

RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 08700.001291/2003-29

Recorrente: Brasil Telecom S.A.

Advogados: José Inácio Gonzaga Franceschini, Pedro Luiz Barbosa, José Alberto Gonçalves da Motta e outros.

Recorrida: Empresa Brasileira de Telecomunicações - EMBRATEL S.A.

Advogados: José Del Chiaro Ferreira da Rosa, Maria Augusta Fidalgo, Daniela de Carvalho Mucilo Restifi e outros.

Relator: Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

Publicação do Acórdão: 17.01.2005

EMENTA

Recurso Voluntário interposto contra medida preventiva adotada pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, em face de denúncia de práticas anticoncorrenciais. Mercado relevante: provimento de acesso à rede local (Exploração Industrial de Linhas Dedicadas - EILD local) a baixas velocidades (até 2 Mbps). Reconhecimento do insumo como infra-estrutura essencial (essential facility doctrine). Presença dos requisitos autorizadores à concessão da medida preventiva (fumus boni iuris e periculum in mora). Manutenção integral de medida preventiva. Requisição de informações à ANATEL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer o Recurso Voluntário para, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento, com a finalidade de manter, em sua integralidade, a medida preventiva concedida pela ANATEL, conservando as determinações nela contidas até o julgamento do mérito do processo administrativo originário. Determinada a requisição de informações à ANATEL acerca do cumprimento do item 4 da medida preventiva. Determinado o envio de cópia da decisão à Gerência de Concorrência da ANATEL, tendo em vista a existência do Processo Administrativo nº 53500.002287/2001, bem como ao juízo da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em razão do Mandado de Segurança nº 2003.34.00.010778-9. Vencido, no mérito, o Relator, que dava parcial provimento ao recurso voluntário, para revogar os itens 2 e 5 da medida preventiva. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Luiz Alberto Esteves Scaloppe, Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci.

Brasília – DF, 08 de dezembro de 2004, data da 336ª Sessão Ordinária de Julgamento.

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Redator do Acórdão

ELIZABETH M. M. Q. FARINA

Presidente do Conselho

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE

Conforme exposto no relatório, trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Brasil Telecom S.A., em 08 de abril de 2004, atacando a Medida Preventiva concedida pela ANATEL em face de denúncia de infração à ordem econômica formulada pela Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A.

O presente Recurso Voluntário intenciona revogar Medida Preventiva originada em sede do Processo Administrativo nº 53500.002287/2001, em que figura como Representada a Brasil Telecom e como Representante a Embratel, no qual analisa-se a suposta prática de preço discriminatório para um mesmo serviço que estaria consubstanciada na apresentação de valores inferiores aos da Representante, implicando na majoração de seus custos operacionais reduzindo sua capacidade de enfrentamento concorrencial em condições equiparadas, quando do oferecimento de proposta em processo licitatório realizado pela DATAPREV.

A referida conduta anticoncorrencial praticada pela Brasil Telecom ficou demonstrada por meio de estruturas de diferenciação de preços elevando-se os custos da concorrência com a alteração da estrutura tarifária.

A Medida Preventiva, objeto do presente Recurso, impôs à Recorrente as obrigações expressas nos seguintes termos:

- i. Adotar Medida Preventiva pleiteada pela EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A., nos autos do Processo nº 53500.002287/2001, determinando que a BRASIL TELECOM S.A. cesse imediatamente a prática de discriminação de preços no mercado de serviços de provimento de acesso local segmentado para usuários de perfil difuso, na região II do PGO.
- ii. determinar que a Brasil Telecom S.A., até a decisão final do Processo nº 53500.002287/2001, passe a cobrar pelo acesso local, insumo para prestação de serviços de comunicação de dados, os menores valores praticados, considerando os critérios de descontos, nas licitações das quais participou com os seus concorrentes;
- iii. determinar que a Brasil Telecom S.A. dê ampla publicidade de sua tabela de preços, especificando critérios e condições de descontos praticados, de forma a assegurar o seu conhecimento pelos usuários, prestadores

concorrentes e interessados;

iv. determinar que a Brasil Telecom S.A. encaminhe à Superintendência Executiva da ANATEL todos os contratos celebrados com os seus concorrentes no mercado alvo, que tenha por objeto o acesso local para prestação de serviços de comunicação de dados, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contados a partir da data de publicação da Medida Preventiva;

v. determinar que a Brasil Telecom S.A. detalhe o preço correspondente ao acesso local em todas as propostas que apresente a terceiros para prestação de serviços de comunicação de dados, preço esse que não poderá ser inferior àqueles de seus concorrentes no mercado alvo;

vi. fixar multa diária no valor de R\$ 106.000,00 (cento e seis mil reais) equivalentes a 100.000 UFIR, em caso de descumprimento da Medida Preventiva.

