

PROCESSO ADMINISTRATIVO**Nº 53500.001824/2002**

Representante: EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. – EMBRATEL S.A. – E INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA. – INTELIG.

Advogados: JOSÉ DEL CHIARO FERREIRA DA ROSA, MARIO ANTONIO FRANCISCO DI PIERO, FERNANDA PIRES ABREX E OUTROS.

Representada: BRASIL TELECOM PARTICIPAÇÕES S.A. – BRASIL TELECOM .

Advogados: JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI, CUSTÓDIO DA PIEDADE U. MIRANDA, PEDRO LUIZ BARBOSA E OUTROS.

Relator: CONSELHEIRO ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER.

Data de publicação do Acórdão: 18.11.2005.

EMENTA

Processo administrativo. Denúncia de prática de aumento artificial dos custos das concorrentes por parte da Representada, por meio da detenção de insumo essencial, subsídio cruzado e discriminação de preço. Mercado Relevante do Produto: Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional (STFC-LDN) e Mercado de Interconexão. Mercado Relevante Geográfico: Região III do Plano Geral de Outorgas. Competência do CADE para investigar infrações contra a ordem econômica em setores regulados. Ausência de provas da ocorrência investigada. Conduta anticoncorrencial não caracterizada. Decisão pelo arquivamento.

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, pelo arquivamento do presente Processo Administrativo, nos termos do voto do Conselheiro Relator. Julgamento conjunto dos Processos Administrativos nºs 53500.001821/2002, 53500.001823/2002 e 53500.001824/2002. Manifestou-se a Procuradoria-Geral. Feita sustentação oral pelo patrono da Representante Embratel. Feita sustentação oral pelo patrono da Representada Brasil Telecom. Impedido o Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Presente o Procurador-Geral Substituto Mauro César Santiago Chaves.

Brasília/DF, 14 de setembro de 2005 (data do julgamento – 356ª SO).

ROBERTO AUGUSTO C. PFEIFFER

Conselheiro Relator

ELIZABETH M. MERCIER QUERIDO FARINA

Presidente

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR
ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

I – DA REPRESENTAÇÃO E INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Os presentes processos administrativos tiveram origem em representações protocolizadas na Anatel, em 15 de abril de 2002, pela Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (Embratel) e Intelig Telecomunicações Ltda. (Intelig) contra as empresas Brasil Telecom, Telesp e Telemar. A prática denunciada é a de *price squeeze*, ou aumento artificial dos custos de rivais, que seria materializada por meio de subsídio cruzado ou discriminação de preço. As Representantes ainda fizeram pedidos de medidas preventivas contra cada uma das Representadas.

De acordo com o art. 13 da Norma nº 7/1999-Anatel, as representações foram encaminhadas à Superintendência de Serviços Públicos da Anatel (SPB), a qual analisou as representações mencionadas acima e, por meio de um informe de 25 de abril de 2002, recomendou a instauração de processos administrativos para apurar as condutas relatadas em cada uma das representações. Assim, em 26 de abril de 2002, o Superintendente Executivo da Anatel, seguindo a sugestão da SPB, determinou a instauração dos três processos administrativos em questão.

Depois de analisados os presentes processos, a Anatel determinou o arquivamento destes e, por meio do Ofício nº 199/2003/PVCPC/PVCP/SPV – ANATEL (fls. 805), remeteu os autos ao CADE para o recurso de ofício, de acordo com o art. 39 da Lei nº 8.884/1994 e com o art. 46 da Norma nº 7/1999-Anatel.

II – DA CONEXÃO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Conforme mencionado, os presentes processos administrativos foram instaurados em virtude de representações ofertadas pelas empresas Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – e Intelig Telecomunicações Ltda., e versam da análise das mesmas condutas, quais sejam, *price squeeze*, ou aumento artificial dos custos de rivais, subsídio cruzado e discriminação de preços. Portanto, subsiste entre estes a conexão, nos termos do art. 103 do CPC(1) c/c o art. 83 da Lei nº 8.884/1994.(2)

Nota:

(1) Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

(2) Art. 83. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta lei as disposições do Código de Processo Civil e das Leis nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Desta maneira, em atenção ao princípio da economia processual, procedo o julgamento em conjunto dos processos em tela, nos termos do art. 105 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

“Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.”

III – DAS EMPRESAS APTAS A OPERAR NO STFC-LDN

Para um melhor entendimento do mercado relevante e da análise dos processos, é preciso, primeiramente, descrever as mudanças ocorridas no setor de telecomunicações nos últimos anos.

Até 1997, os sistemas de telefonia fixa local e de longa distância nacional eram controlados pela empresa estatal Telebrás. Esta empresa também controlava a Embratel, responsável pela telefonia fixa de longa distância internacional.

Com a Lei Geral de Telecomunicações, de 1997, a exploração do serviço telefônico fixo comutado (STFC) foi concedido à iniciativa privada. Mediante o Decreto 2.534, de 2 de abril de 1998, foi criado o Plano Geral de Outorgas, que dividiu o território brasileiro em áreas a serem delegadas a diferentes empresas. O Sistema Telebrás foi dividido em treze empresas: uma de longa distância, três de telefonia local e nove empresas de telefonia móvel. Portanto, em 1998, cada região do PGO foi concedida a uma empresa sob regime público de exploração. As concessionárias herdaram toda a infra-estrutura que era da Telebrás e, para cada uma delas, havia metas de universalização.(3)

Nota:

(3) As metas de universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado foram aprovadas pelo Decreto nº 2.592, de 15 de maio de 1998, e visam disponibilizar o acesso à telefonia fixa para toda a população e em locais onde esse serviço é de extrema importância, como estabelecimentos de ensino escolar e instituições de saúde. O decreto supramencionado estabelece metas gerais, enquanto os contratos de concessão detalham as metas para cada concessionária.

Em 1999, ocorreram licitações para a entrada, por autorização, das empresas “espelho” em cada uma das áreas definidas pela PGO, em regime privado de exploração. Essas empresas concorreram com as incumbentes, formando um sistema de duopólio no setor de telefonia fixa local em cada região. No setor de telefonia fixa de longa distância, atuavam a Embratel e, posteriormente, a empresa espelho Intelig.

Nos casos em análise, as três Representadas e a Embratel são concessionárias de regiões do PGO: Telemar na Região I (estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima); Brasil Telecom na Região II (Distrito Federal e estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre); Telesp na Região III (estado de São Paulo); e, por fim, a Embratel, concessionária da Região IV, que abrange todo o território nacional.

Além da área geográfica em que cada empresa estava autorizada a atuar, cada outorga determinava ainda qual serviço a concessionária poderia prestar. São quatro as modalidades de serviço de STFC: local (em uma mesma cidade), longa distância intra-regional (entre cidades de uma mesma região), longa distância inter-regional (entre locais de regiões diferentes) e internacional.

