



ESSENTIAL FACILITY THEORY: UMA APLICAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM SETORES REGULADOS

Alexnaldo Cerqueira da Silva¹

1. Introdução

As políticas de regulação da concorrência, de acordo com Possas *et alli* (1998), abarcam dois grandes tipos de intervenção. O primeiro é a regulação das atividades de infra-estrutura, que freqüentemente estão associados ao controle estatal de monopólios naturais², e tem como objetivos a correção e o monitoramento das transformações estruturais de mercado através de instrumentos de controle direto. O segundo são as políticas de defesa da concorrência ou antitruste, tendo este, dois focos: a repressão de práticas anticompetitivas, e a prevenção de atos de concentração.

Farina *et alli* (1997) considera que é importante a intervenção estatal nos casos onde estejam combinados ativos essenciais, geralmente específicos à produção de determinado bem ou serviço, e subaditividade de custo³.

Os serviços de utilidade pública devido a sua essencialidade, são construídos de maneira a reafirmarem seu papel social na prestação de serviços à população, nos quais regem os princípios de continuidade da prestação e da universalidade, funcionando como instrumento de coesão social.

¹ Mestre em Economia pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Especialista em Regulação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). O autor agradece especialmente ao Pedro Lyra, Paulo Roberto Semedo e a Daniela Ribeiro pelos preciosos comentários. E-mail: alexnaldo@anatel.gov.br

² Ocorre monopólio natural se e somente se o número de firmas que minimizam o custo total da indústria for igual a 1 (um). Formalmente, a condição de necessidade e de suficiência para a existência de um monopólio natural é: $C(q) = \min[N.C(q/N)]$, onde C é o custo total em função das quantidades q e N é o número de firmas no mercado.

³ Resumidamente, subaditividade de custos ocorre quando qualquer combinação entre os diferentes bens ofertados é feita a menor custo em uma única firma. Como destaca Farina (1997, p.118), caso situações de monopólio ou oligopólio resultem de subaditividade de custo, a presença de um grande número de concorrentes não é possível nem tampouco desejável.

Tanto no Direito como na Economia, o direito de propriedade sobre qualquer tipo de ativo dá ao seu possuidor a possibilidade de uso, tendo, porém em seu consumo um caráter de exclusividade, diferentemente dos chamados bens públicos. O problema é que as instalações essenciais se não são de domínio público possuem a capacidade de se diferenciar dos outros ativos por serem consideradas de interesse público, tendo pelo menos para a sociedade brasileira um valor importante.

Comumente, serviços de infra-estrutura, dentre os quais se encontram os serviços de telecomunicações, energia e saneamento, fazem parte do conjunto de serviços que são responsáveis por criar externalidades (efeitos positivos ou negativos) para as demais atividades econômicas. Antes considerados como “monopólio natural”, devido à forte presença de economias de escala de produção, distribuição, gerenciais e comerciais, agora com o desenvolvimento de novas tecnologias, os *policy makers* passaram a enxergar alguns pontos de pressão competitiva nesses setores.

Um setor como o descrito anteriormente tornava inviável, de maneira econômica, a fragmentação da estrutura de oferta dos serviços de infra-estrutura. Dessa forma, estes serviços se destacam pelo fato de servirem de insumo essencial para as demais atividades econômicas.

Neste instante, é preconizada a transformação dos mercados mediante a promoção e implementação das políticas de regulação e antitruste, sendo a concorrência capaz e, através de um processo atuante, atingir níveis maiores de eficiência. Contudo, a existência de insumos essenciais produzidos em regime de monopólio gera incentivos para que essa empresa, atuando de forma integrada, procure estender o seu poder para o outro mercado no qual a monopolista também atua, eliminando os concorrentes.

Assim, surge a necessidade de interferência dessas atividades por parte do Estado, no sentido de atenuar tais ocorrências, garantindo a oferta universal dos serviços e instrumento de coordenação para que os agentes privados possam ofertar, de maneira eficiente, os serviços com qualidade e baixo custo. Logo, o objetivo das políticas de competição - defesa da concorrência e regulação - é aumentar o nível de eficiência econômica dos mercados (Ferreira e Wholers, 1999).

O objetivo deste trabalho é buscar a relação existente entre antitruste e setores regulados, tendo como denominador comum o poder de mercado e probabilidade do exercício de práticas anticompetitivas que são derivadas da posse da instalação essencial. Busca-se, portanto, o convencimento de que a aplicação *Essential Facility Theory* na análise da concorrência em mercados regulados não é só pertinente, mas também urgente devido à necessidade de implementação de um ambiente de maior competição.