A ora Recorrente Brasil Telecom veio aos autos do presente Recurso pugnar pela imediata revogação da Medida Preventiva contestando os argumentos contidos na referida decisão ora adotada pela ANATEL e, não obstante, a Recorrente ter buscado demonstrar o conjunto de aspectos de ordem técnica e mercadológica que pudessem esclarecer a sua conduta, de forma a justificar a apresentação de preços diferenciados quando do oferecimento de proposta no processo licitatório realizado pela DATAPREV, a mesma não especificou os critérios e as condições objetivas para a determinação dos valores correspondentes ao acesso local a serem praticados aos concorrentes e aos possíveis interessados, conforme observado pela ANATEL.

Assim, desde que sejam esclarecidos os elementos que comprovem ou apontem a adoção de critérios e condições objetivas e transparentes para a discriminação dos preços na licitação realizada pela DATAPREV, a referida conduta reiterada por parte da Recorrente irá caracterizar, de forma incontestável, a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* ensejando a atuação dos órgãos de controle da concorrência para a aplicação de medida que cesse tal conduta tendo em vista a possibilidade da realização de futuras licitações.

Não há nos autos qualquer dado objetivo que justifique suficientemente a estipulação de preços diferenciados entre concorrentes, como também não se verifica a comprovação de adoção dos critérios de descontos a serem aplicados a todo o mercado e que tenham um efeito neutro sobre a concorrência ou que tenham justificativas econômicas razoáveis.

É de se notar nos autos que a empresa Brasil Telecom, ora Recorrente, detêm posição privilegiada no mercado de transmissão de dados. Segundo análise empreendida pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, a definição do mercado relevante mostra-se de vital importância para a verificação de ocorrência de práticas anticoncorrenciais no presente caso.

Verifica-se que a provisão do acesso local, que é um serviço destinado a conectar redes de comunicação ou linhas dedicadas aos usuários residenciais, empresas ou entidades governamentais, se faz mediante a utilização de um meio físico que atualmente é disponibilizado unicamente, na referida Região II do PGO - Plano Geral de Outorgas, pelas operadoras locais sob o controle acionário da Brasil Telecom que herdou do Sistema Telebrás toda estrutura já pronta.

O referido serviço de acesso local constitui-se em insumo básico para a oferta dos serviços de comunicação de dados, objeto da disputa comercial levada a efeito no processo licitatório realizado pela DATAPREV. E não se verifica substitutos economicamente viáveis em curto prazo, sejam por meio de tecnologias alternativas, ou mesmo por meio de investimentos em infra-estrutura compatível à utilizada pelas operadoras do sistema Brasil Telecom, pois seria necessário despender pesados investimentos para enfrentar a concorrência da empresa que herdou toda uma estrutura já pronta da estatal.

Demonstrada a supremacia estrutural da empresa Recorrente nos mercados relevantes acima descritos, mediante a comprovação do controle parcial ou total sobre uma rede ou infra-estrutura essencial, a discriminação de preços pode servir para elevar os custos da concorrente gerando efeitos danosos a livre concorrência.

A Recorrente pugna pela reforma da Decisão, pois esclarece que os argumentos que afirmaram a prática anticoncorrencial em questão não encontram guarida.

Porém, é cabal que a Brasil Telecom é a única empresa a deter a quase totalidade da infra-estrutura de redes de telecomunicações necessárias à realização dos serviços de acesso local para a transmissão de dados nas localidades associadas à Região II do PGO, sendo monopolista da aludida infra-estrutura que se constitui em insumo essencial. Não há elementos nos autos que refutem tal constatação.

E, por serem ignorados os critérios objetivos que determinam os custos dos serviços de acesso local de dados a serem repassados ao mercado, sejam às empresas concorrentes ou aos demais interessados, faz-se necessário à imposição de limites à prática de diferenciação de preços de forma a resguardar o equilíbrio do mercado mediante a garantia da participação de todos os prestadores concorrentes em condições equiparadas tornando a atuação dos órgãos governamentais de defesa da concorrência imprescindível na regulação das condutas concorrenciais apreciadas no presente caso.

Portanto, diante do exposto, concluo não haver argumentos ou dado novo capaz e suficiente para contestar a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pois existem fortes indícios que não podem ser ignorados diante das razões e dados aqui novamente ponderados.