Inicialmente, as Representadas prestavam apenas serviços locais, ficando os serviços de longa distância e internacional a cargo da Embratel e, posteriormente, da Intelig. A partir de 1999, as empresas incumbentes foram permitidas a realizar ligações de longa distância dentro de suas respectivas áreas de outorga. Já em 2002, as incumbentes que anteciparam o cumprimento das metas de universalização (previstas no PGO até 31.12.2003) foram autorizadas a atuar em outras áreas e

oferecer serviços em todos os segmentos, menos o de TV a cabo. Finalmente, a partir de 2003, todas as concessionárias puderam, então, atuar em todo o território nacional. Portanto, as concessionárias locais passaram a concorrer entre si e com as operadoras de longa distância (Embratel e Intelig) nos mercados de STFC-LDN.

IV – DA CONDUTA

A conduta ora analisada diz respeito à tarifa de interconexão paga às Representadas pelas Representantes. Tal tarifa decorre do fato de a Embratel e a Intelig apenas possuírem redes de longa distância, precisando, assim, utilizar as redes das concessionárias locais, no caso pertencente às Representadas, para completar chamadas de longa distância. Por exemplo, para que a Embratel complete uma ligação de Florianópolis para a cidade do Rio de Janeiro, é preciso que ela use a rede local da Brasil Telecom em Santa Catarina, onde originou a chamada, e a rede local da Telemar no Rio de Janeiro, o destino da chamada. Tal serviço é chamado de interconexão.

A Anatel, no intuito de evitar condutas anticompetitivas, determinou, por meio da Resolução nº 40/1998, que cada concessionária é obrigada a disponibilizar a sua rede para suas concorrentes. Essa Agência ainda estabeleceu um valor máximo a ser cobrado pela interconexão, o qual foi estabelecido em cada Contrato de Concessão.

Tal tarifa de interconexão, chamada de TU-RL (Tarifa de Uso de Rede Local), foi instituída em 1994 pelo Ministério das Comunicações, por meio da Portaria nº 672. Até a privatização da Telebrás, porém, a receita dessas tarifas era repartida entre a operadora local que originava a chamada e a Embratel, que realizava a ligação interurbana. Depois da Lei Geral de Telecomunicações foi preciso estabelecer novo critério para fixar tarifas de interconexão. Contudo, por causa da dificuldade em determinar valores máximos com base nos custos, foi estabelecido um período de transição, de 1998 a 2005, para a adequação das novas práticas. Assim, as tarifas anteriormente aprovadas pelo Ministério das Comunicações (que não eram baseadas nos custos, mas visavam manter o equilíbrio econômico-financeiro do setor) tornaram-se o referencial para a remuneração das redes fixas neste período de transição. Foram estabelecidas também reduções anuais dos valores das tarifas com base em um fator de produtividade.

Informam as Representantes que as Representadas praticam exatamente os valores máximos da TU-RL estabelecidos pela Anatel. Tais valores, segundo a Embratel e a Intelig, seriam abusivos, visto que são muito superiores aos custos realmente incorridos pelas Representadas. Assim, as Representantes alegam que as Representadas estariam buscando estender a sua posição dominante nos mercados de telefonia fixa de longa distância, por meio da prática de *price squeeze*, ou o aumentando artificialmente dos custos de suas concorrentes. Essa conduta se materializava por meio de dois procedimentos alternativos: (i) as operadoras de longa distância das Representadas estariam pagando um valor menor do que as Representantes, o que configuraria discriminação de preço; ou (ii) as operadoras de longa distância das Representadas estariam pagando o mesmo valor que as Representantes, mas os prejuízos incorridos pelo serviço de longa distância seriam compensados com a receita proveniente da TU-RL, configurando, assim, subsídio cruzado.(4)

Nota:

(4) Fls. 5 do Processo Administrativo nº 53500.001821/2002, fls. 4 do Processo Administrativo nº 53500.001823/2002 e fls. 5 do Processo Administrativo nº 53500.001824/2002.

V – DO MERCADO RELEVANTE

Quanto ao mercado relevante, existem duas dimensões de produto que devem ser consideradas. Primeiramente, há o mercado de STFC de longa distância nacional (LDN), que é o mercado que seria efetivamente afetado pelas condutas analisadas. Nesse mercado, as empresas Representantes e as Representadas são concorrentes, oferecendo o serviço de chamadas de longa distância. Por meio das condutas denunciadas as Representadas estariam tentando, em última análise, excluir as Representantes deste mercado.

A segunda dimensão do produto é o mercado de interconexão à rede local, no qual as Representadas ofertam a interconexão à sua rede e as Representantes demandam tal serviço. No mercado de interconexão, a Brasil Telecom, a Telemar e a Telefônica, em suas respectivas regiões de concessão, são as únicas empresas que possuem uma rede local e, portanto, são as únicas capazes de oferecer tal serviço. A suposta conduta seria praticada neste mercado, porém com o propósito de afetar o mercado de STFC-LDN.

Em relação aos mercados geográficos, estes devem ser delimitados de acordo com a área de atuação de cada empresa, onde ela estaria praticando a suposta conduta. Conforme a Resolução CADE nº 18/1998:

“Um mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos por firmas situadas fora dessa área.”

Como já mencionado, em cada região do Plano Geral de Outorgas apenas uma empresa dispõe de uma rede local e, conseqüentemente, uma só empresa oferece a interconexão em cada uma das regiões do PGO. Mesmo as empresas espelho, concorrentes das concessionárias, não possuem redes locais e também necessitam utilizar os serviços de interconexão daquelas empresas. Assim, apenas as concessionárias dispõem de redes locais e oferecem o serviço de interconexão em suas respectivas áreas de outorga. Como o mercado onde se dá a suposta conduta é o mercado de interconexão, o mercado geográfico deve ser delimitado de acordo com a área onde as Representadas de fato oferecem esse

serviço.

Portanto, os mercados geográficos correspondem à respectiva região da PGO de cada empresa. Assim, os mercados geográficos correspondem à Região I no Processo Administrativo nº 53500.001823/2002, à Região II no Processo Administrativo nº 53500.001824/2002 e à Região III no Processo Administrativo nº 53500.001821/2002. Os mercados geográficos são assim definidos porque correspondem às redes locais de cada Representada, onde a interconexão é oferecida e demandada.

É necessário ressaltar que no mercado de telecomunicações há, de fato, a possibilidade de exercício de poder de mercado pelas empresas incumbentes. Isso por causa da maneira como o mercado foi privatizado.(5) Pelo modelo de concessão, as concessionárias já nasceram verticalmente integradas, pois detém as redes locais e, ao mesmo tempo, oferecem serviços de telefonia fixa. Além disso, nos mercados relacionados às redes locais, as empresas incumbentes são detentoras de monopólio natural, já que estas dificilmente podem ser duplicadas. Assim, faz-se necessária a atuação da ANATEL nesses mercados, para limitar as ações das empresas e, portanto, preservar a concorrência. Ademais, imprescindível a atuação do CADE para, por meio da repressão a condutas anticompetitivas e da análise de atos de concentração, zelar pelo ambiente de adequada concorrência.