Além desta introdução e das considerações finais, este texto possui mais três pontos. O ponto 2 será dedicado à descrição do ambiente regulatório e antitruste próprio para a aplicação da teoria das instalações essenciais, esboçando os principais incentivos econômicos para o exercício de práticas anticompetitivas que uma firma possui na detenção de uma instalação essencial, e tendo como objeto a conceituação da teoria das instalações essenciais e em que situações esta poderia ser aplicada. O terceiro ponto, em complementação ao tópico anterior, apresentará as principais práticas anticompetitivas associadas à posse da instalação ou insumo essencial às concorrentes. O quarto ponto apresentará algumas medidas de combate às práticas descritas no tema anterior.

2. Defesa da concorrência em setores regulados. Identificando o ambiente próprio da *essential facility theory*

2.1. Relação entre defesa da concorrência e regulação

De antemão, deve-se notar que não existe uma separação precisa entre defesa da concorrência e regulação de infra-estruturas. Não obstante estas se diferenciarem em vários aspectos, de um modo geral, suas bases são as mesmas. Ambas são autoridades de concorrência⁴ e têm papéis redistributivos na medida em que interferem, quando necessário, na estrutura e no desempenho do mercado. Mas existem dois pontos básicos que as diferenciam, quais são: i) a magnitude do relacionamento e; ii) o momento da ação.

Quanto à natureza das decisões na relação entre as autoridades de competição, o órgão regulador tende a possuir mais informação com respeito às suas indústrias específicas do que a autoridade antitruste tem como origem o relacionamento de longo prazo em setores específicos. A regulação é específica a uma certa indústria e existe um monitoramento e coleta de dados quase constante, ou seja, a regulação atende ao critério de especificidade, enquanto que a autoridade antitruste não.

Com respeito à segunda assertiva, de um modo geral a política antitruste se beneficia pelo acúmulo de informações passadas (*ex-post*), e a política de regulação de infra-estruturas, pelo critério de especificidade e pelo conjunto de ações de natureza técnica e econômica como a regulamentação de preços, nor-

⁴ No entendimento de que tanto a regulação como defesa da concorrência perseguem o mesmo objetivo, mas por instrumentos de ações diferentes, este trabalho refere autoridade de concorrência tanto o órgão regulador setorial como a autoridade antitruste. Além disto, há que se reconhecer o elevado grau de complementaridade entre esses dois tipos de políticas. Ver Mello (2002)



mas e procedimentos. Esta, por sua vez possui natureza *ex-ante*. O corolário no caso da regulação, é que os participantes das indústrias enfrentam menos incertezas, já que na regulação as incertezas são parcialmente resolvidas uma vez que as “regras do jogo” são postas anteriormente.

Tudo leva a crer que as atividades de defesa da concorrência e regulação são atividades complementares na sua forma de atuação. Existem algumas situações onde é eminente a ocorrência de uma articulação entre essas duas políticas, por exemplo, quando ocorre alguma denúncia de venda casada por parte de uma empresa que pertença a um setor regulado, de quem é a competência para analisar e dar providências a este caso? Sem uma articulação é provável que a solução dada venha até prejudicar a concorrência.

Diante disto, percebe-se que a articulação entre as autoridades de concorrência é muito complexa dependendo dos arranjos institucionais que sejam adotados. Será visto adiante que a principal fonte de litígio que colabora para que os mercados não alcancem níveis maiores de competição é exatamente o problema da posse da instalação essencial à prestação do serviço, geralmente feita por antigas monopolistas.

2.2. *Essential facility theory*

A regulação representa não apenas a implementação de políticas disciplinadoras de monopólios naturais, mas, sobretudo, um esforço de condução de situações não suficientemente concorrenciais para um ambiente de maior competição, logo, a regulação é de transição.

No âmbito do direito, o conceito traz subjacente a noção de função social da propriedade, uma vez que, no contexto brasileiro, a doutrina das instalações essenciais é norteada com as noções de domínio do Estado e do dever de assegurar livre acesso, ainda que remunerado. Ressalva-se que essa perspectiva é o fator principal de sua aplicação em setores de utilidade pública.

Essa preocupação decorre dos seguintes motivos: a existência de assimetria de poder de mercado, que se estabeleceu necessariamente nos setores após privatização, e a abertura para novos concorrentes, tanto no mercado com características de monopólio natural quanto nos mercados à jusante (*downstream*) que utilizam esses serviços como insumos para seus produtos. Portanto, os problemas concorrenciais em setores antes monopólio natural tem como núcleo a existência de insumos essenciais (*essential facilities*)⁵. Este tipo de insumo atribui grande poder de mercado.

⁵ Daqui por diante instalações, infra-estrutura, ativos e insumos essenciais passarão a serem considerados sinônimos, dependendo de sua aplicabilidade.

A justificativa de “falha de mercado”, nesses casos está relacionada com duas dificuldades: a externalidade de rede, segundo o qual o incentivo a adotar um determinado produto aumenta quanto maior o número de usuários, e o poder de monopólio. No entanto, o poder de monopólio no caso das utilidades públicas explica as externalidades de rede, e, por isso, elas não são mutuamente exclusivas. A evidência é que a detenção da rede não é a fonte do aumento do poder de mercado, mas a infra-estrutura que dá suporte à rede, ou seja, as instalações essenciais.