Contudo, revogo a determinação contida na Medida Preventiva, item 2, in verbis: “determinar que a Brasil Telecom S.A., até a decisão final do Processo 53500.002287/2001, passe a cobrar pelo acesso local, insumo para prestação de serviços de comunicação de dados, os menores valores praticados, considerando os critérios de descontos, nas licitações das quais participou com os seus concorrentes”; pois poderá causar a imposição de tratamento igualitário a situações comerciais distintas sendo necessário debruçar estudos mais aprofundados sobre a política de diferenciação de preços que foi adotada pela Brasil Telecom a fim de que se possa, em sede do Processo Administrativo originário, esclarecer os critérios definidores dos custos do citado serviço de transmissão de dados.

Quanto à questão levantada pela Recorrente, ao afirmar que a Embratel está valendo-se dos órgãos de defesa da concorrência para obter decisões a ela favoráveis, ressalto que o objetivo deste Conselho é a tutela do direito difuso da concorrência, onde se insere o presente caso, não se confundindo, de forma nenhuma, com a tutela de interesses privados.

Diante do exposto, nos termos da Resolução nº 19/99 do CADE, conheço do presente Recurso Voluntário e concluo pelo

acolhimento parcial das manifestações da Recorrente, outrora Representada para manter parcialmente a Medida Preventiva concedida pela ANATEL conservando-se as demais determinações nela contidas, porém, revogando-se o item 2 até o julgamento do mérito do Processo Administrativo originário.

É como Voto.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2004.

Luiz Alberto Esteves Scaloppe

Conselheiro-Relator

VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Pedi vista dos autos para melhor analisar os elementos de fato e de direito aduzidos no voto do i. Conselheiro-relator, a fim de formar minha convicção com relação às especificidades da matéria ora trazida à análise deste Conselho.

Observo que, após o pedido de vista, foram requeridas diligências pelo Ministério Público Federal - MPF (fls. 1.433/1.434). No entanto, considero que os elementos probatórios constantes nos autos e a sua regular instrução processual já são suficientes para dar continuidade ao presente julgamento.

Conforme visto, trata-se de recurso voluntário interposto pela Brasil Telecom Participações S.A. ("BRASIL TELECOM"), em 07 de abril de 2003, contra medida preventiva adotada pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, nos autos do Processo Administrativo nº 53500.002287/2001, em trâmite naquela agência. Referido processo administrativo foi instaurado com base em representação feita pela Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. ("EMBRATEL") e objetiva, em síntese, apurar possíveis infrações à ordem econômica consistentes na discriminação de preços no mercado de serviços de provimento de acesso local (Exploração Industrial de Linha Dedicada - EILD), insumo essencial na prestação de serviço de comunicação de dados, na localidade definida como Região II pelo Plano Geral de Outorgas (Decreto nº 2.534/98) – onde a BRASIL TELECOM é a concessionária local.

Na representação, alegou a EMBRATEL que referida discriminação de preços no acesso à rede local teria se evidenciado no âmbito do Processo Licitatório nº 09/2000, realizado pela DATAPREV, e que tinha como objeto a prestação de serviços de comunicação de dados com protocolo *frame relay* (1).

Nota:

(1) Basicamente, *frame relay* é um serviço que permite o tráfego de voz e dados e velocidades de 64 Kbps a 2 Mbps. O *frame relay* envia as informações em pacotes, também conhecidos como *frames*, através da rede. Cada *frame* contém todas as informações necessárias para serem encaminhadas ao destino certo. Desse modo, cada ponto pode se comunicar com muitos destinos diferentes usando uma única linha de acesso à rede. E, ao invés de se atribuir uma largura de banda fixa, o serviço *frame relay* oferece CIR (*Committed Information Rate*), que é uma garantia de que os dados terão uma determinada largura de banda garantida se a transmissão assim exigir. Maiores informações podem ser obtidas no sítio da ANATEL – <http://www.anatel.gov.br>.

A conduta imputada à BRASIL TELECOM, ora recorrente, no citado processo administrativo seria a de abuso de posição dominante, em virtude de seu monopólio, no mercado de acesso à rede local, fato que poderia beneficiá-la, também, no mercado alvo – o de prestação de serviço de telecomunicações. Essa possível restrição vertical teria seus efeitos negativos manifestados pela elevação dos custos de rival (*price squeeze*), e poderia se subsumir às hipóteses prescritas nos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94.