Nota:

(5) Ato de Concentração nº 53500.002126/1998 (Telesp e Telebrasil).

VI – DA COMPETÊNCIA DO CADE PARA A APRECIÇÃO DE CASOS EM SETORES REGULADOS

As Representadas aduzem que o CADE seria incompetente para a análise dos pedidos formulados pelas Representantes, visto tratar-se de setor regulado. Assim, as decisões tomadas neste âmbito seriam de competência exclusiva do órgão regulador do setor, *in casu*, da ANATEL. Eis os dizeres da TELESP:(6)

Nota:

(6) Defesa da Telesp, fls. 240/274 dos autos do PA 53500.001821/2002.

“Com efeito, o CADE não possui competência para: (i) determinar a aplicação da fórmula proposta pelas Representantes para o STFC; (ii) determinar que a tarifa cobrada pela Representada pelo uso de sua rede local não seja superior àquele nível que propiciaria, à própria Representada, rentabilidade positiva; e (iii) decidir sobre a expedição ou não de novas licenças para a prestação de STFC.

Essas são decisões do âmbito exclusivo do órgão regulador do setor, qual seja, esta R. Agência.”

A TELESP afirmou, ainda, que ao CADE caberia tão-somente apurar condutas relativas a prestadores de serviços de telecomunicações e apreciar, preventivamente, as modificações estruturais nos mercados relevantes aplicáveis, não lhe tocando avançar em questões específicas da competência da ANATEL, particularmente no que concerne à concessão, suspensão de licenças e autorizações, que encontrariam respaldo na legislação de telecomunicações.

A Brasil Telecom,(7) por sua vez, afirmou que ao praticar as condutas a ela imputadas estaria apenas seguindo as normas impostas pela ANATEL, afirmando que as Representantes estariam questionando a legislação vigente, tentando mudar o próprio marco regulatório.

Nota:

(7) Manifestação da Brasil Telecom, fls. 1866/1869 dos autos do PA nº 53500.001824/2002.

As considerações quanto à ausência de atribuição do CADE para analisar condutas anticoncorrenciais em setores regulados devem ser analisadas com cuidado. A ação do órgão regulador não exclui a atuação do CADE em investigar práticas anticompetitivas em setores regulados.

Vale, aqui, mencionar o entendimento esposado pelo ex-Conselheiro Ronaldo Porto, nos autos da Medida Preventiva nº 08700.001496/2002, referente ao presente processo, *in verbis* :

“A lei que criou a ANATEL em momento algum revogou expressamente a competência dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para atuarem no setor de telecomunicações. Não houve delegação ou avocação. Antes o contrário, a norma contida no art. 19, XIX, da Lei nº 9.472/1997 é clara ao estabelecer que:

‘Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o

desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

XIX – exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. (grifos)

É de se observar que a ressalva feita ao CADE indica que não existe competência da ANATEL para o exercício das funções judicantes próprias do CADE. A lei apenas cometeu à ANATEL competências para o exercício das atividades instrutórias e de fiscalização. Ao fazê-lo, diga-se de passagem, não estabeleceu sequer se sua competência seria privativa ou exclusiva.”

Portanto, as competências do CADE e da ANATEL são complementares, visando garantir um ambiente concorrencial saudável, cada qual no limite das atribuições estabelecidas por lei, senão vejamos o que dispõe a Lei Geral de Telecomunicações (LGT):

“Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta lei.

(...)

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.”

E, ainda, o art. 19 da mesma lei acrescenta:

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

XIX – exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.” (grifos)

Observa-se que em nenhum momento a lei que regulou o setor de Telecomunicações excluiu ou delegou competências do CADE, ao contrário, determinou parâmetros para a atuação da ANATEL, respeitando integralmente a competência deste Conselho no que tange à defesa da concorrência.

Ademais, conforme bem apontado pelo Conselheiro Miguel Tebar Barrionuervo,(8) o art. 3º da Norma nº 7/1999 da ANATEL, anexo à Resolução nº 195/1999, demonstraria claramente a delimitação legal acerca da competência do órgão regulador, evidenciando-se a especificidade das atribuições da ANATEL no que tange, por exemplo, às concessões, matéria precipuamente regulatória. Nestes casos, a competência pertenceria manifestamente ao órgão regulador, pois em nada atinge à defesa da concorrência, e, por este mesmo motivo, o recurso ao CADE não é admitido. Porém, quando se tratar de infrações à ordem econômica, este direito é garantido às partes, conforme preceitua o já citado art. 19 da LGT. Eis o teor do art. 3º da Norma nº 7/1999:

Nota:

(8) Novo pedido para a adoção de medida preventiva requerido pela EMBRATEL, nos autos da Medida Preventiva nº 08700.001496/2002.

“Art. 3º As condutas, atos ou contratos que implicarem descumprimento de legislação ou regulamentação específica do setor de telecomunicações, de contrato de concessão, de termo de permissão ou de ato ou termo de autorização, serão julgadas pela Anatel que aplicará as sanções correspondentes, não cabendo das suas decisões recurso ao CADE, segundo estabelecido pelo inciso XXV do art. 19 da Lei nº 9.472/1997.”

A atuação do CADE somente poderia ser afastada quando o órgão regulador esgotasse totalmente o controle concorrencial das condutas dos administrados a ela submetidos, conforme já me pronunciei nos autos da Medida Preventiva nº 08700.001639/2003-88 (Requerente: Telecomunicações de São Paulo S.A. – Telesp – e Requerida: Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel).

Analisando a questão de relacionamento institucional entre órgãos autônomos, Calixto Salomão(9) ensina que:

Nota:

(9) SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 148.

“Conseqüentemente, os atos fiscalizatórios ou normativos de agências (autarquias) não podem ser objeto de discussão nos órgãos concorrenciais. Isso não significa que os atos dos particulares submetidos às agências regulatórias não possam ser objeto de análise. Podem e devem ser revistos pelos órgãos de defesa da concorrência, na medida em que o controle concorrencial não tenha sido extenso ou profundo o suficiente.”

No entanto, no caso em análise, pode-se afirmar que a própria LGT cuidou de esclarecer que, no caso das telecomunicações, o órgão regulador – a ANATEL – não esgotou o controle de condutas concorrenciais, ao dispor, expressamente, em seu art. 19, XIX, que não se exclui da competência do CADE as hipóteses de infração da ordem econômica.

Essa atuação do CADE é adstrita aos aspectos concorrenciais, não lhe sendo autorizado a intervir na regulamentação do setor envolvido, no caso o de telecomunicações, que toca à ANATEL. No entanto, não se pode afastar a competência do CADE, conforme se denota das normas acima transcritas, da análise se dentro do campo regulamentado pela ANATEL as Representadas vêm implementando alguma conduta anticoncorrencial. E é exatamente o que se pretende no caso em tela.