O conceito de *essential facility* sugere uma relação entre dois mercados, o mercado à montante (*upstream*) e à jusante (*downstream*). Frequentemente, as empresas que detêm a instalação essencial atuam nos dois mercados, ou seja, são integralmente verticalizadas. Contudo, as empresas que demandam essa instalação, o que para elas é um insumo, atuam somente no mercado *downstream*, dando a primeira grande poder de mercado.

É possível que, em alguns casos, este conceito assuma uma natureza conflitual, pois o próprio nome traz um elemento privado de detenção da instalação (*facility*) e um aspecto coletivo relativo à sua utilização. A aproximação mais radical a esta teoria é aquela que aponta para a eliminação da contradição, apagando um eventual conflito de interesses entre a detenção e a utilização, impedindo a natureza privada da detenção, em última instância, isto representaria o retorno de determinadas infra-estruturas para o Estado. Todavia, é importante salientar que na realidade as pressões competitivas em setores submetidos a constantes inovações podem aumentar o seu grau de contestabilidade, os tornando cada vez menos uma instalação essencial.

A jurisprudência norte-americana⁶ sobre a doutrina das instalações essenciais ganhou popularidade na decisão do 7º Circuito da Justiça daquele país sobre o caso *MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Company* (AT&T). A acusação era que a AT&T estaria abusando de sua posição dominante sobre o mercado de acesso local para prejudicar a concorrência no mercado de telefonia de longa distância. Para tanto, a Corte americana estabeleceu um teste para identificar se a doutrina de *essential facility* seria aplicável àquele caso. Esse teste compreende quatro etapas, representadas por quatro questões (OECD, 1996, p. 87):

- Há controle de um insumo essencial por um monopolista?
- É viável a duplicação desse insumo ou existe a possibilidade de provimento por outros meios?

⁶ A doutrina de *essential facility* foi primeiramente utilizada nos EUA, no caso *United States v. Terminal R. R. Association*, de 1912.

- Houve recusa de provimento desse insumo a um competidor no mercado?
- O fornecimento desse insumo para um novo competidor afetaria a qualidade do acesso para as empresas que fazem parte desse mesmo mercado?

A primeira questão demonstra a importância do conceito de essencialidade, porém, sua extensão deve ir além da mera utilidade do insumo. Em outras palavras, se houver a possibilidade de que um dado insumo seja substituído por um outro, em condições técnicas e de custo razoavelmente semelhantes, não há como considerá-lo essencial. Em geral, toma-se como essencial um insumo provido por um monopolista, e que seja indispensável para a produção de empresas, estabelecidas ou potenciais entrantes, no mercado *downstream*. Resumindo, essencialidade significa que o produto da firma dominante não pode ser duplicado de forma barata pelos entrantes a quem é negado o acesso. (Rey & Tirole, 2003, p.1).

Quanto à segunda questão, a experiência internacional reside nos casos de infraestrutura, geralmente caracterizados como monopólios naturais ou bens que envolvem grandes investimentos irrecuperáveis (*sunk costs*) e cuja duplicação por um concorrente seria ineficiente do ponto de vista do consumidor. Assim, quanto maiores os custos de duplicação, maior o poder do monopolista no mercado a montante (*upstream*).

No que se refere o terceiro quesito, a experiência dos EUA, por exemplo, considera que a recusa em prover acesso a um insumo essencial só é justificável sob duas condições. A primeira delas acontece quando a oferta para um determinado competidor torna-se impraticável tecnicamente. A outra possibilidade surge nas situações em que o acesso de mais um competidor ao insumo prejudica as condições de acesso dos demais.

Por fim, em resposta ao quarto ponto, a experiência internacional tem admitido como indícios de abuso na oferta de um insumo essencial os casos em que um monopolista estabelece condições de acesso (em termos de qualidade, prazo, preço) que se tornam inaceitáveis do ponto de vista dos concorrentes. Essa definição mais flexível procura limitar a possibilidade de exercício do poder dominante dos proprietários de um insumo essencial. Este é o aspecto antitruste do conceito, e, portanto, um espaço de atuação para o órgão de defesa da concorrência.

Observa-se que o conceito é caracterizado pelo grau de essencialidade, tomando como condição necessária o poder de monopólio, e como condição de suficiência o não cumprimento das necessidades dos demandantes do insumo essencial à operação e ao fornecimento do serviço aos consumidores, resultado obviamente da análise da função social da propriedade.

Deve-se atentar para uma premissa importante. Inicialmente, o campo de atuação privilegiado da aplicação da *Essential Facility Theory* é exatamente os serviços de utilidade pública. Entretanto, não se pode dizer que essa doutrina não seria aplicável em outras atividades econômicas, pois é suficiente que exista ameaça potencial à concorrência decorrente da posse de uma instalação ou insumo, criando barreiras para as outras empresas que participam do mesmo setor. Esta visão é freqüentemente, mas não exclusivamente, utilizada em casos como rede local de telefonia, dutos de gás natural, serviços postais, linhas e estações de transporte ferroviário e redes de transmissão de energia elétrica. Mas também encontra guarida nos casos de propriedade intelectual, pontes e até estádios.

