

ATO DE CONCENTRAÇÃO
Nº 53500.019422/2004

Requerentes: TELÉFONOS DE MÉXICO S.A. DE C.V. E GLOBOPAR COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S.A.

Advogados: ALBERTO DE ORLEANS E BRAGANÇA, LEOPOLDO UBIRATAN CARREIRO PAGOTTO, SÉRGIO VARELLA BRUNA, E OUTROS.

Relator: CONSELHEIRO LUIZ CARLOS DELORME PRADO.

EMENTA

Ato de Concentração. Aquisição, pela Telmex junto à Globopar, de participação acionária minoritária nas prestadoras dos serviços de TV a Cabo e MMDS, controladas pela Net Serviços, adquirindo-se participação acionária, também minoritária, nesta empresa. Operação realizada no Brasil entre empresa estrangeira e grupo brasileiro, com os ativos envolvidos presentes no território nacional. Setores de comunicação e entretenimento, e serviços essenciais e de infra-estrutura (Internet). Mercado relevante: operadores de TV por assinatura local, acesso à Internet banda larga local, e de telefonia local. Mercado relevante convergente dos serviços de telecomunicações e serviços de valor adicionado local em formação. Não-identificação de concentração horizontal e integração vertical. Tempestividade na apresentação da operação. Aprovação sem restrições.

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, aprovar a operação sem restrições. Aprovar também a recomendação de que o CADE, em conjunto com os demais integrantes do SBDC, inicie estudos dos efeitos concorrenciais da convergência tecnológica e de outras mudanças em curso no setor de telecomunicações. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schuartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Sicsú. Presente o Procurador-Geral Substituto Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Brasília/DF, 22 de novembro de 2006, data do julgamento, 386ª Sessão Ordinária de Julgamento.

LUIZ CARLOS DELORME PRADO

Conselheiro

ELIZABETH M. MERCIER QUERIDO FARINA

Presidente

ATO DE CONCENTRAÇÃO
Nº 53500.019422/2004

Requerentes: TELÉFONOS DE MÉXICO S.A. DE C.V. E GLOBOPAR COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S.A.

Advogados: ALBERTO DE ORLEANS E BRAGANÇA, LEOPOLDO UBIRATAN CARREIRO PAGOTTO, SÉRGIO VARELLA BRUNA, E OUTROS.

Relator: CONSELHEIRO LUIZ CARLOS DELORME PRADO.

EMENTA

Ato de Concentração. Aquisição, pela Telmex junto à Globopar, de participação acionária minoritária nas prestadoras dos serviços de TV a Cabo e MMDS, controladas pela Net Serviços, adquirindo-se participação acionária, também minoritária, nesta empresa. Operação realizada no Brasil entre empresa estrangeira e grupo brasileiro, com os ativos envolvidos presentes no território nacional. Setores de comunicação e entretenimento, e serviços essenciais e de infra-estrutura (Internet). Mercado relevante: operadores de TV por assinatura local, acesso à Internet banda larga local, e de serviços de voz local. Mercado relevante convergente dos serviços de telecomunicações e serviços de valor adicionado local em formação. Não identificação de concentração horizontal e integração vertical. Tempestividade na apresentação da operação. Aprovação sem restrições.

VOTO

(versão pública)

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. Trata-se da operação de aquisição, pela Telmex junto à Globopar, de participação acionária minoritária nas prestadoras dos Serviços de TV a Cabo e MMDS, controladas pela Net Serviços, adquirindo-se participação acionária, também minoritária, nesta empresa.

2. Foi realizada no Brasil entre empresa estrangeira e grupo brasileiro, com os ativos envolvidos presentes no território nacional, e envolvendo os setores de comunicação e entretenimento e serviços essenciais e de infra-estrutura (Internet).

II – DAS REQUERENTES

3. A Teléfonos de México S.A. de C.V. (“Telmex”), empresa organizada e existente sob a lei dos Estados Unidos Mexicanos, com sede na Parque Via, 190, Colônia Cuauhtémoc, 06599, México, DF, tem como principal setor de atividades serviços essenciais e de infra-estrutura.

4. De acordo com dados apresentados, seu quadro societário está assim composto (fl. 06 dos autos):

Tabela 1
Quadro Societário Telmex

Acionistas	Participação percentual (%)
Carso Global Telecom	68,9
SBC International Inc.	22,0
Outros investidores mexicanos e investidores públicos	9,1
Total	100

Fonte: Requerentes.

5. A Telmex é parte do grupo mexicano Carso Global Telecom. De acordo com as informações prestadas, no segundo semestre de 2001, a Carso Global Telecom S.A. de C.V. foi cindida em duas empresas, ambas controladas por Carlos Slim Helú, e membros de sua família:

§ Carso Global Telecom S.A. de C.V., que continua a deter as ações da Teléfonos de México, S.A. de C.V. (“Grupo Carso Global Telecom”); e

§ América Telecom S.A. de C.V., controladora da América Móvil, S.A. de C.V. (“Grupo América Móvil”).

