

COMENTÁRIOS SOBRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES¹

Renault de Freitas Castro²

1. INTRODUÇÃO

O mundo tem experimentado uma forte onda de reorganização industrial nos últimos anos, evidenciada por uma intensificação das fusões e aquisições nas mais variadas atividades econômicas. O aumento da concentração econômica daí decorrente tem exigido aperfeiçoamento cada vez maior da atividade regulatória, com o objetivo de assegurar a distribuição equitativa dos frutos do crescimento econômico.

O que se percebe atualmente é que os mais conservadores representantes do capitalismo e até instituições como o FMI, que tradicionalmente são menos atentos a aspectos relacionados à justiça social, reclamam medidas redutoras de desigualdades econômicas e sociais, não exatamente por altruísmo, mas por reconhecerem que isso implica, em última análise, ampliação de mercados.

Desse modo, sendo reconhecido que a concorrência promove a igualdade no mercado e é indutora de maior eficiência econômica, deve a atividade regulatória estimulá-la com vistas ao máximo bem-estar da sociedade, reprimindo abusos de poder e disciplinando a índole concentradora da empresa capitalista, atitude hoje reclamada até por instituições do quilate da UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento).

2. TELECOMUNICAÇÕES E CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Com a preocupação de garantir qualidade, rentabilidade e baixo preço foi inevitável que o modelo de privatização das telecomunicações adotado no Brasil tivesse de se contentar com um nível mínimo de concorrência no setor, dando margem a que em alguns casos, principalmente na telefonia fixa, o setor privado "herdasse" parte do poder de mercado do

¹ Artigo apresentado no 14º Seminário Internacional de Direito de Informática e Telecomunicações, realizado pela Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações - ABDI, em São Paulo-SP, em 23 e 24 de outubro de 2000.

² Economista, formado pela UnB, mestre pela Universidade de Oxford - Inglaterra, MBA em Direito Econômico pela FGV e ex-Conselheiro do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

monopólio estatal antes existente (o serviço de telefonia local é um claro exemplo disso). Essa característica do modelo de privatização não reduz sua eficácia potencial, mas aumenta a responsabilidade do Estado quanto à fiscalização e controle do uso que o setor privado faz desse poder, já que tal transferência foi deliberada e prevista como parte de uma política de governo.

Com a introdução da competição no setor de telecomunicações, as questões envolvendo as condições de acesso e compartilhamento de infra-estruturas passam a ser centrais para o bom funcionamento do mercado, sendo determinantes para subsidiar as decisões de investimento e cruciais para que a atividade regulatória atinja seus objetivos. A grande capacidade operacional das redes e demais infra-estruturas de telecomunicações torna sua multiplicação uma solução freqüentemente inviável e, mais do que isso, ineficiente do ponto de vista econômico³, razão pela qual deve ser esse o ponto focal das autoridades regulatórias, se o objetivo for o de construir um ambiente de justa e efetiva competição no setor.

A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16.07.97), ao prever em seu art. 7º a aplicação das normas gerais de proteção à ordem econômica ao setor de telecomunicações, fez menção expressa ao caso das concentrações econômicas (§1º) e deu especial destaque à caracterização como infração à ordem econômica da adoção de práticas anticoncorrenciais de prestadoras de serviço de telecomunicações na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços (§3º). A atenção especial conferida a esses contratos é uma demonstração de que o legislador, conhecendo a organização planejada para o setor, já previa que os contratos de fornecimento seriam campo de grande incidência de conflitos concorrenciais.

3. POSIÇÃO DOMINANTE E MERCADOS RELEVANTES

Diz-se que uma firma tem **poder de mercado** ou **posição dominante** num certo mercado quando ela tem capacidade de agir com independência em relação a concorrentes e até a consumidores ou clientes, principalmente com relação à fixação dos preços do bem ou serviço produzido e à imposição de outras condições de negociação. A análise da existência de posição dominante requer, portanto, a prévia definição do mercado onde atua a empresa estudada, o chamado **mercado relevante**, conceito que, simplifiadamente, abrange o grupo de produtos ou serviços razoavelmente

³ Ineficiência econômica, aqui, significando, simplifiadamente, um emprego relativamente pouco produtivo dos recursos escassos da sociedade. Noutros termos, a utilização economicamente eficiente de uma certa infra-estrutura é aquela que maximiza seu aproveitamento racional para a geração de benefícios para a coletividade, conceituação muito próxima do princípio constitucional da função social da propriedade.

semelhantes ao que se estuda (**mercado relevante em termos de produto/serviço**) e a área onde atuam, em bases razoavelmente semelhantes, os produtores/fornecedores de um determinado bem ou serviço (**mercado relevante em termos geográficos**).