A medida preventiva combatida fora aplicada em 27 de março de 2003 (fls. 19), nos seguintes termos:

“O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL (...) decidiu:

1. adotar a Medida Preventiva pleiteada pela EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A., nos autos do Processo nº 53500.002287/2001, determinando que a BRASIL TELECOM S.A. cesse imediatamente a prática de discriminação de preços no mercado de serviço de provimento de acesso local segmentado para usuários de perfil difuso, na Região II do PGO;
2. determinar que a BRASIL TELECOM S.A., até a decisão final do Processo nº 53500.002287/2001, passe a cobrar pelo acesso local, insumo para a prestação de serviços de comunicação de dados, os menores valores praticados, considerando os critérios de descontos, nas licitações das quais participou com os seus concorrentes;
3. determinar que a BRASIL TELECOM S.A. dê ampla publicidade de sua tabela de preços, especificando critérios e condições de descontos praticados, de forma a assegurar o seu conhecimento pelos usuários, prestadores concorrentes e interessados;
4. determinar que a BRASIL TELECOM S.A. encaminhe à Superintendência Executiva da Anatel todos os contratos celebrados com seus concorrentes no mercado alvo, que tenha por objeto o acesso local para prestação de serviços de comunicação de dados, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contados a partir da data de publicação da Medida Preventiva;
5. determinar que BRASIL TELECOM S.A. detalhe o preço correspondente ao acesso local em todas as propostas que apresente a terceiros para prestação de serviços de comunicação de dados, preço que esse que não poderá ser inferior àqueles cobrados de seus concorrentes no mercado alvo;
6. fixar multa diária de R\$ 106.000,00 (cento e seis mil reais), equivalente a 100.000 UFIR, em caso de descumprimento da Medida Preventiva;
7. dar seguimentos aos procedimentos legais e regulamentares aplicáveis à decisão, com rigoroso cumprimento aos trâmites processuais e prazos fixados.”

ANÁLISE

É oportuno destacar, preliminarmente, que matéria idêntica – porém envolvendo partes distintas – já foi submetida à análise deste Conselho. Tal fato se deu no julgamento do Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19(2) (requerente: EMBRATEL; requerida Telecomunicações de São Paulo - TELESP), relatado pelo então Conselheiro Cleveland Prates, que concedeu a medida pleiteada em 27 de fevereiro de 2003. Referida medida preventiva foi confirmada à unanimidade pelo Plenário do CADE em 30 de junho de 2004, por ocasião do julgamento do Recurso Voluntário nº 08700.000727/2003-62, relatado pelo então Conselheiro Fernando Marques, cujo acórdão(3) foi assim ementado:

Nota:

- (2) Medida Preventiva incidental ao Processo Administrativo nº 53500.005770/2002 (representante: EMBRATEL; representada: TELESP).
 (3) DOU 20.09.2004.

“EMENTA: Recurso Voluntário proposto pela TELESP em face da decisão de concessão parcial de Medida Preventiva, proferida pelo Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, concedendo direito à EMBRATEL de obter os mesmos preços de acesso à rede de transmissão de dados por via telefônica concedidos à Telefônica Empresas. Presença do fumus boni iuris e do periculum in mora, diante das informações e dados apresentados. Recomendação de majoração da multa por descumprimento da Decisão, em face da situação econômica da empresa e precedentes

da Anatel e do CADE. Pela manutenção.”

A partir dessas considerações, a análise de mérito será dividida em três elementos centrais, os quais reputo de extrema relevância para o presente caso: (i) a precisa delimitação do mercado relevante, passando pela análise de seus aspectos estruturais, (ii) a existência dos pressupostos autorizadores para a concessão da medida preventiva e (iii) a adequação dos termos da medida preventiva aplicada pelo regulador.

I – DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

Sob a ótica do produto/serviço, o mercado relevante em análise é um segmento bastante específico do complexo mercado de telecomunicações. Pode-se identificar o mercado de origem (upstream) como sendo o mercado de provimento de acesso à rede local (EILD), e como mercado alvo (downstream) a prestação de serviços de transmissão de dados corporativos. Nota-se que o provimento de acesso à rede local é um insumo para a prestação do serviço final, qual seja, a transmissão de dados corporativos, razão pela qual tais mercados são verticalmente integrados.