6. Os principais setores de atividade do Grupo Carso Global Telecom, de acordo com a classificação do Anexo III, da Norma nº 04/98-Anatel, aprovada pela Resolução nº 76, de 16 de dezembro de 1998 (procedimento para apresentação dos atos de que tratam o art. 54, da Lei nº 8.884/1994 e os §§ 1º e 2º, do art. 7º, da Lei nº 9.472/1997), são os serviços essenciais e de infra-estrutura (telecomunicações) e de indústria da computação e telecomunicações (transmissão de dados).

7. Com relação ao faturamento, para o ano de 2003, foram apresentados os seguintes dados (fl. 11):

Tabela 2
Faturamento Grupo Carso Global Telecom e Telmex (2003)

Grupo Carso Global Telecom (2003)		
Brasil	Mercosul	Mundo
R\$ 167.000.000,00	R\$ 74.257.068,49	R\$ 30.007.299.510,50
TELMEX		
Brasil	Mercosul	Mundo
R\$ 167.000.000,00	R\$ 74.257.068,49	R\$ 30.007.297.710,00

Fonte: Requerentes.

8. As seguintes empresas com operação no Mercosul pertencem ao Grupo Carso Global Telecom ou pelo menos uma das integrantes do grupo tem participação no capital social superior a 5% (cinco por cento) (fls. 8-9).

No Brasil:

- Atlantis Holding do Brasil Ltda.;
- Telmex do Brasil Ltda.;
- MCI WorldCom Brazil LLC;
- WorldCom Holding do Brasil Ltda.;
- MCI International Telecomunicações do Brasil Ltda.;
- Startel – Participações Ltda.;
- New Startel – Participações Ltda.;
- MCI Solutions Telecomunicações Ltda.;

- Embratel Participações S.A.;
- Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – EMBRATEL;
- Embratel Soluções Ltda.;
- Ponape Telecomunicações Ltda.;
- Vésper Holding São Paulo S.A.;
- Vésper Holding S.A.;
- Velocom Data Holdings Comunicações Ltda.;
- Click21 Comércio de Publicidade Ltda.;
- Palau Telecomunicações Ltda.;
- CT Torres Ltda.;
- Vetel 21 Participações Ltda.;
- Veja 21 Participações Ltda.;
- Brasilcenter Comunicações Ltda.;
- Star One S.A.;
- Bolivarsat S.A.;
- Vésper São Paulo S.A. (Embratel Participações S.A. detém 11,59% de participação);
- Vésper S.A. (Embratel Participações S.A. detém 5,42% de participação);
- Algar Telecom Leste S.A. (ATL);
- Tess S.A. (TESS);
- Americel S.A. (AMERICEL);
- Alecan Telecomunicações Ltda. (ALECAN);
- Stemar Telecomunicações Ltda. (STEMAR);
- Albra Telecomunicações Ltda. (ALBRA);
- Telet S.A. (TELET);
- BCP S.A. (BCP);
- BSE S.A. (BSE).

No Mercosul:

- Telmex Argentina S.A.;
- Techtel-LMDS Comunicaciones Interactivas S.A. – Argentina;
- Star One Argentina S.R.L.;
- Embratel Internacional S.A. (Argentina);
- Embratel Uruguay Sociedad Anonima.

9. A Globopar Comunicações e Participações S.A. (“**Globopar**”), inscrita no CNPJ/MJ sob o nº 27.865.757/0001-02, com sede na Avenida Afrânio de Melo Franco, 135, Leblon, 13.478-820, Rio de Janeiro/RJ, tem como principal setor de atividades comunicação e entretenimento.

10. A Requerente tem o seguinte quadro societário (fl. 06):

Tabela 3
Quadro Societário Globopar

Acionistas	Ações Ordinárias	Ações Preferenciais	Participação (%)
Globo Rio Participações Ltda.	333.666	665.334	99,9%
João Roberto Marinho	111	222	0,033%
Roberto Irineu Marinho	112	222	0,033%
José Roberto Marinho	111	222	0,033%
Total	334.000	666.000	100%

Fonte: Requerentes.

Nota:

* Empresas controladas pela América Móvil S.A. de C.V..

11. A Globopar é parte das Organizações Globo, cujos principais setores de atividade, segundo a classificação do Anexo III, na Norma nº 04/1998-Anatel, são os de comunicação e entretenimento (jornais), comunicação e entretenimento (revistas), comunicação e entretenimento (livros), comunicação e entretenimento (rádio e televisão) e serviços essenciais e de infraestrutura (diversos – Internet).