A análise econômica do poder de mercado pode ser realizada com o auxílio de instrumental tão complexo quanto o estudo das elasticidades da demanda dos produtos ou a construção de modelos econométricos mais sofisticados. Intuitivamente, porém, quanto menor for a possibilidade de se encontrar um substituto para um bem ou serviço, maior o poder de mercado de quem o produz ou vende. De outro ângulo, quanto mais fácil for a entrada de novos produtores/fornecedores num certo mercado, menor será o poder de mercado dos participantes. Percebe-se, portanto, que as questões relacionadas à **substituibilidade de bens e serviços** e à existência de **barreiras à entrada de concorrentes** são cruciais para o estudo do poder de mercado de uma empresa.

A substituibilidade do ponto de vista da demanda, ou seja, a existência ou não de produtos ou serviços substitutos imediatamente disponíveis para o consumidor, é, sem dúvida, o indicador de maior importância a ser estudado, o que se deve à sua maior capacidade de detectar uma situação de domínio ou de eliminar, de uma vez, qualquer preocupação nesse sentido. De importância complementar é a avaliação da substituibilidade do ponto de vista da oferta e da existência de concorrentes potenciais, o que nada mais é do que a verificação da possibilidade de que outro produtor entre oportunamente no mercado em análise, aspecto que evidencia a necessidade de que sejam estudadas as exigências de escala mínima de produção e a existência de impedimentos regulatórios, dentre outros possíveis obstáculos ou barreiras à entrada no mercado em estudo.

A rapidez da evolução da tecnologia torna mais difícil a delimitação de mercados relevantes no ramo de telecomunicações, o que recomenda o exame cuidadoso de cada caso. Pelo mesmo motivo, definições usadas em casos antigos não devem ser aceitas automaticamente, requerendo atenta revisão para que se tenha certeza de que o recorte anterior não foi afetado por mudanças tecnológicas recentes. Aquilo que se convencionou denominar-se de "convergência tecnológica" também complica essa delimitação, sobretudo porque aumenta as possibilidades de substituição entre serviços (*e.g.* a telefonia fixa é cada vez mais substituível pela móvel e por serviços de voz sobre IP etc.) fazendo com que a competição passe a se dar não mais apenas entre serviços de um mesmo tipo, mas também entre serviços múltiplos ou conjunto de serviços.

Mesmo na dimensão geográfica, a delimitação dos mercados relevantes não é questão trivial, em se tratando de telecomunicações. A título

de exemplo, parece natural aceitar que o mercado relevante, em termos geográficos, para um determinado serviço de telecomunicações seja aquele definido pela região ou área de operação definida no contrato de concessão ou autorização, o que, provavelmente, será delimitação aceitável em grande parte dos casos. Mas, sabendo-se que os limites territoriais ou espaciais impostos aos prestadores via regulação são geralmente mais restritos do que as possibilidades de alcance dos equipamentos e meios utilizados na prestação daqueles serviços, é possível admitir – numa abstração apenas exemplificativa – a possibilidade de que o exercício abusivo de poder de mercado em certo espaço geográfico seja combatido com alterações na delimitação da área de operação de concorrentes, de forma a permitir que se incremente a competição na área onde ocorre o abuso.