Apenas a título de esclarecimentos, conceitua-se como “Linha Dedicada” a oferta de capacidade de transmissão de sinais analógicos, telegráficos ou digitais entre dois pontos fixos, em âmbito nacional e internacional, utilizando quaisquer meios dentro de uma área de prestação de serviço. Disso decorre que “Exploração Industrial de Linha Dedicada - EILD” é modalidade de exploração industrial em que uma prestadora de serviços de telecomunicações fornece a outra prestadora destes serviços, mediante remuneração preestabelecida, linha dedicada com características técnicas definidas, para prestação, por esta última, de serviços de telecomunicações. A EILD pode ser referente à rede local ou à rede de longa distância, sendo que o caso ora em análise trata do acesso à rede local.

A principal alegação trazida pela EMBRATEL recai, portanto, sobre a discriminação de preços no mercado de origem (acesso à rede local) – e este é o objeto específico de análise –, e não sobre a prestação do serviço final (a transmissão de dados corporativos) – apesar de a conduta, evidentemente, ter reflexos diretos neste último mercado.

Por sua vez, tem-se que o mercado de acesso local pode ser segmentado em baixa velocidade (até 2 Mbps), e alta velocidade (acima de 2 Mbps). O mercado de baixa velocidade tem como característica a utilização de pares metálicos (fios de cobre), enquanto que no acesso a altas velocidades, além dos pares metálicos, podem ser utilizadas tecnologias alternativas (fibra óptica, rádio enlace, satélites, etc.). Para análise mais detalhada sobre tais especificidades, reporto-me às considerações(4) lançadas pelo ex-Conselheiro Cleveland Prates na Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19, notadamente às fls. 51/55, ratificando-as.

Nota:

(4) “Com base na argumentação das próprias empresas envolvidas, percebe-se que o mercado de acesso local pode ser dividido entre o segmento de baixa velocidade (abaixo de 2 Mbps), onde predomina a utilização de pares metálicos, e o segmento de alta velocidade (acima de 2Mbps), em que são mais empregadas as tecnologias de fibra óptica e rádio enlace. (...) [O] par metálico não dispõe de substitutos economicamente viáveis a velocidades abaixo de, pelo menos, 1 Mbps (a escala do gráfico não permite definir com precisão o limite em que a fibra óptica e o rádio enlace apresentam-se como opções). E a partir de 2 Mbps predomina a utilização de fibra óptica e rádio enlace. Pelo lado da oferta, essa segmentação do mercado upstream em baixa velocidade (par metálico) e alta velocidade (tecnologias alternativas) também se justifica, dados os elevados custos colocados às firmas quando estas consideram a possibilidade de duplicar a rede local de pares metálicos. Note-se que essa dificuldade confere à concessionária de serviços de telecomunicação já estabelecida em uma dada região uma posição no mínimo privilegiada no provimento de acesso a baixas velocidades, fato este que não ocorre na transmissão de alta velocidade (onde existem outras tecnologias alternativas). Ao contrário, quando existem clientes que demandam o transporte de um grande volume de dados, a altas velocidades (principalmente em regiões que englobam um número elevado de grandes empresas e instituições públicas), muitas vezes a construção de um acesso direto, por meio de fibra óptica ou outra tecnologia similar, é economicamente viável. De um lado tem-se o acesso a baixa velocidade (abaixo de 2 Mbps), que se utiliza praticamente de pares metálicos e atende usuários de pequeno porte (residencial), ou maiores (corporativo) que se encontram geograficamente esparsos em uma dada região (a chamada demanda difusa). Nesse mercado não há opções viáveis à rede da concessionária do serviço local. Por outro lado, situa-se o acesso a alta velocidade (acima de 2 Mbps), em que existem tecnologias alternativas (fibra óptica, rádio enlace, satélites, etc.) e visam atender a usuários que desejam alta capacidade para lidar com um elevado tráfego de informações, e que em geral estão concentrados espacialmente (o chamado mercado corporativo concentrado). Sob essa segunda circunstância, a duplicação é possível e existem concorrentes potenciais no provimento do acesso.” (grifos no original)

Geograficamente, o mercado corresponde à área abrangida pela licitação citada no Processo Administrativo nº 53500.002287/2001. Isso porque o controle da rede local pode conferir à BRASIL TELECOM, enquanto concessionária desta rede, o poder de exercer abusivamente sua posição dominante na totalidade da área que lhe foi outorgada a concessão.

Portanto, o mercado relevante em análise é o mercado de provimento de acesso à rede local a baixas velocidades (até 2 Mbps). Tal definição é de suma relevância para delimitar precisamente o escopo de incidência da medida preventiva aplicada pelo órgão regulador.