Cuida-se aqui da investigação se, nos exatos limites da regulamentação implementada pela ANATEL, as condutas imputadas às Representadas são atentatórias à ordem econômica. Assim, não se alegue que, pela simples existência de normas expedidas pelo órgão regulador, não poderiam as Representadas estarem infringindo a ordem econômica. Mesmo em setores regulados, o CADE deve sim atuar na defesa da concorrência.

No caso concreto entendo, por exemplo, que seria vedado ao CADE determinar a substituição da norma reguladora por outras. Poderia, sim, sugerir a adoção de padrão mais concorrencial, mas não ele próprio editar uma norma reguladora em substituição àquela com a qual não concordasse.

Por outro lado, poderia sim punir os agentes regulados caso estes, a pretexto de cumprimento da norma reguladora, cometerem atos de abuso de posição dominante ou outra conduta anticoncorrencial. Porém, o simples cumprimento da norma reguladora, sem qualquer configuração de deturpação ou abusividade, não teria o condão de configurar infração contra a ordem econômica. Sendo ainda mais claro e aderente ao caso concreto: caso evidenciado que, ao executar os comandos da Resolução nº 33/1998 da ANATEL, as representadas efetivaram subsídio cruzado ou discriminação de preços, resta óbvio devam ser condenadas por infração contra a ordem econômica, não lhes sendo lícito utilizar a existência de norma regulatória como “escudo”. No entanto, ausentes as figuras do subsídio cruzado ou da discriminação de preços ou outro artifício para efetivar o aumento do custo dos rivais, o simples fato de cobrar o preço máximo autorizado pela Resolução nº 33/1998 da ANATEL, não pode configurar, *per se*, infração à lei de proteção à concorrência.

Assim, o foco da presente análise será justamente averiguar se ocorreram as infrações acima citadas.

VII – DA ANÁLISE DO PROCESSO

VII.1 – Da Conduta de Subsídio Cruzado

No que se refere às condutas de discriminação de preços e subsídio cruzado, a Seae afirmou que não é possível avaliar os dados contábeis apresentados pelas Representadas, tendo em vista que estes não foram devidamente auditados. Tal afirmação também foi defendida no parecer da Trevisan Auditores Independentes, empresa contratada pela Representante.

Já a Anatel, em relação à conduta de subsídio cruzado, concluiu que o STFC-LDN de todas as Representadas é rentável e, por isso, não há como ocorrer subsídio cruzado envolvendo esse mercado. Para chegar a esta conclusão, a Anatel analisou as afirmações das Representantes de que as Representadas estariam incorrendo em prejuízo na prestação de STFC-LDN intra-regional e subsidiando-o predatoriamente com o elevado lucro que vinham obtendo no STFC-Local.

Inicialmente, aquela Agência analisou a estrutura do setor de telecomunicações, chegando à conclusão que este já nascera verticalmente integrado, resultante do processo de privatização, a partir de 1998. No entanto, o legislador, já antevendo que este modelo estrutural poderia vir a resultar em possível abuso de poder econômico por parte da operadora local, devido ao seu monopólio da rede local e com o fito de favorecer seus negócios de longa distância, o modelo regulatório brasileiro adotou a “salvaguarda contábil” com regras para contabilização da TU-RL, em que o operador monopolista da rede local é obrigado a manter escriturações contábeis distintas para os serviços monopolísticos e competitivos.

No que cuida às normas reguladoras desse instituto (salvaguarda contábil), a exposição de Motivos do Projeto de Lei Geral das Telecomunicações Brasileiras, elaborada pelo Ministério das Comunicações, assevera que:

“É conveniente examinar o que seria, de fato, essa regulação diferenciada entre operadores antigos e operadores novos. Como visto, a consideração fundamental é que desde a aprovação da nova lei até um certo tempo após a outorga das primeiras novas licenças, os atuais operadores gozarão de um monopólio de fato, e mesmo depois que os novos operadores começarem a atuar, eles serão dominantes durante algum tempo, até que se atinja uma situação de mercado efetivamente competitivo. Como contrapartida, portanto, eles estarão sujeitos a uma regulamentação que objetiva reduzir o poder que detêm sobre o mercado, obrigando-os a atender requisitos de investimento, especialmente de caráter social. Essas obrigações, que serão removidas quando houver competição efetiva, seriam as seguintes:

(...)

f) separação contábil: os operadores deverão manter separação contábil para aqueles serviços prestados em regime de competição, de maneira a tornar seus custos transparentes para o órgão regulador, que assim poderá, com maior facilidade, averiguar a eventual existência de subsídios cruzados ou prática de dumping.

Denota-se, portanto, que desde a elaboração da LGT já havia a preocupação de coibir eventuais exercícios de abuso de mercado e condutas anticoncorrenciais como subsídios cruzados e práticas discriminatórias por parte das empresas locais verticalmente integradas.

De fato, a Lei nº 9.472/1997, a Lei Geral de Telecomunicações, expressamente dispôs:

“Art. 96. A concessionária deverá:

I – prestar informações de natureza técnica, operacional, econômico-financeira e contábil, ou outras pertinentes que a Agência solicitar;

II – manter registros contábeis separados por serviço, caso explore mais de uma modalidade de serviço de telecomunicações.”

Com relação às regras para contabilização da TU-RL, a Resolução nº 33, de 13 de julho de 1998, que aprovou o

Regulamento de remuneração pelo Uso de Redes das Prestadoras do STFC, estabelece:

“Art. 5º As prestadoras deverão contabilizar separadamente os valores correspondentes às diversas Tarifas de Uso e recebidas por Prestadoras de Serviço de Telecomunicações de Interesse Coletivo.”

Há ainda o Plano de Contas Padrão para Serviços Públicos de Telecomunicações, aprovado pela Portaria nº 71, de 26 de fevereiro de 1985, do Ministério das Comunicações, alterado pela Resolução nº 102/1999, que uniformizou os critérios, procedimentos e rubricas de apropriação contábil das empresas, de utilização obrigatória por todas as entidades prestadoras de serviços públicos de telecomunicações, assim dispondo:

“AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES
ANEXO À RESOLUÇÃO Nº 102, DE 24 DE FEVEREIRO DE 1999
ANEXO I
RECEITAS
MÓDULO PRINCIPAL

1. Incluir no elenco de registros contábeis das receitas dos serviços, no Módulo Principal da Receita do Plano de Contas Padrão, as contas abaixo relacionadas

(...)

CONTA 411.11.710

TÍTULO Tarifa de Uso RL – TU-RL

FUNÇÃO Representa a receita proveniente de tarifa de uso pela utilização da rede local da prestadora. Os registros serão efetuados nas seguintes contas:

411.11.711 – TU-RL – Mesma Empresa

411.11.712 – TU-RL – Empresas Associadas

411.11.713 – TU-RL – Outras Empresas

Observação: A conta 411.11.711 – TU-RL – Mesma Empresa será utilizada pela prestadora local para registro da TU-RL decorrente da chamada de longa distância nacional cursada no âmbito da rede da própria prestadora. O registro nesta conta deverá ser efetuado em contrapartida da conta retificadora 411.11.791 – TU-RL.