12. O faturamento do grupo no exercício de 2003 foi o seguinte (fls. 11-12):

Tabela 4
Faturamento Globopar consolidada + TV Globo Ltda.

Globopar consolidada 1 + TV Globo Ltda.		
Brasil	Mercosul	Mundo
R\$ 5.110 milhões	–	R\$ 5.152 milhões

Fonte: Requerentes.

Nota:

1 Empresas incluídas na **Globopar consolidada** : Comercial Fonográfica RGE Ltda.; DTH USA Inc.; Distel Holding S.A.; Net Brasil S.A.; DTH Comércio e Participações S.A.; Globo Cabo Participações S.A.; S-Cabo Comunicações Ltda.; Preferencial Holdings Limited; Editora Globo S.A.; Globo Cochrane Gráfica e Editora Ltda.; Globo.Redde Participações S.A.; GLB Serviços Interativos S.A.; Globopar Overseas Ltd.; Globosat Programadora Ltda.; Canal Brazil S.A.; Radioclick Serviços Interativos Ltda.; Roma Participações Ltda.; Porto Esperança Comércio e Serviços Ltd.; Power Company S.A.; Sanland Investment S.A.; Seguradora Roma S.A.; Sigem – Sistema Globo de Edições Musicais Ltda.; Sigla – Sistema Globo de Gravações Audiovisuais da Amazônia Ltda.; Sigla – Sistema Globo de Gravações Audiovisuais Ltda.; UGB Participações S.A.; Prime Securities Trading, Inc.; Worldwide Financial Trading Limited; e Zende – Serviços de Apoio e Logística Ltda.. **Empresas consolidadas proporcionalmente** : Net Serviços de Comunicação S.A.; Telecine Programação de Filmes Ltda.; e USA Brasil Programadora Ltda.

13. As seguintes empresas com operação no Brasil pertencem às Organizações Globo ou pelo menos uma das integrantes do grupo tem participação no capital social superior a 5% (cinco por cento) (fls. 9-11):

- Globo Comunicações e Participações S.A. (*holding*);
- TV Globo Ltda. (TV aberta);
- Infoglobo Comunicações Ltda. (mídia impressa);
- Rádio Globo S.A. (rádio);
- Rádio Excelsior Ltda. (rádio);
- Globo.Redde S.A. (Internet);
- GLB Serviços Interativos S.A. (Internet);
- Editora Globo (editora);
- Sky Multicountry (televisão via satélite);
- Distel Holding S.A. (holding);
- NET Serviços de Comunicação S.A. (MSO – operadora de sistemas múltiplos);
- SKY Brasil Serviços Ltda. (televisão via satélite);
- NET Maringá Ltda.;
- NET Joinville Ltda.;
- Cabodinâmica TV Cabo São Paulo S.A.;
- DR – Empresa de Distribuição e Recepção de TV Ltda.;

- Horizonte Sul Comunicações Ltda.;
- NET Florianópolis Ltda.;
- Multicanal Telecomunicações S.A.;
- NET Anápolis Ltda.;
- NET Araçatuba Ltda.;
- NET Bauru Ltda.;
- NET Belo Horizonte Ltda.;
- NET Brasil S.A.;
- NET Brasília Ltda.;
- NET Campinas Ltda.;
- NET Campo Grande Ltda.;
- NET Franca Ltda.;
- NET Goiânia Ltda.;
- NET Indaiatuba Ltda.;
- NET Paraná Comunicações Ltda.;
- NET Piracicaba Ltda.;
- NET Recife Ltda.;
- NET Ribeirão Preto S.A.;
- NET Rio S.A.;
- NET São Carlos S.A.;
- NET São José do Rio Preto Ltda.;
- NET São Paulo Ltda.;
- NET Sorocaba Ltda.;
- NET Sul Comunicações S.A.;
- Roma Participações Ltda.;
- Telecine Programação de Filmes Ltda.;
- Canal Brazil S.A.;
- USA Brasil Programadora Ltda.;
- TV a Cabo Chapecó Ltda.;
- TV Cabo Criciúma Ltda.;
- TV Cabo e Comunicações de Jundiá S.A.;
- NET Londrina Ltda.;
- TV Vídeo Cabo de Belo Horizonte S.A.;
- NET Curitiba Ltda.;
- Globosat Programadora Ltda. (programadora);
- Globo Cochrane Gráfica Ltda. (gráfica);
- São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda.;
- Valor Econômico S.A. (mídia impressa);
- Empresa Jornalística Diário de São Paulo Ltda. (mídia impressa);
- SIGLA – Sistema Globo de Gravações Audiovisuais Ltda. (fonografia);
- Seguradora Roma S.A. (seguros);
- TV SKY Shop S.A..