Conforme Aragão (2005, p. 33) a importância disso em setores regulados são três:

“[...] 1º) Geralmente as normas reguladoras setoriais acompanham as diretrizes básicas da Teoria, 2º) No silêncio da norma regulamentadora do serviço os parâmetros da Teoria das Instalações Essenciais que são aplicados; 3º) Em caso de lacuna, contradição ou nebulosidade da regulamentação, a Teoria das Instalações Essenciais será um importante elemento integrador e interpretativo”.

Em resumo, o que está posto por Aragão (2005) evidencia que a teoria das instalações essenciais funciona como um amálgama entre as normas regulatórias e a defesa da concorrência, trabalhando no sentido de ampliar o viés pró-competição destas políticas. De fato, a forma interpretativa da teoria é justamente o que a explica, e que justifica a sua aplicação.

2.3. A economia das *essential facilities*

Para uma melhor compreensão do tema é importante buscar responder a seguinte pergunta: quais as implicações econômicas e, quais os incentivos que um monopolista detentor de uma *essential facility* tem em expandir seu poder de mercado, seja potencial, seja efetivo?

Quando o monopolista produtor de um insumo essencial também atua no mercado de um bem a ele integrante, têm-se estímulos suficientes para essa firma abusar de seu poder dominante. No limite, essa circunstância induziria ao fechamento do mercado (*foreclosure*). Esta proposição é confirmada pelo OCDE (1996, p.81):

“(...) foreclosure refers to any dominant firm’s practice that denies proper access to an essential input it produces to some users of this input, with the



intent of extending monopoly power from one segment of the market (the bottleneck segment) to the other (the potentially competitive segment)”.

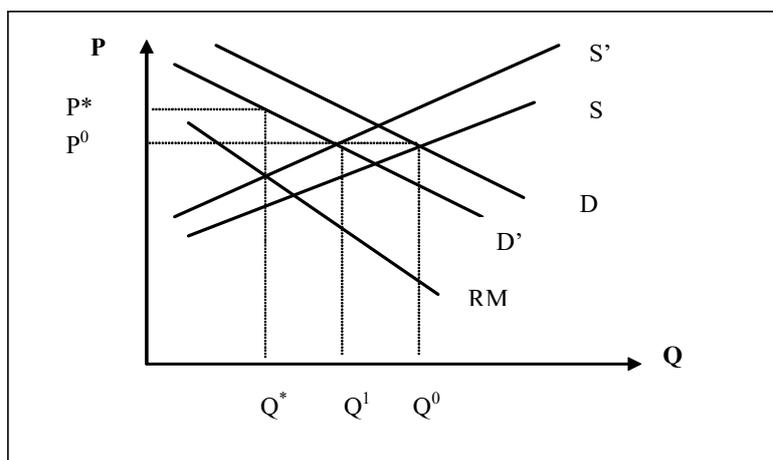
Aragão (2005) ressalta três condições para que o fechamento do mercado gere problemas concorrenciais. A primeira condição diz que o grau de integração entre os dois mercados foco da análise deve ser de tal ordem que uma possível entrante que queira entrar no mercado primário também o faça ao mesmo tempo no mercado secundário. A segunda é que a necessidade da entrada no mercado secundário torne a entrada no mercado primário mais difícil e menos provável de ocorrer em um prazo inferior a dois anos. E a última condição diz respeito às características vigentes no mercado primário, pois estas devem favorecer a existência de condutas anticompetitivas neste mercado.

As formas pelas quais a empresa integrada - aquela que atua nos mercados a montante e a jusante, ou mercados de insumo e produto, respectivamente - exerce, de maneira abusiva, esse poder de mercado podem variar. Os métodos mais comuns ocorrem via preços, discriminando em detrimento das empresas rivais, num movimento que pode ser considerado predatório. Dentre os exemplos podem ser citados, além da discriminação pura e simples, subsídios cruzados, *price squeeze*⁷ e preços excessivos. Mas as condutas também podem tomar a forma de negação de oferta de acesso aos concorrentes, ou de pelo menos limitá-lo em termos de quantidade e qualidade.

Na literatura econômica, o conjunto de condutas anticompetitivas presente no caso de integração vertical com insumos essenciais recebe o nome geral de “*raising rivals’ cost*” ou “aumento dos custos das rivais”. Uma agenda de pesquisa tem explorado esse tema nos últimos anos, desenvolvendo aplicações e testes, sobretudo aos setores de comunicações, energia, informática e transportes. Logo abaixo, é possível visualizar os impactos de uma integração vertical com conseqüente aumento dos custos das rivais.