Exemplos:

a) utilização da rede local na realização da chamada de longa distância nacional dentro de sua área de concessão.

DÉBITO: 411.11.791 – CRÉDITO: 411.11.711

b) utilização da rede local na realização da chamada de longa distância nacional quando o devedor da TU-RL for prestadora coligada/associada.

DÉBITO: 112.11.11X – CRÉDITO: 411.11.712

c) utilização da rede local na realização da chamada de longa distância nacional quando o devedor da TU-RL for prestadora não coligada/associada.

DÉBITO: 112.11.11X – CRÉDITO: 411.11.713.”

Diante de todas as normas acima transcritas, verifica-se que a regulamentação para o setor de telecomunicações brasileiro exige das Representadas separação contábil com regras para contabilização da TU-RL, com a finalidade de proteger o mercado de eventuais práticas anticoncorrenciais.

De acordo com tal legislação, a Anatel passou a proceder à análise dos demonstrativos contábeis dos resultados das Representadas separadamente por serviços, para verificar se elas estariam praticando subsídios cruzados.

A Anatel ainda afastou a alegação da Embratel de que haveria a possibilidade de “maquiagem” nas informações que foram prestadas pelas Representadas, indicando que apresentara em sua representação dados elaborados por consultoria que chegara a resultados diversos daqueles elaborados.

As Representantes apresentaram gráfico do Resultado do Serviço de LDN das Representadas que demonstrariam a “inviabilidade da prestação desse serviço por parte da operadora em questão e, por conseguinte, de qualquer outra operadora que ofereça o serviço de longa distância nacional” nas suas respectivas regiões de atuação, caso efetivamente incorressem em uma TU-RL equivalente às que as Representantes pagam.

Quanto a este aspecto, a Anatel destacou que realizou a avaliação do desempenho do Serviço de LDN das Representadas para verificar a ocorrência ou não das práticas denunciadas pelas Representantes. Ao final, verificou que os dados então utilizados na apuração de lucros/prejuízos na prestação do serviço Longa Distância das Representadas encontram-se em conformidade com os parâmetros definidos pelo “Plano de Contas Padrão para Serviços Públicos de Telecomunicações”, aprovado pela Portaria nº 71, de 26 de fevereiro de 1985, do Ministério das Comunicações, alterado pela Resolução nº 102/1999. Ressaltou, ainda, a importância do referido plano, destacando que:

“(…) a finalidade do Plano em atender as necessidades de informações externas à sociedade, as necessidades de informações de ordem interna (gerenciais) principalmente quanto aos modelos de avaliação de desempenho econômico-financeiro, em que se visa o controle, por parte da Agência de receitas e despesas, de produtividade, de custos por serviços e de avaliação da eficiência da planta.”(10)

Nota:

(10) Informe nº 33 da Anatel, de 06.05.2003, fls. 713 do Processo Administrativo nº 53500.001821/2002.

Informe nº 34 da Anatel, de 06.05.2003, fls. 709 do Processo Administrativo nº 53500.001823/2002.

Informe nº 35 da Anatel, de 06.05.2003, fls. 732 do Processo Administrativo nº 53500.001824/2002.

Após, aquela Agência apresentou suas fundamentações que levaram à conclusão de que, de acordo com a avaliação do desempenho do Serviço LDN das Representadas, não se verificou a existência das práticas aventadas na representação.

Inicialmente, ressaltou que os dados apresentados na Demonstração de Resultado por Serviços solicitados por ela espelhavam os resultados operacionais devidamente auditados e apresentados à Comissão de Valores Imobiliários – CVM. No entanto, procedeu à análise da consistência da DRE por Serviços.

Assim, procedendo à análise da proporcionalidade das despesas em relação às receitas, como pretendido pelas Representantes, a Anatel verificou que, conforme alegara a Embratel, as rubricas de Demonstração de Resultado por Serviços apresentavam-se desproporcionais em relação ao Resultado Operacional Líquido, ressaltando, no entanto, que tais desproporcionalidades não implicavam, necessariamente, em ilícito ou vício de conduta.

Entretanto, a Anatel acolheu as afirmações das Representadas quanto à improcedência da argumentação despendida pelas Representantes, a respeito da proporcionalidade dos custos apresentados, alegando: (i) que os valores dos custos incorridos pelas Representadas eram distintos dos apresentados pelas Representantes; (ii) que os custos referentes ao STFC-LDN, calculados proporcionalmente aos custos da prestação do STFC-Local, não podem ser levados em consideração devido à grande diferença estrutural na prestação de ambos os serviços.

Ainda, a Anatel(11) frisou que, nos autos do PA nº 53500.001821/2002, a Representante, em seu gráfico que demonstra a rentabilidade negativa da Telesp no Serviço STFC-LDN com a sua atual estrutura de tarifas, utilizou-se para a apuração da receita líquida LDN da Telesp de proporção da receita fixo-móvel de LDN da Brasil Telecom, o que deturparia os dados obtidos, senão veja-se:

Nota:

(11) Informe nº 33 da Anatel, de 06.05.2003, fls. 720 do Processo Administrativo nº 53500.001821/2002.

“A proporção da receita fixo-móvel de LDN assumida foi a mesma da BRASIL TELECOM já que a TELEFÔNICA não informa esse dado.”

(fls. 21 do dos autos do Processo Administrativo nº 53500.001821/2002)

Pelo exposto, a Anatel entendeu como correta a análise procedida com as informações contábeis apresentadas pelas Representadas e que se encontram em conformidade com os parâmetros definidos pelo “Plano de Contas Padrão para Serviços Públicos de Telecomunicações”, aprovado pela Portaria nº 71, de 26 de fevereiro de 1985, do Ministério das Comunicações, alterado pela Resolução nº 102/1999.

Ademais, aduziu que:

“Ainda com relação ao desempenho econômico-financeiro das prestadoras em comento, a ANATEL tem acompanhado os resultados periódicos das concessionárias, tendo contratado, junto à consultoria especializada, análise das demonstrações financeiras relativas ao exercício social de 2001. Dentre outros resultados, foi elaborado relatório de análise dos balanços patrimoniais, demonstrações do resultado, mutações do patrimônio líquido, origens e aplicações de recursos, dentre outras afirmações julgadas convenientes para aquela finalidade, e para a identificação de eventuais casos extremos de ameaça à continuidade da prestação dos serviços ou de auferimento de ganhos exagerados.

Ressalte-se, com base no mencionado relatório, que os fatores impactantes no desempenho das concessionárias, no ano de 2001, longe de guardarem qualquer correlação com as alegações das representantes, prendem-se claramente à gestão empresarial das mencionadas empresas.

Em resposta, assim, ao primeiro questionamento efetuado constata-se, nos termos do Informe nº 98/2002 desta Agência, que a Representada demonstrou obter lucros tanto na prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – Local como na prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – Longa Distância, fato este que afasta a tese de existência de subsídios cruzados entre os mesmos serviços.”