III – DA OPERAÇÃO

14. Em um primeiro momento, trata-se da **aquisição pela Telmex junto à Globopar (e suas subsidiárias)**, através de Contrato de Compra e Venda de Ações celebrado em 27 de junho de 2004, **das seguintes participações acionárias** minoritárias na Net Serviços e em suas subsidiárias prestadoras dos Serviços de TV a Cabo e MMDS:

(i) uma participação direta de, no mínimo, 14,5% do capital votante da NET Serviços, detentora de participação majoritária nas operadoras indicadas na resposta ao item II.6., abaixo; e

(ii) *49% das ações ordinárias e 100% das ações preferenciais de emissão da empresa GB Empreendimentos e Participações S.A. (“HOLDING”), cujo capital será representado por ações ordinárias e preferenciais, na proporção de 1/3 de*

ordinárias e 2/3 de preferenciais” (fls. 13).

15. Conforme esse Contrato, celebrado entre Telmex (“Compradora”), e a Globopar/Distel/Roma (“Vendedoras”), bem como a GB Empreendimentos e Participações S.A. (doravante “NewCo.” – *Holding*), as empresas acordaram realizar a seguinte operação (fls. 211 a 243 – apartado confidencial):

CONFIDENCIAL

16. Assim, como condição ao fechamento da operação de compra e venda, a Globopar obrigou-se a conferir à NewCo. uma quantidade de ações equivalente a 51% (cinquenta e um por cento) das ações ordinárias de emissão da Net Serviços.

17. O Contrato de Compra e Venda de Ações exige, como uma das condições para o fechamento da operação, que a participação da Globo na NewCo. não seja inferior a 51% (cinquenta e um por cento) do total de ações ordinárias de emissão da NewCo., e que a participação direta da NewCo. na Net Serviços não seja inferior a 51% (cinquenta e um por cento) do total de ações ordinárias de emissão da Net Serviços.

18. Como alternativa à operação de Compra e Venda de Ações, as Requerentes celebraram um Instrumento Particular de Outorga de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, também em 27 de junho de 2004, que confere à Globopar o direito, mas não a obrigação de, a qualquer momento após 31 de outubro de 2004, vender para a Telmex uma combinação de ações ordinárias e preferenciais da Net Serviços em poder da Globopar, equivalente a aproximadamente 34% do capital total da Net Serviços.

19. Em suma, a Telmex passaria a deter uma participação direta de, no mínimo, 14,5% (quatorze e meio por cento) do capital votante da Net Serviços, bem como 49% (quarenta e nove por cento) das ações ordinárias e 100% (cem por cento) das ações preferenciais de emissão da NewCo. (*Holding*), cujo capital será representado por ações ordinárias e preferenciais na proporção de 1/3 (um terço) de ordinárias e 2/3 (dois terços) de preferenciais. Por sua vez, o Grupo Globo (Globopar, Distel e Roma) obriga-se a conferir à NewCo., em aumento de capital desta, uma quantidade de ações que faça com que a NewCo. detenha no fechamento da operação 51% (cinquenta e um por cento) das ações ordinárias de emissão da Net Serviços.

20. Desta forma, e conforme esclarecido pela Net em sede de outro processo administrativo ², em 17 de setembro de 2004, a participação direta da Telmex no capital votante da Net Serviços poderia passar dos 14,5% (quatorze e meio por cento) iniciais para 22,8% (vinte e dois vírgula oito por cento) e daí para 26,6% (vinte e seis vírgula seis por cento), podendo chegar até a 37,5% (trinta e sete vírgula cinco por cento) (fls. 721-726 e 727-786).

Nota:

2 Processo Administrativo nº 53500.018993/2004. Processo de outorga de serviço, na Anatel. Interessado: Net Serviços de Comunicação S.A.

21. As modificações do percentual de participação direta da Telmex no capital votante da Net Serviços devem-se à adoção das seguintes premissas (apartado confidencial):

CONFIDENCIAL

22. As Requerentes salientaram que os aumentos de participação direta da Telmex no capital votante da Net Serviços, até o máximo de 37,5% (as Requerentes informaram que a participação direta é de 37,77%, em setembro de 2006), poderão ocorrer na hipótese de os demais acionistas da Net Serviços não exercerem o direito de preferência para a aquisição de novas ações ordinárias a serem emitidas, visto que a Globopar adquirirá a totalidade das sobras, vendendo-as em seguida para a Telmex, conforme previsto no Contrato.

23. Por fim, e de acordo com a Cláusula 7.5 do Contrato de Compra e Venda de Ações, as Requerentes se comprometem a envidar esforços comercialmente razoáveis para negociar uma proposta contendo as condições (técnicas e comerciais, inclusive) para um contrato entre a Net Serviços, e suas controladas, e a Telmex, ou qualquer de suas afiliadas, com vistas ao fornecimento de serviços de transmissão de voz, dados e Internet, através da rede de comunicação da Net Serviços e de suas subsidiárias, e de utilização da última milha desta rede.