Na mesma direção, ou seja, também com o objetivo de aumentar a competição em certo mercado, pode agir também a redução de barreiras regulatórias como a limitação ao número de empresas prestadoras de um certo serviço, a limitação da área de concessão ou mesmo a mudança da caracterização de um certo serviço. O serviço conhecido como *trunking* (no Brasil, Serviço Móvel Especializado) pode ajudar a entender melhor essa possibilidade: considerando a grande semelhança desse serviço com o serviço celular, do qual se diferencia principalmente por dispor do serviço de despacho, é possível imaginar a "fusão" desses dois serviços, do ponto de vista regulatório, como forma de combater um hipotético abuso de posição dominante por parte de um prestador de qualquer um desses serviços. Parece claro que, quanto mais razoável for a possibilidade de consolidar esses dois serviços, por meio da retirada de barreiras regulatórias, mais difícil se torna caracterizar-se o poder de mercado de qualquer dos prestadores desses serviços.

Ainda com vistas ao permanente estímulo à concorrência, é importante que a regulamentação, no exercício da administração do espectro de radiofrequências e de órbitas, imponha o mínimo possível de restrições de uso, limitando-se àquelas requeridas para manter padrões de qualidade tecnicamente estabelecidos, com base em critérios transparentes e não discriminatórios. Seria inaceitável que a escassez artificial de radiofrequências contribuísse para o reforço ou para o surgimento de posições dominantes.

Vê-se, portanto, que no caso das telecomunicações, como, de resto, em outros setores regulados, as barreiras impostas pela regulamentação representam poderoso instrumento capaz de influenciar as condições de concorrência.

4. A CARACTERIZAÇÃO DE POSIÇÃO DOMINANTE

A participação relativa de uma empresa em determinado mercado é a medida mais utilizada para aferir o seu poder naquele mercado. Para efeito da aplicação da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884, de 11.06.94), a existência de posição dominante é presumida quando uma empresa detém 20% ou mais de um mercado relevante, podendo esse percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. Assim, além de não ser índice fixo ou único, deve-se ter em mente que esse é apenas um dos possíveis indicadores da existência de posição dominante que, por suas reconhecidas limitações, não deve ser considerado isoladamente. A título de ilustração, vale lembrar que há manifestações de tribunais europeus no sentido de presumir a existência de posição dominante somente se a participação de mercado for persistentemente superior a 50%.

As limitações da participação de mercado como indicador do grau de domínio são ainda maiores no caso de setores regulados onde há qualquer tipo de controle de preços ou onde a entrada de concorrentes é controlada pelo órgão regulador. A participação de mercado, nesses casos, pode ser resultante unicamente das restrições impostas pela regulação, não refletindo, necessariamente, o resultado de estratégias comerciais ou concorrenciais da empresa. Assim, no caso dos setores regulados, é recomendável que o foco da análise do poder de mercado de uma empresa se dirija para sua capacidade de impor preços, condições de negociações e de excluir concorrentes, tendo como pano de fundo o ambiente regulatório.

5. POSIÇÃO DOMINANTE: SITUAÇÕES ESPECIAIS

5.1. Posição dominante num conjunto de mercados

O surgimento de empresas com forte poder de controle sobre áreas específicas do setor de telecomunicações decorreu, em grande parte, do próprio modelo de privatização adotado em vários países, inclusive no Brasil, o que não deixa dúvidas quanto à existência ou legitimidade dessas chamadas posições dominantes⁴. Entretanto, o simples reconhecimento de que tais posições dominantes existem confere aos seus detentores especial responsabilidade de zelar pela preservação das regras de concorrência não apenas no mercado onde isso ocorre, especificamente, mas também em mercados adjacentes onde aquele poder pode ser exercido de maneira indireta.

⁴ Vale lembrar que a lei reprime apenas o uso abusivo de posição dominante e não a posição dominante em si.

Aplica-se às telecomunicações a linha de raciocínio das cortes europeias na apreciação do chamado caso *Tetra Pak*⁵, no qual sustentou-se que a existência de poder de mercado num setor (um mercado relevante específico) pode levar ao domínio de outro mercado, em geral contíguo ao primeiro, fazendo surgir uma **posição dominante no conjunto desses mercados**, o que se torna tanto mais provável quanto maior a proximidade dos mercados envolvidos. A importância dessa construção está em admitir a possibilidade de que atos praticados no mercado A por empresa em posição dominante no mercado B podem ser considerados ilegais, independentemente da caracterização de posição dominante no mercado A, como seria normalmente requerido.