Assim, conclui que as Representadas demonstraram obter lucros na prestação do STFC – Local como na prestação de STFC – Longa Distância, afastando a prática de subsídios cruzados.

Do exposto, concluo que não houve comprovação da existência de subsídio cruzado.

VII.2 – Da Conduta de Discriminação de Preços

Quanto à conduta de discriminação de preços na utilização da rede local das Representadas, a Anatel verificou que o preço praticado por todas as empresas que necessitam da interconexão é o mesmo, inclusive para as operadoras de longa distância das próprias Representadas.

Inicialmente, aquela Agência destacou que as Representadas não vêm se negando a ofertar a sua rede às Representantes ou a qualquer outro agente prestador de serviços de telecomunicações, afastando-se, assim, desde já, a conduta de recusa de venda, que nem foi aventada, diga-se de passagem.

No que toca à discriminação de preços, a Anatel afirmou que a contabilização dos valores de TU-RL cobrados pelas Representadas (que devem obedecer às normas de separação contábil já mencionadas no voto) das outras empresas de Longa Distância, como a Embratel e Intelig, são os mesmos que aqueles praticados para as suas próprias operadoras de

Longa Distância, senão veja-se:

“A Representada apresentou seus registros contábeis, balanço contábil e demonstrativo de resultados na forma estabelecida pela legislação de telecomunicações. Apresentou, ainda, o registro do valor máximo permitido pela ANATEL de TU-RL na conta TU-RL-MESMA EMPRESA em seu balanço contábil, conforme determina o Plano de Contas Padrão para Serviços Públicos de Telecomunicações. Verificou-se, assim, que a Representada, nos termos do Plano de Contas, registra em sua contabilidade do STFC-LDN o valor máximo de TU-RL homologado pela ANATEL, o mesmo que cobra de suas concorrentes.

Desse modo, a Representada faz incidir sobre as chamadas de STFC-LDN intra-regional duas TU-RL, pelo mesmo valor que pratica para as demais operadoras de serviços de telecomunicações. Assim, não se verificou discriminação na cobrança de TU-RL por parte da Representada.”(12)

Nota:

(12) Informe nº 33, de 06.05.2003, fls. 723 do Processo Administrativo nº 53500.001821/2002.

Informe nº 34 da Anatel, de 06.05.2003, fls. 720/721 do Processo Administrativo nº 53500.001823/2002.

Informe nº 35 da Anatel, de 06.05.2003, fls. 741/742 do Processo Administrativo nº 53500.001824/2002.

Por todo o exposto, a ANATEL(13) concluiu que as Representadas não discriminam as adquirentes dos serviços de provisão de sua rede local, na cobrança de valores máximos das tarifas de uso de rede local (TU-RL), mesmo na própria prestação do seu serviço de telefonia fixo comutado, longa distância – STFC – LDN, eis que nos termos da legislação não só registra o valor máximo permitido pela ANATEL de TU-RL em sua contabilidade, bem como o minuto médio por elas cobrado remunera o pagamento de duas TU-RL, adicionadas aos custos de rotas de longa distância e mais custos referentes à prestação do serviço, a saber:

Nota:

(13) Informe nº 33 da Anatel, de 06.05.2003, fls. 727/728 do Processo Administrativo nº 53500.001821/2002.

Informe nº 34 da Anatel, de 06.05.2003, fls. 725/726 do Processo Administrativo nº 53500.001823/2002.

Informe nº 35 da Anatel, de 06.05.2003, fls. 746 do Processo Administrativo nº 53500.001824/2002.

PERÍODO DE JAN. 01 A DEZ. 01	VALOR MÉDIO DO MINUTO (R\$) ¹⁴
TELEMAR	0,14922
TELESP	0,12827
Brasil Telecom	0,14694

Fonte: Anatel.

Nota:

(14) Valores referentes aos minutos médios das Representadas, desconsiderando o degrau conurbado de tarifação, segundo dados do tráfego e bilhetagem do serviço de telefonia fixo comutado na modalidade longa distância.

Quanto à falta de devida auditoria alegada pela Embratel, a Anatel informou que os dados contábeis apresentados pelas Representadas estão de acordo com o “Plano de Contas Padrão para Serviços Públicos de Telecomunicações”, aprovado pela Portaria nº 71, de 26 de fevereiro de 1985. Aquela Agência afirmou também que a Declaração de Receitas das Representadas foram devidamente apresentadas à Comissão de Valores Mobiliários.(15) Ademais, cumpre ressaltar que tais críticas foram efetivadas por empresa de auditoria contratada pelas Representantes. Já as conclusões da Anatel, que é entidade que goza de fé pública, podem ser consideradas críveis e imparciais. Portanto, com base na análise já feita pela Anatel e nos dados apresentados pelas Representadas, considero que há provas aptas a afastar a conduta de discriminação

de preços ou de subsídio cruzado.

Nota:

(15) Informe nº 35 da Anatel, fls 759 do Processo Administrativo nº 53500.001824/2002. Informe nº 34 da Anatel, fls 710 do Processo Administrativo nº 53500.001823/2002. Informe nº 33 da Anatel, fls 713 do Processo Administrativo nº 53500.001821/2002.

VII.3 – Da Conduta de *Price Squeeze*

Em relação à conduta de *price squeeze*, a Seae realizou uma comparação entre os valores da TU-RL e os preços finais cobrados ao consumidor pelo STFC-LDN. Tal análise foi baseada em experiências internacionais e, principalmente, no texto de Stephen King e Rodney Maddock, *Imputation Rules and a Vertical Price Squeeze*.⁽¹⁶⁾ Os autores identificam duas formas principais de avaliar condutas de *price squeeze* tomando-se como base o preço final cobrado pela empresa que supostamente estaria praticando a conduta anticompetitiva. A primeira delas é a partir da receita (*revenue imputation test*), em que a receita da firma que estaria praticando a conduta é comparada a seus custos totais. A segunda análise é do ponto de vista marginal e baseia-se no preço unitário (*marginal imputation test*), comparando o preço final do produto com o custo marginal da empresa. Pelo exame proposto por King e Maddock, a empresa estaria praticando *price squeeze* se a receita obtida por meio do preço final do produto não fosse capaz de cobrir seus custos totais, inclusive os custos do insumo do qual a empresa estaria usando para praticar a conduta mencionada.

Nota:

(16) KING, S.; MADDOCK, R. *Imputation rules and the regulation of anti-competitive behaviour in telecommunications*, 1999.

Assim, o insumo nesse caso seria a interconexão, remunerada pela TU-RL, e o preço final seria o preço cobrado do consumidor pelas Representadas por uma ligação de longa distância. Na análise da Seae, a TU-RL é calculada em dobro pelo fato de que as Representadas necessitam pagar duas vezes a TU-RL: uma à empresa que detém a rede local na origem da chamada e outra à empresa que detém a rede local para onde a chamada é destinada, ou seja, há duas interconexões. O intuito da Seae, então, foi o de conduzir o teste proposto a partir do preço unitário final (*marginal imputation test*).