24. Nas operações que envolvem alteração da composição do capital social, antes e após a realização do ato, os quadros com as estruturas apresentam-se da seguinte forma:

ANTES DA OPERAÇÃO (JUNHO DE 2004)

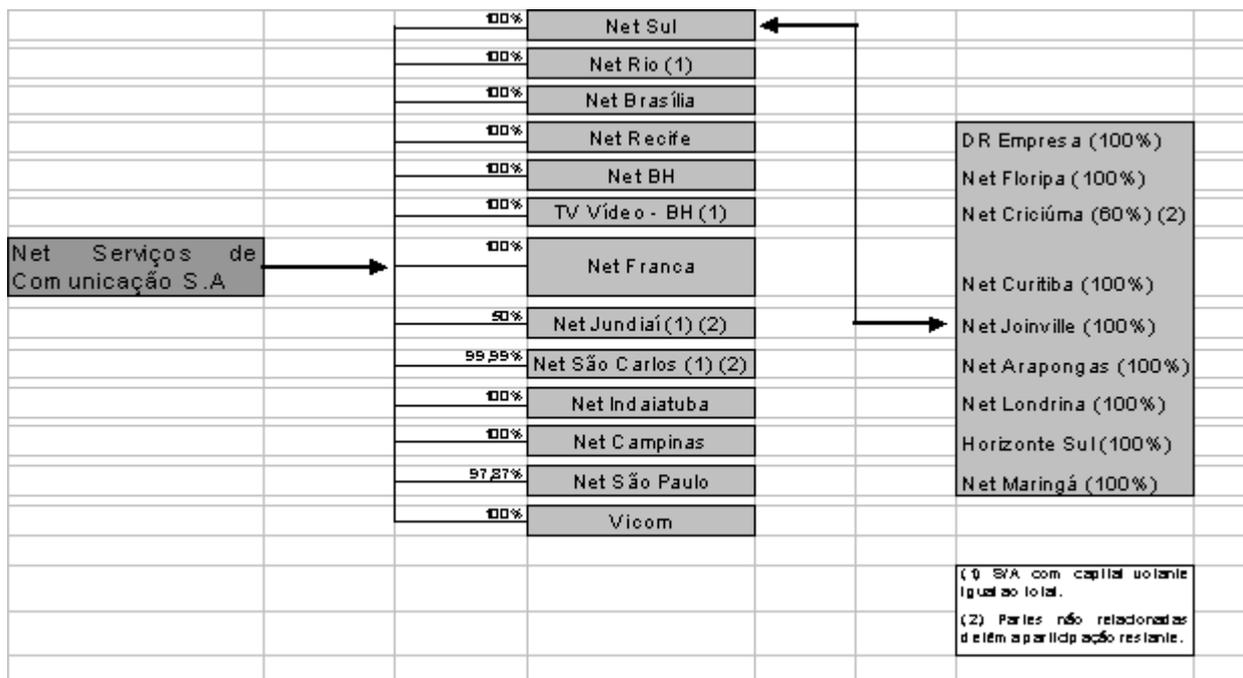
Organograma 1



Fonte: Requerentes.

Organograma 2

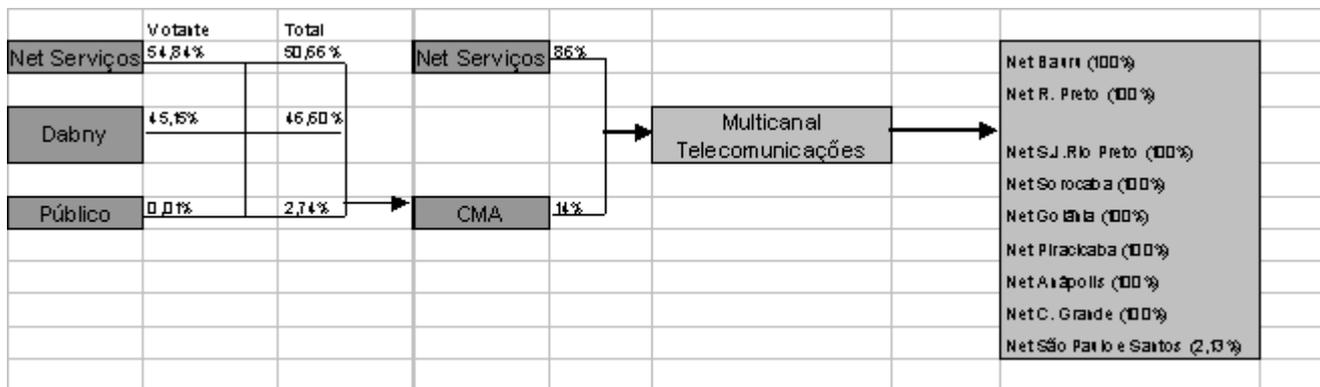
B – Operadoras Controladas pela Net Serviços



Fonte: Requerentes.