⁷Uma exposição teórica e bem fundamentada sobre este assunto e seus impactos na análise da regulação das indústrias de rede pode ser encontrados em Crocioni & Veijanovski (2003).

Gráfico I – Aumento dos custos das rivais devido a integração vertical



Fonte: Viscusi *et alli* (1998, p. 233)

Suponha que uma firma adquira um fornecedor de insumos, tornando-se auto-suficiente. Após a transação, a firma A passa a praticar o preço P^0 , igual ao custo marginal do fornecedor. Caso o mercado de insumos permanecesse competitivo após integração vertical, as novas curvas de oferta e demanda S' e D' , continuariam a cruzarem ao preço P^0 , de modo que os rivais desta firma não incorreriam em nenhuma desvantagem, visto que as quantidades cairiam para Q^1 . Entretanto, supondo que a estrutura do mercado à jusante se altera como resultado da integração vertical, as empresas remanescentes passam a se comportar de maneira monopolistas. Nessa hipótese, o novo preço do insumo para os rivais será P^* , gerando a partir da quantidade Q^* , onde a receita marginal (RM) iguala ao custo marginal, representado pela curva de oferta S' .

O desenvolvimento de modelos por autores como Economides (1998), Laffont & Tirole (2000), Balmaceda & Saavedra (2001) na teoria econômica indica que, sob certas condições, um aumento do custo de produção das rivais, derivado de uma elevação do preço do acesso, proporciona lucros crescentes para a firma integrada. Dessa forma, um monopolista no mercado de origem tem estímulo suficiente para elevar os custos dos rivais de sua subsidiária no mercado a ela integrado até eliminar todas as concorrentes do mercado, estendendo o monopólio do monopólio de origem ao mercado alvo.

De acordo com Possas (2002, p.399) “*Um dos principais desafios na regulação de empresas atuantes em setores de infra-estrutura é a preservação de condições competitivas em segmentos não-monopolistas com integração vertical e na presença de redes que se caracterizam como instalações essenciais [...]*”. Esta situação cria mecanismos de incentivos para a adoção de toda a sorte de práticas anticompetitivas, sobretudo àquelas associadas a condutas de natureza vertical. No âmbito horizontal, existem situações em que a *Essential Facility Theory* pode ser aplicada. Por exemplo, empresas com elevado *market-share*, sem domínio do mercado *downstream*, e vendem mercadorias que só funcionam de maneira adequada, caso combinada com os produtos da empresa dominante. Esta situação é comum em empresa do setor eletrônico ou produtos modulares.

3. Práticas anticompetitivas associadas à posse de uma *essential facility*

A doutrina das instalações essenciais não implica diretamente na probabilidade de concorrência entre a empresa estabelecida (*incumbent*) e entrante potencial, pois esta tem uma aplicação muito especial nos casos onde é constatado algum tipo de prática lesiva a competição.

Possas (2002) traz como exemplo o setor de telefonia como uma *essential facility*, argumentando que o setor possui elevados investimentos necessários em meios físicos, somado a grande capilaridade, tendo como consequência, a criação de assimetrias de poder de mercado em favor das concessionárias locais em detrimento às empresas entrantes. A difícil eliminação dessas assimetrias cria dificuldades para o sistema de regulação e de defesa da concorrência na abertura do setor nos vários segmentos de mercado de telecomunicações ou de outros serviços que dependam da rede de acesso ao usuário.

Ainda Possas (2002, p. 406) destaca as seguintes práticas restritivas de natureza vertical que são relacionadas à posse da rede local: i) recusa de venda do acesso a determinada instalação essencial; ii) subsídios cruzados para serviços de mercados verticalmente conexos; iii) aumento dos custos das rivais, prática conhecida como *price squeeze*, realizada por meio do preço de acesso; iv) vendas casadas de serviços prestados com base na posição dominante a outros mercados dominados.

No primeiro caso, a característica básica é o uso de expedientes procrastinatórios, mais especificamente consiste na ação das monopolistas em retardar ao máximo o fornecimento do acesso às redes dedicadas solicitados por um concorrente. Tomando ainda o exemplo das telecomunicações, é como se a Telemar, Telefônica ou a Brasil Telecom protelasse o acesso a Embratel ou a Intelig no mercado *downstream* - em geral comunicação de dados ou telefonia

de longa distância-, seja não respondendo à solicitação, seja alegando esgotamento da capacidade, e até mesmo, limitação técnica, não obstante os meios estarem sendo oferecidos pelas incumbentes com regularidade.

Isto tem como efeitos anticompetitivos a inviabilidade do atendimento das empresas entrantes ao cliente, devido à discriminação contra concorrentes das concessionárias. Também é possível verificar o aumento do *market-share* da incumbente em mercados verticalmente integrados.

Com respeito à prática de subsídio cruzado, ocorre quando as receitas que são obtidas no mercado onde a empresa possui o maior *market share* - resultado da atividade da incumbente em uma instalação essencial - e que na tentativa de alavancagem do seu poder de mercado, estes ganhos são revertidos para oferecer em outro mercado preços mais baixos através de sua subsidiária, geralmente abaixo do custo marginal, em prejuízo de novos concorrentes.