É necessário mencionar que os preços finais de STFC variam de acordo com o horário da ligação, com o degrau geodésico (a distância do ponto de origem para o ponto de destino da chamada) e com o plano escolhido pelo cliente. A TU-RL também é variável, mas a Seae informou que esta tarifa gira em torno de R\$ 0,05 por minuto de interconexão. Segundo esta Secretaria:

“A comparação entre as tarifas finais e a TU-RL é complexa, pois são variáveis. Quanto à última, a ANATEL fixa um teto de TU-RL para cada operadora. Os valores, entretanto, giram em torno de R\$ 0,05 por minuto de interconexão, com variações de apenas décimos de centavos entre uma e outra, para mais ou para menos. Desta forma, a título de economicidade, assumiremos uma TU-RL de R\$ 0,05/minuto em todos os casos, supondo ainda que neste valor já estejam embutidos os impostos correspondentes.”

A Seae considerou, portanto, o valor de R\$ 0,05 para a TU-RL (lembrando que este valor é calculado em dobro) e o Plano Básico de Serviço⁽¹⁷⁾ de cada Representada. Com esses dados, aquela Secretaria formulou a seguintes tabelas.

Nota:

(17) O Plano Básico de Serviços de cada empresa encontra-se em documento anexo ao Contrato de Concessão respectivo e estabelece, entre outras condições, valores máximos para o minuto da chamada e, de acordo com a Anatel: “Leva em consideração a distância entre os centros de áreas tarifárias das localidades de origem e destino da chamada, seu tempo de duração, o tipo de chamada realizada e o horário de realização da mesma”. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/telefonia_fixa/stfc/concessionarias.pdf. Acesso em: 6 set. 2005.

Quadro 1

BRASIL TELECOM		VALORES EM R\$ POR MINUTO, SEM IMPOSTOS			
		HORÁRIO DE TARIFA			
Degrau	Distância Geodésica	Diferenciada	Normal	Reduzida	Super-reduzida
D1	Até 50 km	0,16701	0,08350	0,04174	0,02085
D2	De 50 a 100 km	0,24505	0,13918	0,06957	0,03477
D3	De 100 a 300 km	0,28382	0,18377	0,10437	0,05217
D4	Acima de 300 km	0,37571	0,24505	0,13918	0,06957

Quadro 2

TELEMAR – Rio de Janeiro*		VALORES EM R\$ POR MINUTO, SEM IMPOSTOS			
		HORÁRIO DE TARIFA			
Degrau	Distância Geodésica	Diferenciada	Normal	Reduzida	Super-reduzida
D1	Até 50 km	0,19219	0,09818	0,04908	0,02452
D2	De 50 a 100 km	0,27401	0,16399	0,08183	0,04091
D3	De 100 a 300 km	0,28709	0,19579	0,10328	0,05413
D4	Acima de 300 km	0,30940	0,30218	0,15145	0,07572

* Conforme esclarecido pela Seae, as tarifas da Telemar variam para cada Estado. Porém, a título de exemplo, foram reproduzidas aqui apenas as tarifas do Rio de Janeiro. Contudo, os valores são próximos e em todos os Estados, das 16 possíveis tarifas, as mesmas sete (todas no horário de Super-Reduzida, Reduzida D1, Reduzida D2 e Normal D1) encontraram-se abaixo do dobro da TU-RL.

Quadro 3

TELESP		VALORES EM R\$ POR MINUTO, SEM IMPOSTOS			
		HORÁRIO DE TARIFA			
Degrau	Distância Geodésica	Diferenciada	Normal	Reduzida	Super-reduzida
D1	Até 50 km	0,152075	0,03243	0,037996	0,018977
D2	De 50 a 100 km	0,242718	0,07602	0,060669	0,030331
D3	De 100 a 300 km	0,332983	0,12134	0,083244	0,041615
D4	Acima de 300 km	0,391097	0,24342	0,121702	0,060844

Os valores sombreados indicam aqueles em que o preço final é menor que o insumo, ou seja, o preço cobrado do consumidor é menor que R\$ 0,10, e, assim, as Representadas, segundo a Seae, estariam incorrendo em prejuízos cobrando tais tarifas. Aquela Secretaria ainda alega que mesmo os valores ligeiramente maiores que R\$ 0,10 provavelmente não são capazes de cobrir os custos totais, pois existem outros custos incorridos pelas empresas além da TU-RL.

A Seae ainda desenvolveu um exemplo hipotético de um consumidor que realiza 2 ligações interurbanas de 30 minutos cada por semana, por uma operadora diferente da concessionária local. Nesse caso, a operadora de longa distância teria que pagar R\$ 24,00 a título de TU-RL para a operadora local e a Seae aduz que a estimativa dos custos para a manutenção de um “acesso local” são de apenas R\$ 3,00, de acordo com a ABEPREST – Associação Brasileira dos Prestadores de Serviços em Telecomunicações. Portanto, o valor da TU-RL não refletiria os custos incorridos pelas empresas.

Assim, estaria claro que os valores da TU-RL “(i) estão significativamente acima dos custos de prestação deste serviço; e (ii) tornam a rentabilidade dos concorrentes negativa em diversos degraus/horários tarifários”,(18) caracterizando conduta anticompetitiva.

Nota:

(18) Fls. 837 do Processo Administrativo nº 53500.001824/2002, fls. 819 do Processo Administrativo nº 53500.001823/2002 e fls. 820/821 do Processo Administrativo nº 53500.001821/2002.

No entanto, é preciso notar, primeiramente, que a variação dos preços cobrados do consumidor é significativa, como pode ser visto nas tabelas elaboradas pela Seae, com valores podendo chegar, por exemplo, a R\$ 0,39. Na verdade, as Representadas podem cobrar valores mais altos ou mais baixos dependendo do horário e da distância geográfica. Estas empresas podem, portanto, cobrir seus custos com os valores mais altos e cobrar preços menores em horários em que há menor demanda por ligações de longa distância. Tal prática não configura necessariamente conduta anticompetitiva, assim como não quer dizer que as operadoras incorrem em prejuízos. Na verdade, é prática comum nos setores de telecomunicações cobrar tarifas diferenciadas de acordo com variáveis como o horário e distância entre os pontos de origem e destino. Assim, as empresas visam maximizar seus lucros adaptando suas tarifas à demanda dos consumidores. Trata-se de discriminação objetiva, racional e eficiente do ponto de vista econômico. Neste contexto, a análise isolada de células que retratam a cobrança de tarifas diferenciadas de acordo com variáveis de horário e distância implementada pela Seae pode levar, *data venia*, a distorções caso não se analise o todo. Por isso, mais relevante que uma comparação de preço e custo unitário é a comparação entre o custo total e a receita total da empresa, como descrito por King e Maddock.