Organograma 3

C – Operadoras Controladas Indiretamente pela Net Serviços



Fonte: Requerentes.

DEPOIS DA OPERAÇÃO

A composição societária das operadoras continua da mesma forma como demonstrado acima. Entretanto, a atual estrutura societária da Net Serviços (setembro de 2006 – fls. 1698 dos autos) é a seguinte:

Organograma 4

Estrutura societária da Net Serviços após a operação

	percentual	total					
GLOBO PAR	1,84%	0,82%					
DISTEL	2,08%	2,10%					
GB	5,00%	20,30%					
EMBRATEL	31,11%	25,12%	→	NET Serviços de Comunicação S.A.			
BNDESPAR		0,88%					
OUTROS	0,89%	42,48%					

Fonte: Requerentes.

25. Em resposta ao Ofício nº 2910/2006/CADE, em 9 de novembro de 2006, a Globo Comunicação e Participações S.A. esclareceu que, quanto à composição societária da Net Serviços, o nome da Embratel Participações S.A. (“EMBRAPAR”) aparece na condição de sucessora da Latam do Brasil Participações S.A. (“LATAM”) – conforme constava no Informe Complementar nº 63/CMLCE/Anatel, de 28.07.2005 –, por força da extinção da LATAM por incorporação pela EMBRAPAR, em 24 de outubro de 2005.

26. As Requerentes apresentaram as seguintes justificativas para a realização da operação:

(i) Telmex

“ Como a Telmex espera um crescimento substancial do mercado de telecomunicações brasileiro nos próximos anos, a razão decisiva para a operação é consolidar sua presença no país como um agente importante, de forma a desenvolver com sucesso as atividades do grupo .” (fl. 17 dos autos)

(ii) Globopar

“ A operação ora notificada configura uma grande oportunidade para atender às necessidades do processo de reestruturação dos passivos da NET Serviços. Além disso, a operação criará condições para o ingresso, na NET Serviços, de um parceiro estratégico no ramo de telecomunicações, a Telmex, o que trará substanciais sinergias para os negócios da NET Serviços, configurando uma alternativa muito superior à hipótese de realização de negócio semelhante com credores ou investidores não comprometidos com a estratégia de negócio da empresa. O negócio com a Telmex é, assim, uma oportunidade de atender os interesses da NET Serviços, de forma compatível com os interesses da Globopar, pois esse desinvestimento parcial da Globopar na operadora NET Serviços está em linha com a estratégia já anunciada das Organizações Globo de concentrar seus esforços e investimentos na sua área de expertise maior: a produção de conteúdo brasileiro. ” (fl. 17 dos autos)

27. As Requerentes argumentaram que a operação é pró-competitiva pelas seguintes razões:

(i) Acesso de Banda Larga à Internet

“ No mercado de acesso de banda larga à Internet, o principal fator que dificulta a entrada de novos competidores está nos custos de construção de uma infra-estrutura de rede com a capilaridade necessária para chegar nos clientes finais. A presença desta barreira à entrada é um importante determinante da elevada concentração da estrutura da oferta de tais serviços, pois as posições dominantes detidas pelas três concessionárias de STFC Local – Brasil Telecom, Telefônica e Telemar – são um resultado direto do controle que estas detêm sobre a rede de telefonia local. ” (fl. 31 dos autos)

(ii) Acesso Local

“ Os mercados de acesso local se caracterizam pela presença de elevadas barreiras à entrada, resultantes dos custos envolvidos em uma eventual duplicação da rede de telefonia local já existente. Estas barreiras à entrada afetam não apenas as condições de concorrência neste mercado específico, mas também de mercados de serviços de telecomunicações que dependem do acesso local para serem ofertados aos usuários finais. Desta forma, a presente operação, ao viabilizar para empresas do Grupo Telmex a obtenção do acesso local provido pelos meios físicos detidos pela NET Serviços, estabelece justamente as condições para que – em algumas localidades – estas barreiras à entrada sejam contornadas, o que reduz o poder de mercado das empresas dominantes nos mercados de serviços de acesso local. ” (fl. 31 dos autos)

IV – DA TEMPESTIVIDADE

28. O Contrato de Compra e Venda de Ações (“Contrato”) foi celebrado em 27 de junho de 2004. O Ato de Concentração foi apresentado ao SBDC, através da Anatel, em 16 de julho de 2004; portanto, a submissão da operação foi tempestiva.

V – DA HABILITAÇÃO DE TERCEIROS INTERESSADOS

29. Durante a instrução processual, foram feitos dois pedidos de ingresso no feito, na condição de terceiros interessados, bem como vistas dos autos para extração de cópias: 1) A Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob o nº 60.509.239/0001-13, protocolou petição, em 20 de abril de 2005 (fls. 1.105-1.106); 2) e A Associação Neo TV, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.571.517/0001-29, protocolou petição, em 16 de agosto de 2006 (fls. 1.415-1.418).