O setor de telecomunicações é terreno especialmente fértil para a ocorrência do fenômeno da posição dominante conjunta, dada a integração cada vez maior entre os vários tipos de serviço em decorrência da crescente convergência tecnológica. A título de exemplo, é possível aplicar essa linha de raciocínio no caso de uma empresa que detenha posição dominante no mercado de televisão aberta que resolva ampliar suas atividades para o segmento de TV por assinatura e, daí, para o segmento de comunicações em banda larga, usando para isso, indevidamente, seu poder no mercado de TV aberta. Ou, ainda, no caso de uma operadora com posição dominante nos serviços de telefonia local que se utilize desse poder para prejudicar concorrentes no mercado de interconexão.

Na Comunidade Européia, estabeleceram-se diretrizes especiais para os acordos de acesso e a interpretação vigente é a de esses acordos não se confundem com atos de concentração, principalmente por não resultarem na criação de entidade autônoma distinta das partes nos acordos. Mas, independentemente do tratamento formal que seja dado aos acordos de acesso, quanto a seus efeitos estruturais, é importante que o órgão regulador esteja atento para a possibilidade de surgimento de posição dominante conjunta a partir de um determinado acordo de compartilhamento, por exemplo. Mais do que isso, é preciso ter ciência do risco de surgimento de condutas colusivas e de coordenação de preços, especialmente nos casos em que os acordos representem altos custos unitários para a parte adquirente do serviço de interconexão, por exemplo, limitando a concorrência via preços e estimulando práticas como a divisão de mercados.

⁵ Cf. Comunicação da Comissão [Européia] sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no setor das telecomunicações - Enquadramento, mercados relevantes e princípios. Jornal Oficial [da Comissão Européia] nº C 265, de 22.08.1998, p. 0002 a 0028.

No Brasil, a ampla abertura para a concorrência prevista para 2002 certamente fará aumentar a atenção dos reguladores para esse assunto de extrema importância para a preservação da concorrência no setor.

5.2. Posição dominante coletiva

A existência de **posições dominantes exercidas coletivamente**, isto é, por mais de uma empresa num mesmo mercado, é uma variação do caso clássico de domínio que também tem fortes possibilidades de ocorrer no setor de telecomunicações, graças à presença de condições especialmente favoráveis como, por exemplo, a existência de estruturas oligopolísticas com serviços homogêneos. A Comissão Européia tem sido particularmente rigorosa na verificação de possibilidades como essa, dispensando até mesmo o requisito – usualmente necessário – de que as empresas tenham ligações formais entre si. Vale dizer, a interpretação tende a ser a de que, mesmo pertencendo a grupos econômicos distintos, duas ou mais empresas podem exercer, coletivamente, posição dominante num certo mercado.

Exemplificando, a existência de estratégias coordenadas entre uma empresa operadora de TV a cabo e uma operadora de telefonia fixa detentoras de rede de telecomunicações numa mesma região, pode levar essas duas empresas a dominarem, em conjunto, o mercado de acesso a redes nessa área⁶, o que as sujeitaria ao rigor da lei de prevenção e repressão ao abuso de poder econômico mesmo se elas não detiverem posição dominante individualmente em seus respectivos mercados.

6. ABUSOS DE POSIÇÃO DOMINANTE

Abusos de posição dominante em questões relacionadas a acesso podem variar desde recusas a negociar até a imposição de condições contratuais injustas ou discriminatórias, passando pela lentidão injustificada nas negociações, com a utilização de artifícios protelatórios. Outros exemplos são a criação de dificuldades relacionadas à configuração de rede, preços excessivos ou predatórios, discriminação de compradores e a imposição de venda casada de serviços. Essa última tipificação pode, em princípio, incluir a recusa à venda seletiva de elementos discretos de redes (*unbundling of network elements*), questão da maior importância para a concorrência nas telecomunicações e que, nos Estados Unidos, já mereceu tratamento objetivo da FCC⁷ que, ao especificar os elementos que devem obrigatoriamente ser disponibilizados separadamente pelas operadoras

⁶ Os mercados relevantes de telecomunicações podem ser divididos em dois grandes grupos, quais sejam, o de prestação de serviços de telecomunicações e o de acesso a infraestruturas, esse último compreendendo, por exemplo, acordos de interconexão e de compartilhamento de instalações, contratos de utilização de informações ou bancos de dados etc.