Esses autores consideram o *marginal imputation test* como um teste preliminar e, se por meio deste concluir-se que há indícios de conduta anticompetitiva, o *revenue imputation test* deve ser realizado.⁽¹⁹⁾ Para analisar a receita a partir do preço final cobrado dos consumidores, seria necessário conhecer a demanda pelas chamadas de longa distância por horário e por grau geodésico. Obviamente, tal análise é demasiadamente custosa. Além disso, tal exame torna-se desnecessário, visto que a Anatel já concluiu que as receitas das empresas são rentáveis.⁽²⁰⁾ Portanto, a análise conduzida pela Seae não demonstra que os preços finais cobrados pelas Representadas não são capazes de cobrir os custos incorridos por elas.

Nota:

(19) *“Once a final price has been shown to be inconsistent with the marginal imputation rule, and that the firm concerned has some relevant market power, the prices should be tested against the revenue imputation rule(s) and, where relevant, broader marginal imputation rules.”* (KING; MADDOCK)

(20) Fls. 701-728 do Processo Administrativo nº 53500.001821/2002, fls. 721-740 do Processo Administrativo nº 53500.001824/2002 e fls. 696-719 do Processo Administrativo nº 53500.001823/2002.

Além disso, a Anatel⁽²¹⁾ acrescentou, como mencionado acima, que constatou que a tarifa de público (média) de STFC-Longa Distância das Representadas é suficiente para a remuneração de duas TU-RL, adicionadas aos custos de uso de rotas de longa distância e demais custos referentes à prestação do serviço. No entanto, ressaltou que, devido ao fato de a contabilização da TU-RL das empresas incumbentes estarem submetidas à salvaguarda contábil, decorrente das normas setoriais, não há, efetivamente, repasse da despesa na prestação do serviço, mas sim a recuperação das despesas do uso da rede local, sendo tais repasses efetivados por meio de demonstrações contábeis.

Nota:

(21) Informe nº 33 da Anatel, de 06.05.2003, fls. 726/727 do Processo Administrativo nº 53500.001821/2002.

Informe nº 34 da Anatel, de 06.05.2003, fls. 724 do Processo Administrativo nº 53500.001823/2002.

Informe nº 35 da Anatel, de 06.05.2003, fls. 745 do Processo Administrativo nº 53500.001824/2002.

O modelo tarifário do STFC é determinado por cálculos que levam em consideração o tempo da duração da chamada e a distância geodésica em quilômetros entre as localidades envolvidas, estabelecidos no Plano Básico de Serviço, definido pela Anatel, de oferta obrigatória e não discriminatória a todos os assinantes interessados na prestação de STFC, cujos valores foram estabelecidos nos contratos de concessão ou termos de autorização e em normas regulamentares.

Com fundamento na Matriz de Tráfego do STFC-LDN, a Anatel concluiu que:

- A rentabilidade do serviço de longa distância não é garantida a todos os horários/degraus, pois os valores fixados não garantem remuneração suficiente ao pagamento de duas TU-RL, adicionadas aos custos de uso de rotas de longa distância e demais custos referentes à prestação do serviço;
- As operadoras cujo tráfego se concentra em degraus maiores possuem conseqüentemente maior nível de receitas; e
- O minuto médio cobrado pelas Representadas pela TU-RL acaba por remunerar o pagamento de duas TU-RL, adicionadas aos custos de uso de rotas de longa distância e demais custos referentes à prestação do serviço.

No que diz respeito à cobrança do teto tarifário, a Anatel afirmou que este é permitido desde que respeitadas as normas atinentes ao setor, inclusive ao tratamento isonômico de que gozam tanto as Representantes como também as demais prestadoras de serviço de telecomunicações, ou seja, da mesma forma como as Representadas vêm atuando.

Ressaltou, ainda, que as Representantes têm à disposição a possibilidade de lançamento de Planos Alternativos de Serviços, além de promoções e outras vantagens que, combinados com estratégias de *marketing*, permitem a oferta de

condições tarifárias mais adequadas aos diferentes perfis de tráfego envolvidos.

Em relação à constatação da Seae de que a TU-RL encontra-se muito acima dos custos, é preciso ressaltar que a própria Anatel reconheceu a dificuldade em mensurar os custos incorridos pelas empresas que necessitam disponibilizar suas redes. Por esse motivo, a Anatel, primeiramente, estabeleceu os valores máximos da TU-RL visando manter o equilíbrio econômico-financeiro do setor, com um período de adaptação, como mencionado acima, de 1998 a 2005. Assim, a TU-RL não é baseada nos custos incorridos pelas incumbentes, tornando a comparação feita pela Seae inadequada. Ademais, os custos apresentados pela Seae são estimativas e não foi encontrada nos autos qualquer prova de que estes condizem com a realidade.

Por fim, cabe ressaltar que, se por um lado, restou comprovada a ausência de infração por parte das representadas, por outro impossível é deixar de constatar que a estipulação de remuneração de TU-RL desassociada da variável custo é passível de gerar incentivos para a adoção de condutas discriminatórias (embora, insista-se, nada foi comprovado contra as representadas). Neste contexto, seria recomendável a revisão de tal modelo. No entanto, faz-se desnecessário ao CADE efetivar tal recomendação à Anatel, tendo em vista que, segundo a Resolução nº 33/1998, os valores da TU-RL vêm sofrendo reduções desde 2001, em um total de 63% até 2005. Além disso, de acordo com os novos contratos de concessão,(22) o cálculo da tarifa de interconexão será calculado com base nos custos de longo prazo da empresa, a partir de 2008, de acordo com os seguintes critérios:

Nota:

(22) Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Contrato de Concessão Modalidade Local – 2006. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=-/biblioteca/contrato/concessao/novos/local_2006.pdf. Acesso em: 8 set. 2005.

“Cláusula 25.2. A partir de 1º de janeiro de 2008, serão adotados valores para a Tarifa de Uso da Rede Local (TU-RL) que considerem modelo de custo de longo prazo, estabelecido nos termos da regulamentação e do disposto na cláusula 13.1.

§ 1º Os valores máximos das Tarifas de Uso da Rede Local (TU-RL) estarão limitados ao produto do multiplicador M pelas tarifas de utilização do serviço local, observada a modulação horária e demais condições fixadas no Anexo nº 03 deste Contrato e na regulamentação, sendo que:

I – de 1º de janeiro de 2006 a 31 de dezembro de 2006, M será igual a 0,5 (zero vírgula cinco); e

II – de 1º de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2007, M será igual a 0,4 (zero vírgula quatro).”

Cabe, assim, incentivar que se efetive por completo a revisão do modelo de remuneração de uso da rede, motivo pelo qual entendo pertinente a remessa de cópia deste voto à Anatel.

VIII – CONCLUSÃO

Concluo, da análise dos autos, que no curso do processo não restou provada a existência das práticas de aumento artificial dos custos dos rivais, de subsídio cruzado ou de discriminação de preço, não estando, portanto, caracterizadas tais condutas. Portanto, decido pelo arquivamento do processo.

É o voto.

Brasília, 14 de setembro de 2005.

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

Conselheiro Relator