Sobre esse tema Possas (2002, p.408) adverte que “[...] *subsídios cruzados não sejam intrinsecamente prejudiciais à concorrência ou redutores de eficiência, o efeito especificamente anticompetitivo deste tipo de conduta está no seu conteúdo predatório em detrimento da concorrência*”.

O terceiro caso trata da fixação do preço de acesso em nível discriminatório para o concorrente, relativamente ao preço oferecido pela incumbente para si mesma ou sua subsidiária à jusante, de modo que os custos para os competidores efetivos ou potenciais aumentam, inviabilizando sua oferta a preço competitivo com relação à empresa estabelecida⁸. Nos serviços com suporte em rede, características de setores reguladas, existem incentivos em discriminar o preço de acesso, no caso das tarifas de uso da rede fixa, pelo teto tarifário a um concorrente no mercado de serviços à jusante, ao passo que o preço cobrado para si mesma através de sua subsidiária é bem inferior.

Os efeitos anticompetitivos são semelhantes à prática anterior, pois os rivais, tornando-os menos competitivos, podendo até mesmo inviabilizar suas atividades, com conseqüente aumento do *market share* das incumbentes⁹. É importante ressaltar que, dadas as dificuldades de comprovação dessas práticas o número de casos comprovados são extremamente menores do que se poderia presumir.

Por último, a venda casada (*tying*) quando associado à utilização da *essential facility*, e, portanto, na posição dominante, faz aumentar os custos de

⁸ Esta prática sempre vem acompanhada pelo aumento dos custos das rivais. Em alguns casos é difícil fazer a distinção uma da outra, sendo a segunda uma conseqüência natural da primeira.

⁹ Comparando com a prática de preços predatórios, o *price squeeze* não requer a eliminação de concorrentes por meio de preços abaixo dos custos variáveis, não implicando nem esforço financeiro e nem prejuízos de curto prazo.

transferência para os usuários, pois estes adquirem mais de um serviço. No caso de uma concorrente que precise do insumo da concorrente para prestar seus serviços no mercado em que a dona da *facility* também atua. Esta por sua vez, usa sua posição para dificultar indiretamente a concorrente impondo condições a esta para oferecer serviços que no momento não seria possível de cumprir, inviabilizando o negócio. De acordo com a Resolução 20 do CADE (1999) os principais efeitos anticompetitivos estão relacionados a alavancagem de poder de mercado de um produto para outro, elevando os lucros em detrimento dos adquirentes, sejam consumidores sejam ofertantes que necessitem desse bem, que para estes são insumos.

Não importando o caso, é verificada a presença de alavancagem do poder de mercado oriundo da detenção da instalação (insumo) essencial. Em todos os casos qualquer que seja a situação, o resultado é a elevação dos custos das rivais. Nota-se também que a detenção de uma instalação cria uma situação de dependência de um agente para outro agente econômico, inviabilizando o acesso ou o fornecimento de certos produtos ou serviços.

4. Medidas para combater os efeitos anticompetitivos

Como foi visto, as práticas anticompetitivas, geralmente de natureza vertical, são extremamente sutis, e, por isso, exigem das autoridades de concorrência grande poder de monitoramento e rapidez na execução do papel repressivo.

Apesar da experiência brasileira em concorrência ser recente, o histórico internacional, principalmente o norte-americano, oferece evidências de que existe uma alta probabilidade que tais práticas poderão ocorrer também no caso brasileiro, tendo conseqüências ainda maiores por se tratar de um país com economia frágil e dependente de capital externo, via de regra.

De acordo com Possas (2002) as maneiras pelas quais são possíveis os enfrentamentos de práticas anticompetitivas relacionadas à posse de uma instalação ou insumo essencial tem passado por dois mecanismos: i) o estímulo à entrada, seja na forma usual de instalação de nova capacidade (*facility-based*), seja em formas alternativas; ii) através da regulação da interconexão e do preço de acesso.

No primeiro caso, destaca-se a adoção de incentivos diferenciados aos entrantes, caracterizando o que se chama regulação assimétrica, e a desagregação de elementos da rede (*unbundling*), especialmente no caso da rede local e a revenda de serviços, como forma alternativa. No segundo, o monitoramento nos casos onde exista um mercado de interconexão entre a detentora do insumo essencial e uma ou mais demandantes deste insumo, atuando através do estabelecimento de um preço máximo considerado adequado tanto para o fornecimento do serviço na quantidade como na qualidade apropriada para os consumidores finais.

Apesar de nenhuma medida ter o poder de substituir com vantagem a concorrência, a entrada de empresas é uma maneira preferível na maioria dos casos, já que isto exigiria um comprometimento de longo prazo da entrante devido aos investimentos em ativos específicos, desta forma reduzindo a entrada oportunista (*hit and run*).