I.1 – Aspectos estruturais: posição dominante, barreiras à entrada e caracterização da infraestrutura como facilidade essencial (*essential facility doctrine*)

Analisando os estudos colacionados, as manifestações das empresas envolvidas, os pareceres técnicos referenciados, bem como seguindo a linha de raciocínio já fixada pela ANATEL e confirmada por este CADE em casos análogos, a BRASIL TELECOM ocupa posição de monopolista no mercado de acesso local a baixas velocidades, já que detém a propriedade da rede local de pares metálicos. Essa situação de monopólio decorre do fato de a empresa ser concessionária do serviço telefônico na Região II, em virtude do processo de privatização do antigo Sistema Telebrás. Essa situação lhe confere evidente posição dominante no mercado de acesso à rede local em baixa velocidade, fato este que não ocorre na transmissão de altas velocidades, tendo em vista a existência de tecnologias alternativas economicamente viáveis.

Oportuno ressaltar, nesse sentido, a manifestação da ANATEL no Informe que subsidiou a instauração do processo administrativo que originou a medida preventiva ora analisada:

“Atualmente, o serviço de acesso local é prestado pelas operadoras locais sob o controle acionário da Representada [BRASIL TELECOM]. Não verifica-se, a curto prazo, substitutos, economicamente viáveis, para o acesso local através de meios físicos terrestres. Embora o emprego de enlace via rádio ou satélite seja tecnicamente possível, tais soluções não são viáveis do ponto de vista econômico, quando comparada, em termos de custos, com o uso do acesso através de fios e cabos já instalados

Os serviços de acesso local constituem-se em insumo básico para a oferta dos serviços de comunicações de dados (o outro mercado relevante envolvido)”. (grifamos – fl. 166)

Novamente, ratifico a fundamentação trazida no já citado precedente do Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19 (EMBRATEL x TELESP), no que toca ao roteiro de análise e definição de essencialidade da infraestrutura (*essential facility*), para concluir que, também aqui, os pares metálicos e, conseqüentemente, o acesso à rede local a baixas velocidades, constituem-se em *essential facilities* incontestavelmente detidas pela BRASIL TELECOM.

Em suma, a delimitação de essencialidade da infra-estrutura parte da análise de quatro premissas básicas: a) a existência de um insumo essencial detido por um monopolista; b) viabilidade econômica na duplicação da infra-estrutura, ou a existência de meios alternativos de provimento deste insumo; c) a recusa de acesso ao insumo a um competidor no mercado alvo; e d) se o provimento desse insumo para um novo competidor comprometeria a qualidade do acesso para empresas que já têm tal acesso. A análise dessas premissas, portanto, evidenciam a essencialidade do insumo detido pela BRASIL TELECOM.

Já no tocante às barreiras à entrada, corroboro as assertivas da ANATEL, que assim se manifestou:

“No mercado relevante em análise, verifica-se a necessidade de se fazer pesados investimentos para enfrentar a concorrência da empresa que herdou toda uma estrutura já pronta da estatal. Uma nova entrante terá que fazer elevados investimentos [em] infra-estrutura de redes de telecomunicações, em ativos fixos altamente especializados para a atividade de telecomunicações, tecnologias de última geração, publicidade para fixação de marca, etc.

Verifica-se, ainda, barreiras legais no mercado relevante em questão, como as políticas, exigências e entraves regulatórias (sic) que também constituem uma expressiva barreira à entrada.

São portanto, elevadas as barreiras à entrada no mercado relevante, o que de fato o torna potencialmente suscetível às condutas anticoncorrenciais por parte de uma empresa que detenha expressivo poder de mercado .” (grifamos – Informe – fls. 166/167)

Assim, diante das particularidades técnicas do segmento analisado, da inviabilidade econômica na duplicação da rede de pares metálicos e da inexistência de concorrentes (efetivo ou potenciais) no acesso a baixas velocidades, denotam-se condições estruturais aptas a desencadear a prática de condutas anticoncorrenciais.

II – Dos pressupostos autorizadores para a concessão da medida preventiva

Em regra, dois são os pressupostos que autorizam a concessão da medida preventiva⁽⁵⁾: a existência de indício ou fundado receio de que a empresa cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação (*fumus boni iuris*) ou torne ineficaz o resultado final do processo administrativo (*periculum in mora*).

Nota:

(5) Art. 52 da Lei nº 8.884/94 e art. 49 da Resolução ANATEL nº 195, de

07.12.99.

O *fumus boni iuris*, sob a ótica do direito sancionador, em muito se assemelha ao que a doutrina processual penal reconhece por *fumus commissi delicti*, que se consubstancia, para além da plausibilidade do direito invocada, na aparência de que as condutas denunciadas no processo administrativo produzam – ou possam produzir – os efeitos anticoncorrenciais que são vedados pela Lei nº 8.884/94.

