica como justificativa para os preços melhores oferecidos à sua subsidiária em sua defesa perante o CADE, foram postos em dúvida pelo Conselheiro Cleveland Prates em seu despacho.

Após a entrada em vigor da Resolução 402/2005, a Anatel iniciou um processo de consultas públicas para definir os grupos econômicos detentores de poder de mercado significativo em cada uma das regiões geográficas. O resultado desse trabalho foi consolidado na Resolução 437, de 8 de junho de 2006. Essa resolução coroa o processo de busca por maior concorrência efetiva no setor de telecomunicações brasileiro iniciado com as primeiras audiências realizadas no CADE para investigar a acusação de discriminação de preços apresentada pela Embratel em 2002.

A seção preliminar da Resolução constitui uma louvação aos princípios da concorrência elaborada pelo órgão regulador de telecomunicações brasileiro:

“AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES
RESOLUÇÃO N. 437, DE 8 DE JUNHO DE 2006. *DOU* 20.06.2006
(Seç. 1, pág. 52) Determina os Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo (PMS) na oferta de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD).

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelos arts. 17 e 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997.

CONSIDERANDO o disposto no Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada, aprovado por meio da Resolução n. 402, de 27 de abril de 2005, em especial no art. 10, que prevê a determinação pela Anatel dos Grupos detentores de PMS na oferta de EILD;

CONSIDERANDO que a EILD é insumo à prestação dos serviços de telecomunicações que impacta os preços oferecidos ao usuário;

CONSIDERANDO que o conceito de PMS é instrumento a serviço da Administração em sua atividade de estimular a competição ampla e justa no setor de telecomunicações;

CONSIDERANDO que a regulação com base na existência de Grupos detentores de PMS tem por objetivo estabelecer obrigações àqueles que podem atuar de forma anticompetitiva, de modo a incentivar o livre desenvolvimento do mercado e da justa, livre e ampla competição.”

Na definição das empresas detentoras do PMS, novamente se pode sentir o impacto da Medida Preventiva do CADE: o foco da Anatel, segundo o art. 3.º da Resolução, é a “oferta de EILD para velocidades de transmissão menores ou iguais a 2.048 kbps”, justamente o mercado relevante de baixa velocidade definido na medida cautelar antitruste, considerado monopolístico. De acordo com a Anatel, ficaram definidos os seguintes mercados geográficos com as respectivas empresas detentoras de PMS:

- (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: Grupo Telemar;
- (ii) Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre: Grupo Brasil Telecom;
- (iii) São Paulo: Grupo Telesp (Telefonica);
- (iv) Entre áreas locais que possuam população maior ou igual a 100 mil habitantes: Embratel;
- (v) Entre áreas locais em que a Embratel possua presença com infraestrutura própria: Embratel.

Nos três primeiros casos, prevaleceu a opinião de que as incumbentes, adquirentes da rede telefônica pública no leilão de privatização de 1998, possuem poder de mercado para influenciar o padrão de concorrência na região. Nas duas últimas situações, prevaleceu o entendimento de que a Embratel, por ser líder no mercado de comunicação de dados no País e deter considerável rede própria em algumas regiões, também pode exercer seu poder de mercado contra concorrentes.

A conclusão desse longo processo no âmbito do CADE e da Anatel é que, a despeito das deficiências institucionais, a ação do órgão guardião da concorrência foi fundamental para a alteração no quadro regulatório referente ao acesso local no Brasil. Ficou evidente que o Direito Concorrencial tem não apenas um papel complementar ao exercido pela regulação, mas muitas vezes um papel de indutor de mudanças que são essenciais para o aumento da eficiência e o desenvolvimento econômico de um país.

Conclusão

A discussão travada ao longo deste trabalho sobre a interação entre as políticas de regulação e de defesa da concorrência no setor de telecomunicações nos Estados Unidos, na União Européia e no Brasil revela que o assunto está longe de ser resolvido. O processo de liberalização implementado na década de 1990 ainda não atingiu o seu ápice, e o intenso desenvolvimento tecnológico desse setor indica que a configuração do mercado pode ser seriamente alterada ao longo dos próximos anos.

Principalmente diante de tantas perspectivas de adoção de novas tecnologias, os órgãos reguladores e de proteção à concorrência devem redobrar a sua atenção para que a existência de falhas de regulação não estimule a adoção de estratégias anticompetitivas que venham a abortar esse surto de concorrência no setor.

Enquanto a decisão da Suprema Corte americana mostra que ainda há muito ceticismo quanto à capacidade técnica dos órgãos antitruste de se imiscuírem nos complexos detalhes da regulação, as experiências européia e brasileira revelam que a defesa da concorrência tem grande espaço para promover a competição em setores regulados.

Em particular, a decisão do CADE em condenar liminarmente uma concessionária de serviço público por práticas ilegais contra suas concorrentes despertou a atenção da Agência Nacional de Telecomunicações para o preenchimento de lacunas em seu arcabouço regulatório que permitiam tais condutas. A completa revisão regulatória que se seguiu, incorporando uma série de princípios do Direito Concorrencial às normas de compartilhamento de rede, revela o quão fundamental foi o papel indutor do órgão guardião da concorrência em promover a competição em setores regulados.

Bibliografia

- BESING, Ray G. The intersection of Sherman Act Section 2 and the Telecommunications Act of 1996: What should Congress do? *CommLaw Conspectus – The Telecommunication Act of 1996: A case of regulatory obsolescence*, Participant Issue Papers, Catholic University of America, Summer 2005.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Pedido de Medida Preventiva n. 08700.003174/2002-19 no Processo Administrativo n. 53500.005770/2002 – Despacho de Medida Preventiva. Brasília, 27 de fevereiro de 2003.
- ECONOMIDES, Nicholas. Vertical leverage and the sacrifice principle: why the Supreme Court got Trinko wrong. *Annual Survey of American Law* 2005, Participant Article, New York University, 2005.
- EUROPEAN COMMISSION. Commission Decision of 21 May 2003 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579) – Deutsche Telekom AG. Bruxelas, 21 de maio de 2003.

KLOTZ, Robert; FEHRENBACH, Jérôme. Two commission decisions on price abuse in the telecommunications sector. *Competition Policy Newsletter*, European Commission, n. 3, Autumn 2003, p. 8-13.

OECD. Competition and regulation issues in telecommunications. *Working Party*, n. 2 on Competition and Regulation. 2002.

SCHOEN, Frank X. Exclusionary conduct after Trinko. *New York University Law Review*, November 2005.

UNITED STATES SUPREME COURT. Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 2004.