Todos aqueles fatores levam os *policy makers* a impor aos operadores históricos da rede (incubente) a obrigação de compartilhar sua infra-estrutura com as empresas entrantes, sobretudo quando estes tratam de serviços com obrigações de universalização e continuidade, princípios ressaltados anteriormente.

Mesmo em setores como energia e telefonia, onde já existe amparo legal para as novas empresas atuarem e mesmo incentivo para tal, seria inócuo caso não permitisse a estas o acesso irrestrito às redes que são essenciais para a prestação do serviço. Portanto a barreira a ser transposta pelas entrantes, no caso brasileiro seria a econômica, pois como foi visto, existe incentivos para aumentar os custos das rivais de maneira artificial.

Busca-se com essas políticas desenhar estruturas de mercado mais competitivas nos segmentos em que se verifica a existência de instalações essenciais com alguma pressão competitiva. Porém é importante ressaltar que elas não eliminam por si só as assimetrias de mercado baseadas em instalações essenciais, nem os incentivos à adoção de práticas anticompetitivas por parte das empresas estabelecidas, requerendo uma atuação rápida e eficaz das autoridades de concorrência.

No caso da regulação da interconexão, como afirma Possas (2002), a preocupação primordial reside na regulamentação da própria exigência da interconexão. Como já foi dito anteriormente, a demora da regulamentação da política de interconexão, não impede, as concessionárias de praticarem atos anticoncorrenciais¹⁰, mesmo levando em conta as exigências feitas pelo órgão regulador como o acesso amplo aos meios físicos, inclusive com adaptações quando necessário.

Deve-se ter a preocupação, em última instância, de assegurar o uso eficiente da rede, assim como buscar impor condições não-discriminatórias de acesso a essas infra-estruturas necessárias a prestação do serviço, principalmente no mercado *downstream*¹¹.

¹⁰ Cita-se no setor de telefonia o caso Embratel e Telesp (Parecer nº: 129/COGSE/SEAE/MF. Representação nº 08700.001639/2003- 88. 11 de junho de 2003). E também o caso das teles, único no Brasil, é possível visualizar no Procedimento Administrativo Nº 08012.005660/2003-19, encontrado em <http://www.justica.gov.br/noticias/2003/outubro/PA%20Intermar%C3%ADtima-tecon.pdf>

¹¹ Não trataremos neste trabalho regulação do preço de acesso. Para um breve



Especificamente, a adoção do *unbundling* tem conseqüências, no ponto de vista da concorrência, bem diferentes. Esta tem como vantagens a facilitação da entrada, evitando a venda casada de elementos desnecessários da rede, e auxilia o concorrente a realizar uma aproximação gradual do usuário, sem a necessidade de investimentos iniciais pesados na infra-estrutura da ultima milha. Porém possui como principal desvantagem a possibilidade de que este tipo de política venha por desestimular os investimentos.

Posto isto, segundo Considera (2002, p.22) “[...] *caberia ao regulador restringir o escopo dos componentes a serem ‘desvinculados’ aos que, de fato, constituem-se em instalações essenciais*”. É também igualmente importante definir, a partir de critérios estabelecidos pela análise antitruste, quais serviços ou elementos de rede podem ser consideradas instalações essenciais. Portanto, nesses casos o compartilhamento deve ser imposto pela autoridade de concorrência.

5. Considerações finais

Segundo Araújo (1999, p.1), setores regulados possuem as seguintes características: seus produtos são considerados básicos, e, portanto, de utilidade pública; apresentam significativas externalidades em seu funcionamento, constituindo-se como um caso especial de monopólio natural, sendo chamados de indústrias de rede; tendem a necessitar de altos investimentos com prazo médio de retorno muito longo; e por último, estes investimentos são específicos (ativos específicos) ao setor, e, portanto, tem grande grau de irreversibilidade, ou em outras palavras, custos irrecuperáveis significativos.

É também perceptível que a concorrência não advém do mercado de maneira espontânea, mas ela é induzida. Também não virá através da privatização e nem da simples abertura, mas sim da atuação forte das autoridades de concorrência, seja qual for a ênfase que seja adotada, ou regulando assimetricamente ou permitindo concentrações com vistas ao fortalecimento da indústria nacional.

O poder de mercado não depende da existência do monopólio natural, sendo este relacionado com outros fatores, e no caso, com a detenção das instalações essenciais. Por isso, existem aspectos importantes no ponto de vista da promoção da concorrência: a ocorrência do monopólio do acesso a utilização destas instalações; tanto em termos de custos ou de viabilidade técnica ou mesmo física para a duplicação da instalação; por último, pelo fato da incumbente deter a insta-

survey dos principais modelos de preço de acesso, como o *price-caps*, ECPR (regra do preço eficiente), LRIC (custo incremental de longo prazo) entre outros, ver Mattos (2005) e Possas (2002).

lação essencial, exercer poder de mercado, seja recusando o acesso, ou dificultando com medidas procrastinatórias, ou ainda criando custos diferenciados.