Assim, na análise preliminar inerente à medida preventiva, tem-se como configurado o fundado receio de dano ao mercado através da discriminação de preços praticada pela recorrente. Além disso, a efetiva capacidade de a recorrente discriminar preços, já que é monopolista no mercado de serviços de acesso local, aliada à semelhança entre os serviços de acesso local necessários ao atendimento das demandas tanto da DATAPREV quanto da EMBRÁTEL, e à significativa diferença entre o preço praticado pela BRASIL TELECOM na licitação DATAPREV e aquele cobrado da EMBRÁTEL são elementos suficientes para justificar a imposição da medida.

Ademais, tanto a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – norma reguladora que orienta a matéria), quanto a Lei nº 8.884/94 são categóricas ao vedar o abuso de posição dominante e a discriminação de preços, bem como determinam que o acesso aos insumos deve se dar de forma não-discriminatória (nesse sentido, ver artigos 73 e 152 da Lei nº 9.472/97 e artigos 20, IV, e 21, XII e XIII da Lei nº 8.884/94). Igual conteúdo é encontrado na Norma 30/96 da ANATEL, que disciplina a o serviço de EILD:

“Item 6 – É facultado às Entidades Fornecedoras, na forma da regulamentação em vigor, ofertarem, de forma não discriminatória, vedada a redução subjetiva de tarifas, valores inferiores àqueles efetivamente praticados, com base em critérios preestabelecidos e condições objetivas para a sua aplicação”. (destacamos)

Acrescente-se, ainda, que a Resolução CADE nº 20/99, também inclui a discriminação de preços no rol das práticas restritivas verticais, o que demanda extremo cuidado das autoridades na análise da conduta.

Assim, o argumento de que a discriminação de preços praticada seria pautada em critérios objetivos não me parece razoável. Descontos por volume, prazo de contratação ou em virtude da topologia de rede não justificam, a priori, a discriminação de preços realizada, até porque o impacto final de tal discriminação pode ser muito maior do que eventual eficiência positiva que justificaria o desconto – sendo que tal eficiência positiva não foi demonstrada. Com relação aos dois primeiros aspectos ditos objetivos pela recorrente (descontos por volume e por prazo de contratação), é importante destacar que a recente Consulta Pública da ANATEL nº 548, de 13.07.2004, que objetiva regulamentar o mercado de EILD, sinaliza no sentido de que tais critérios de desconto são expressamente vedados (6). Ademais, é impossível aferir, de forma categórica, em sede de recurso voluntário, a validade ou não dos critérios alegadamente praticados pela recorrente.

Nota:

(6) Ver artigo 7º, § 3º da referida Consulta Pública, *in*
[http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?](http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C590&Tipo=1&Opcao=realizadas)
[CodProcesso=C590&Tipo=1&Opcao=realizadas.](http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C590&Tipo=1&Opcao=realizadas)

Curioso notar também que a BRASIL TELECOM, instada a apresentar informações atualizadas sobre o processo administrativo originário, sequer fez qualquer menção a um possível “compromisso de cessação de prática” que, segundo informações obtidas junto à Gerência de Concorrência da ANATEL, já estaria em fase avançada de negociação. Tal postura manifestada pela recorrente apenas reforça a necessidade de um provimento ativo por parte das autoridades, tanto antitruste como regulatória, de modo a minimizar qualquer impacto nefasto ao mercado em análise, enquanto a matéria não for definitivamente solucionada perante o órgão regulador.

Por sua vez, o *periculum in mora* evidencia-se ante a potencialidade da conduta em gerar danos irreparáveis à concorrência no mercado de serviços de comunicação de dados. Daí porque a preocupação da autoridade reguladora recaiu, corretamente, sobre a possibilidade da conduta discriminatória se transformar em regra, e não em exceção, no relacionamento entre a recorrente, detentora do acesso à rede local a baixa velocidade, e suas concorrentes, potenciais ou efetivas, no mercado alvo. Novamente, trago à colação o precedente deste Tribunal no caso EMBRÁTEL x TELESP, perfeitamente adequado ao caso concreto:

“No caso em análise, caso a medida preventiva não seja concedida, garante-se a continuidade de uma possível prática de discriminação de preços em detrimento dos rivais no provimento de serviços de comunicação de dados (mercado alvo).

(...)