⁷ Cf. *FCC promotes local telecommunications competition. FCC News Release*, 15.09.99.

locais de telefonia, facilitou em muito a negociação de contratos dessa natureza.

O Regulamento de Interconexão baixado pela Anatel prevê a livre negociação de contratos e aborda os aspectos mais críticos das negociações sobre esse tema, o que coloca o Brasil entre os países com regulação mais moderna com relação a esse assunto. Mas, é impossível antecipar todos os tipos de conflito que podem ser suscitados por contratos dessa natureza e a previsão de mecanismos de arbitramento na norma original já denunciava a correta expectativa da Agência de que seria indispensável sua intervenção nas negociações.

O tempo há de mostrar outras maneiras pelas quais a agência reguladora poderá ajudar a simplificar a negociação de contratos dessa natureza, aperfeiçoando as normas existentes. Mas a regulação sobre o setor de TV por assinatura nos Estados Unidos oferece exemplo tão interessante quanto recente de como o órgão regulador pode contribuir para evitar o surgimento de conflitos como os acima mencionados. Naquele país, os serviços de TV por assinatura via satélite (conhecidos como *direct-to-home* ou, simplesmente, *DTH*) eram praticamente proibidos de retransmitir o sinal dos canais abertos até novembro de 1999. Após ter sido objeto de importantes processos judiciais⁸, essa restrição foi considerada anticoncorrencial e foi eliminada com a promulgação, em 29 de novembro de 1999, da lei denominada "*Satellite Home Viewer Improvement Act of 1999*", cujo objetivo principal foi o de "promover a concorrência entre os serviços de distribuição de programação de televisão, como, por exemplo, as empresas de *DTH* e as operadoras de TV a cabo, e, ao mesmo tempo, aumentar o leque de escolha de programações disponíveis para o consumidor".⁹

A nova lei também proíbe as emissoras de TV aberta de firmarem contratos de exclusividade para a retransmissão de sua programação até dezembro de 2006, bem como de se recusarem a negociar contratos de retransmissão dessa programação.

Para evitar ao máximo que as aludidas recusas fossem utilizadas com finalidades anticompetitivas, a lei determinou que a *FCC* estabelecesse critérios para diferenciar entre recusas de boa-fé e de má-fé, o que resultou na adoção dos seguintes pontos a serem observados nas negociações para retransmissão:

⁸ E. g. caso *Primestar (US versus Primestar)* e caso *Turner (Turner versus FCC)*.

⁹ *Federal Communications Commission, Fact Sheet, Satellite Home Viewer Improvement Act [SHVIA] of 1999*, julho de 2000. O texto original da *FCC* (Comissão Federal de Comunicações dos Estados Unidos da América), aqui livremente traduzido, é: "*SHVIA is designed to promote competition among multichannel video programming distributors, such as satellite companies and cable television operators while, at the same time, increasing the programming choices available to consumers*" (p. 1).

a) Uma rede aberta não poderá se recusar a negociar com um prestador de serviço de TV por assinatura;

b) A rede aberta deverá indicar representante que disponha de autonomia para negociar;

c) O representante da rede aberta deverá concordar em reunir-se com a outra parte em locais e horários razoáveis e não poderá procrastinar a negociação;

d) A rede aberta não pode oferecer apenas uma única proposta unilateral de negociação;

e) Ao responder proposta de negociação apresentada por um prestador de serviço de TV por assinatura, a rede aberta deverá apresentar justificativas para qualquer aspecto da proposta que tenha sido rejeitado;

f) É proibido à rede aberta firmar qualquer tipo de contrato do qual conste a condição de negar para outrem permissão para retransmissão de seus sinais;

g) A rede aberta deverá concordar em cumprir integralmente os termos de um contrato de permissão de retransmissão, reconhecendo que esse traduz a totalidade dos entendimentos mantidos (o objetivo, aqui, parece ser o de inibir a utilização de "cláusulas não escritas").¹⁰