30. Saliente-se que a Anatel deferiu o pleito da Bandeirantes, nos termos do Ofício nº 54/2005/CMLCE/CMLC-Anatel, de 6 de maio de 2005 (fls. 1.108-1.109), observando o disposto nos arts. 4º, II, e 42, ambos da Norma nº 07/1999-Anatel, anexa à Resolução nº 195, de 7 de dezembro de 1999 (Procedimentos Administrativos para Apuração e Repressão das Infrações da Ordem Econômica e para o Controle dos Atos e Contratos no Setor de Telecomunicações), *in verbis* :

“Art. 4º São legitimados como interessados no processo administrativo:

[...]

II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada.

[...]

Art. 42. Os interessados, mesmo não sendo parte no feito, têm direito, mediante requerimento fundamentado, à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documento que o integram, ressalvados os dados e documentos sigilosos de terceiros nos termos do disposto no título VI da presente Norma, bem como, na fase instrutória e antes da tomada de decisão, a juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, e aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º As informações e documentos trazidos pelos interessados só serão juntados aos autos do processo administrativo se, à critério da autoridade da Anatel, forem considerados relevantes ao esclarecimento da matéria investigada.

§ 2º *Serão recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.*”

31. O Conselheiro-Relator deferiu o pedido da Neo TV, através do Despacho Gab. LCDP nº 27/2006, de 22 de agosto de 2006, e, posteriormente, referendado pelo Plenário do CADE, na 380ª Sessão Ordinária do CADE, em 30 de agosto de 2006.

Nota:

3 Informe nº 001/CMLCE-Anatel, de 17 de janeiro de 2005, Informe Complementar nº 63/CMLCE-Anatel, de 28 de julho de 2005.

32. Desta forma, as empresas habilitadas como terceiras interessadas no feito acompanharam o curso processual, requerendo vistas e extraíndo cópias dos autos.

VI – INFORME DA ANATEL

33. A Anatel, no exercício das atribuições conferidas pela Lei nº 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações, dentre as quais se incluem as instruções dos processos submetidos ao julgamento do CADE no setor de telecomunicações, produziu um detalhado Informe³ sobre o ato de concentração em análise.

34. As Requerentes submeteram a operação à análise prévia da Autoridade Reguladora (Anuência Prévia, de acordo com a Resolução nº 101/1999-Anatel), com vistas à obtenção da confirmação de que estaria em consonância com a legislação em vigor. O assunto fora encaminhado para a deliberação do Conselho Diretor da Anatel, que, em sua Reunião nº 326, de 6 de dezembro de 2004, adotando a Análise nº 252/2004-GCLA, de 2 de dezembro de 2004, aprovou a operação, nos termos do Ato nº 48.245/2006, publicado no Diário Oficial da União em 7 de dezembro.

35. Durante a instrução processual, a Agência verificou uma divergência entre o quadro societário da Net Serviços registrado nos assentamentos cadastrais lá mantidos e o quadro encaminhado pelas Requerentes (fl. 15). Para solucioná-la, a Gerencia Operacional de Transferências de Outorgas e de Alterações Societárias – CMLCE1 encaminhou ofícios às Requerentes, solicitando esclarecimentos. Após o recebimento das respostas, elaborou-se o Informe nº 101/CMLCE, de 29 de outubro de 2004, atualizando os quadros societário e diretivo da Net Serviços, e os quadros societários de diversas empresas das Organizações Globo.

36. A Anatel definiu os seguintes mercados relevantes de atuação da Net Serviços:

- (i) Provimento de Serviço de Comunicação Eletrônica de Massa por assinatura (SCEMA);
- (ii) Provimento de Serviços de Valor Adicionado mediante uso de redes de SCEMA.

37. Uma vez que o Grupo Telmex não teria concessão, autorização ou permissão para a exploração de SCEMA, a Agência concluiu que não há “relações horizontais” nas atividades destacadas pela operação.

38. A Anatel discorda da definição de mercado relevante “de serviços de acesso de banda larga à Internet” proposta pelas Requerentes, e informa que sobre esse assunto já se pronunciou em outros atos de concentração. Especialmente sobre a diferenciação do provimento de Serviço de Valor Adicionado – SVA, seja ele realizado mediante o uso de redes de SCEMA ou de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC (via ADSL), manifestou-se nos seguintes termos:

“Conjugando as definições constantes da Lei Geral de Telecomunicações, da Norma MC nº 004/1995, que regulamenta o uso de meios da Rede Pública de Telecomunicações para acesso à Internet, e do Regulamento para uso de redes de Serviços de Comunicação de Massa por Assinatura para provimento de Serviços de Valor Adicionado, aprovado pela Resolução nº 190, de 29 de novembro de 1999, verifica-se que o Serviço de Conexão à Internet é um Serviço de Valor Adicionado e o provedor desse serviço não necessita de autorização da Anatel para fazê-lo. Entretanto, esse provedor precisa, necessariamente, utilizar a redes de telecomunicações para entregar o seu serviço ao usuário.