A necessidade de levar em consideração tais dificuldades evoca o papel repressivo das autoridades de concorrência, sendo indispensável à capacidade de reprimir condutas lesivas para a competição, não tratando o assunto apenas utilizando instrumentos como acesso e entrada a novos concorrentes, políticas de abertura de acesso ou mesmo o simples compartilhamento (*unbundling*) à *essencial facilities* - aspectos de estrutura. Estes mecanismos de atuação se demonstraram insuficientes, requerendo assim, das autoridades de concorrência o monitoramento constante das condições de concorrência e as relações entre as prestadoras para o aumento da eficiência.

Portanto, a regulação da transição do monopólio natural para uma situação de competição em setores de infra-estrutura acaba por esbarrar com a presença de redes e de seu suporte físico, levando as empresas concessionárias (incumbentes) a possuir um grande poder de mercado.

Este trabalho se dedicou a demonstrar que a *Essential Facility Theory*, se configura não só como fonte interpretativa nos casos em que haja indícios de práticas lesivas a concorrência, mas também como um instrumento de promoção daquela, na medida em que traz uma preocupação no aumento da eficiência dos setores. Privilegiou-se a abordagem econômica neste trabalho.

Pelo caráter transitório da regulação e pela emergência da aplicação das normas de concorrência, é que a teoria das instalações essenciais deve ser levada em consideração, desde que sirva para o aperfeiçoamento o processo de concorrência.

6. Referências bibliográficas

ARAGÃO, A. S. Serviços públicos e concorrência. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDRE%20ARAGÃO.pdf>>. Acesso em 03 de Ago. de 2005.

ARAÚJO, J.L.R.H. Regulação de monopólios e mercados: questões básicas. Rio de Janeiro: IE-UFRJ, 1999. Disponível em : <<http://www.ie.ufrj.br/grc>>. Acesso em 10 de jan. 2003.

AREEDA, P. Essential Facility: An Ephitet in Need of Limiting Principles. *Anti-trust Law Journal*, 1990, p. 852 ss.

BALMACEDA, F.; SAAVEDRA, E. Strategic alliances in an industry with essential facilities. Mimeo. Universidade Alberto Hurtado, 2001. Disponível em: <<http://www.economia.puc.cl/seminarios/23Ago.PDF>> Acesso em 12 de Jan. de 2005.

BRASIL, CADE. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 10 de Jul. de 2005.

CONSIDERA *et alli*. O modelo brasileiro de telecomunicações: aspectos concorrenciais e regulatórios. *SEAE/MF* Documento de Trabalho nº 18. ago 2002.

CROCIANI, P.; VELJANOVSKI, C. Price squeeze, foreclosure and competition law. *Journal of Network Industries*, v. 4, nº 1. 2003.

ECONOMIDES, N. Raising Rival's Costs in Complementary Goods Markets: LLCs Entering into Long Distance and Microsoft Building Internet Explorer. Nova York: Stern School of Business. Mar. 1998 Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=81248>. Acesso em 02 de fev. 2004.

FARINA, E.M.M.Q; AZEVEDO, P.F; SAES, M.S. Competitividade: mercado, estado e organizações. São Paulo: Singular, 1997. 289p.

FERREIRA Jr. Hamilton e WHOLERS, Márcio. Estratégias competitivas em novos negócios de telecomunicações. FGV-EBAP, 1999.

LAFFONT, J.J. ; TIROLE, J. Competition in telecommunications. Cambridge. MIT Press, 2000.

MATTOS, C. Regulação em telecomunicações – interconexão e preços de acesso. Módulo V (Curso de formação ao cargo de especialistas em regulação). Brasília. Cespe/UNB. Jan/2005.

MELLO, M.T.L. Regulação e defesa da concorrência. IE/UFRJ. Rio de Janeiro: Encontro da Anpec, Dezembro de 2002.

OECD. The Essential facility concept. OCDE/GD 113, Paris.1996

POSSAS, M.L. Regulação e restrições à concorrência em telecomunicações no Brasil. *Economia*. v. 3, nº 2, p. 399-430. jul/dez. 2002.

POSSAS, M.L.; PONDÉ, J.L.; FAGUNDES, J. Defesa da Concorrência e Regulação de Setores de Infra-Estrutura em Transição. In: Anais do XXVI Encontro Nacional de Economia. Vitória. v. 2.1998.

REY, P.; TIROLE, J. A primer on foreclosure. Working paper, 2003. Disponível em: <<http://venus.unive.it/rosone/papers/primer20030716.pdf>>. Acesso em 20 de Jun. de 2005.

SALGADO, L.H. A Economia Política da Ação Antitruste. São Paulo: Singular. 1997. 205p

VISCUSI, W. Kip; VERNON, Jonh M; HARRINGTON Jr, Joseph E. Economics of Regulation and Antitrust. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1995. 896p.