A atitude da FCC no caso acima mencionado é um exemplo de intervenção objetivamente concebida com o fim de equilibrar o poder de barganha de concorrentes numa relação vertical, e que pode efetivamente desencorajar a adoção de condutas abusivas, contribuindo para reduzir o custo privado e social de contratos de acesso. É claro que outras formas de atuação do órgão regulador podem ser preferidas ou até recomendáveis,

¹⁰ Cf. FCC News Release, FCC ADOPTS RULES FOR RETRANSMISSION CONSENT NINE MONTHS AHEAD OF DEADLINE - Establishes a Two-Part Test for "Good Faith" Negotiations and Prohibits Exclusivity, 15.03.00 (disponível na página da FCC na Internet). O texto original é o seguinte: "The first part of the two-part good faith test consists of a brief, objective list of procedural standards applicable to broadcast stations negotiating retransmission consent agreements: 1) a broadcaster may not refuse to negotiate with [a multichannel video programming distributors - MVPD]; 2) a broadcaster must appoint a negotiating representative with the authority to bargain; -more- 3) a broadcaster must agree to meet at reasonable times and locations and cannot delay the course of negotiations; 4) a broadcaster may not offer a single, unilateral proposal; 5) in responding to an offer proposed by an MVPD, a broadcaster must provide reasons for rejecting any aspects of the offer; 6) a broadcaster is prohibited from entering into an agreement with any party conditioned upon denying retransmission consent to any MVPD; and 7) a broadcaster must agree to execute a written retransmission consent agreement that sets forth the full agreement between the broadcaster and the MVPD. Under the second part of the good faith test, an MVPD may present facts to the FCC which, even though they are not a specific violation listed above, given the totality of the circumstances constitute a failure to negotiate in good faith."

dependendo das circunstâncias. Mas em casos onde se sabe, de antemão, da existência de forte assimetria entre as partes, a atitude pró-ativa da agência reguladora é necessária, além de ser totalmente coerente com sua missão de preservar e promover a concorrência.

7. CONCLUSÃO

O que se delinea para o futuro, principalmente no campo dos acordos de compartilhamento e interconexão, é a perda crescente de importância da regulação setorial específica e o aumento de importância da aplicação da legislação de defesa da concorrência como forma de impedir o surgimento de posições dominantes e de reprimir condutas anticompetitivas. O relacionamento entre os grandes provedores de redes (*backbones*) de Internet e as grandes redes de telecomunicações em todo o mundo é um exemplo de que as regras de mercado, disciplinadas pela legislação de defesa da concorrência, podem ser suficientes para garantir a livre e justa concorrência, dispensando, em parte, a intervenção da regulação setorial específica.

Observadores do setor asseguram que, apesar de existirem conflitos entre grandes e pequenos provedores, a negociação privada tem sido suficiente para encontrar soluções satisfatórias. Exemplo disso é a recusa de grandes provedores de estabelecerem acordos de intercâmbio de tráfego (*peering*) com provedores menores, problema cuja solução foi a de substituir o acordo de intercâmbio por um mais restrito acordo de trânsito (*transit*) que, feito em condições razoáveis, protege o interesse dos grandes provedores contra os aproveitadores e oportunistas (*free riders*), sem impedir a permanência dos pequenos no mercado, em condições de competir.¹¹

Ao invés de pretender que a regulação antecipe todos os problemas e respectivas soluções relacionados com acordos de acesso de um modo geral, o que é virtualmente impossível, o melhor uso que se pode fazer da atividade regulatória nesse caso específico é o de reduzir as assimetrias de informação entre os diversos participantes do mercado, o que pode ser feito, por exemplo, por meio da divulgação de orientação e diretrizes gerais acerca da aplicação da norma antitruste ao setor, a exemplo do que fazem as autoridades antitruste e de telecomunicações em outros países.

É de suma importância, portanto, que os aplicadores da lei antitruste, aí incluída a Anatel, estejam preparados para analisar, com agilidade, casos tecnicamente complexos e para aplicar as normas setoriais em combinação harmônica com as normas de defesa da concorrência.

¹¹ Cf. FCC releases study of Internet backbone market. FCC News Release, 26.09.00