O perigo da demora também se manifesta no risco de a possível existência de prática discriminatória resultar em efeitos duradouros sobre o ambiente concorrencial, dado o caráter de médio/longo prazo dos contratos que regem a prestação de serviços de comunicação de dados. O segmento de mercado corporativo rege-se por vínculos entre fornecedoras de tecnologias e as empresas demandantes que podem durar muitos anos, envolvendo valores contratuais consideráveis. Por essa razão, uma eventual prática anticompetitiva pode estar determinando os resultados de vários processos licitatórios nos setores privados e públicos, o que, ao extremo, pode determinar artificialmente a configuração da indústria nos próximos anos.

No extremo, o monopólio que a incumbente detém no mercado de origem pode ser estendido também ao mercado alvo, como produto de um processo contínuo em que a discriminação de preços eliminaria possíveis vantagens de custo de concorrentes e terminaria por determinar o resultado de várias licitações de longo prazo. Em síntese, ter-se-ia configurado o cenário previsto na literatura econômica sobre o assunto”.

Diante de tais aspectos, irrepreensível a análise feita pela ANATEL quanto à existência dos requisitos legais autorizadoras da concessão de medida preventiva, os quais foram rigorosamente fundamentados.

III – A ADEQUAÇÃO DOS TERMOS DA MEDIDA PREVENTIVA

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que, devido às delicadas interfaces e complementaridade existentes entre regulação e defesa da concorrência, a revisão, pelo CADE, da decisão tomada pelo regulador tem escopo bastante limitado, ainda mais quando se trata de revisão em sede de recurso voluntário – oportunidade em que não se está a discutir a existência de infração da ordem econômica, mas, apenas e tão-somente, a existência de requisitos bastante específicos para a concessão da tutela preventiva e a adequação dos termos da medida imposta, como necessária a minimizar impactos anticoncorrenciais no mercado. A análise da ilicitude ou não da conduta, como sabido, é objeto específico do processo administrativo originário.

Diante destes aspectos, conclui-se que todos os itens da medida preventiva devem ser analisados em seu conjunto, e sua manutenção somente tem sentido se tomada em sua integralidade.

Como se torna evidente, todos os itens da medida preventiva reportam-se, unicamente, aos contratos e preços praticados pela recorrente no mercado de serviços de provimento de acesso local a baixas velocidades, e não àqueles que se verifiquem no mercado de comunicação de dados. Não há que se falar, portanto, em frustração da capacidade de participação da representada em licitações públicas, pois: i) no mercado de acesso local, não há, sequer, licitações, vez que a recorrente é monopolista em sua região de concessão, e ii) no mercado de comunicação de dados, sua capacidade de competir em licitações públicas não se vê, de forma alguma, diminuída pela simples divulgação dos preços do acesso local.

A medida adotada pela ANATEL é, portanto, irrepreensível. A não-divulgação das informações concernentes ao preço do acesso local faz com que a BRASIL TELECOM possa se valer de sua prerrogativa de concessionária de serviço público para obter vantagens no oferecimento de descontos em serviços de natureza privada, desvirtuando a função pública de que foi investida e abusando do monopólio de que é titular.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, concluo no sentido de conhecer o recurso voluntário interposto para, no mérito, negar-lhe provimento, com a finalidade de manter, em sua integralidade, a medida preventiva aplicada pela ANATEL.

Reforço o argumento de que a validade da referida medida preventiva somente se justifica se mantida em todos os seus termos, uma vez que ali se encontram delimitados os pressupostos objetivos para o cumprimento da decisão por parte da BRASIL TELECOM. Apenas faço ressalva com relação cumprimento do item 3, pois, caso haja provimento judicial especificamente referente à suspensão deste dispositivo, falece ao CADE competência para torná-lo novamente válido.

Determino, com vistas a reduzir a assimetria de informações entre as autoridades públicas co-responsáveis pela análise de infrações à ordem econômica, sejam requisitadas à ANATEL informações acerca do cumprimento do item 4 da medida preventiva, vez que reputo sua análise como de extrema importância não apenas para garantir o acesso da EMBRATEL à rede local, mas, também, como forma de garantir que todos os demais consumidores – potenciais ou efetivos – deste insumo tenham asseguradas condições isonômicas a seu acesso.

Determino, por fim, o envio de cópia da presente decisão tanto à Gerência de Concorrência da ANATEL, tendo em vista a existência do Processo Administrativo nº 53500.002287/2001, como ao juízo da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em razão do Mandado de Segurança nº 2003.34.00.010778-9.

É como voto.

Brasília, 08 de dezembro de 2004.

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Conselheiro