As Redes das prestadoras de quaisquer serviços de telecomunicações devem ser utilizadas para suportar o Serviço de Conexão à Internet (uma das espécies de SVA), estando aptas para tanto mediante a utilização de modem (ADSL,

Cable Modem, etc.) ou outra tecnologia apropriada que acrescente capacidade à rede e a torne mais adequada à oferta de outros serviços aos usuários dessa rede.

Assim, vê-se que o provimento de Serviços de Valor Adicionado pode se dar pelo uso da rede de qualquer serviço de telecomunicações, sendo certo que o usuário, para fazer uso do serviço de acesso à Internet ofertado pelo provedor, deverá, obrigatoriamente, ser usuário do serviço da prestadora do serviço de telecomunicações (STFC, SCEMa ou outro).

Sobre a questão, também é preciso consignar que, do ponto de vista do consumidor do Serviço de Valor Adicionado, há diferença se ele é prestado mediante o uso de redes de SCEMa ou de outros serviços de telecomunicações (STFC, por exemplo).

A impossibilidade de substituição perfeita é afastada por um simples raciocínio hipotético. Na hipótese de uma pequena, porém significativa e não transitória elevação do valor cobrado pelos serviços de um determinado provedor de SVA mediante o uso de redes de SCEMa, é possível supor que seus assinantes substituiriam o serviço pelo similar, por exemplo, o ofertado por empresas que utilizem a rede de STFC. Entretanto, não se pode dizer que a mesma substituição ocorreria se o aumento fosse do serviço prestado mediante rede de STFC. Isso porque se pode considerar que a maioria dos assinantes de SCEMa é usuário de STFC, o que viabilizaria a migração, mas nem todos os usuários de STFC possuem assinatura de SCEMa. Mas, mesmo na hipótese de migração do SVA por rede de SCEMa para o SVA por meio de STFC, vê-se que a substituição não é perfeita visto a questão da velocidade de acesso.

Outro aspecto a indicar que os serviços de provimento de SVA mediante o uso de redes de SCEMa e de STFC (via ADSL) não são substitutos perfeitos é a questão da disponibilidade. Até o presente momento não existem dados suficientes, que comprovem que ambos os serviços estão disponíveis a todo e qualquer consumidor interessado nas mesmas áreas.

Assim, considerando que a boa prática antitruste recomenda que, na dúvida, deve-se optar pelo cenário mais restritivo (conservador), tem-se que o serviço ofertado pela Net Serviços deve ser definido como de Provimento de Serviços de Valor Adicionado mediante uso de redes de SCEMa e não como definido pelas Requerentes, qual seja, serviço de acesso de banda larga à Internet (conforme item IV.3, do Anexo I, da Norma nº 4/1994-Anatel, fl. 26). ” (fls. 947-948)

39. Por não ter identificado sobreposição entre as atividades desenvolvidas pelas Requerentes, ou por empresas participantes dos respectivos Grupos, a Anatel decidiu não passar para a fase seguinte no exame do supramencionado mercado relevante: sua dimensão geográfica.

40. Com relação ao uso da rede de cabos da Net Serviços para o provimento de serviços de acesso local por parte do Grupo Telmex, a Agência entende que *“tal mercado não é passível de regulação por esta Agência Nacional de Telecomunicações, razão pela qual prescinde de análise por esta Gerência”* (Gerência de Regime Legal das Empresas e do Consumidor – CMLCE).

41. Em sua conclusão, a Agência verifica que *“a operação apresentada não possui potencial para gerar prejuízos à concorrência, prescindindo, pois, de análise mais profunda e detalhada. Isso porque a operação refere-se à substituição de agente econômico, ou seja, uma operação em que a empresa adquirente, a Telmex, ou seu grupo não participava, antes do Ato, dos mercados envolvidos”*. Ademais, não identifica *“nexo causal entre a operação e eventuais condições que favoreçam o exercício de poder de mercado por parte da empresa adquirente”*.

42. O Conselheiro-Relator do processo na Anatel, Luiz Alberto da Silva, acolheu os argumentos da área técnica *in totum*, e recomendou encaminhar o processo ao CADE para julgamento, com parecer favorável a sua aprovação, sem restrições, conforme Análise nº 050/2006-GCLA, de 9 de março de 2006. O Conselho Diretor da Agência acatou a sugestão, e determinou a remessa dos autos do processo ao CADE, de acordo com o Ato nº 57.130, de 27 de março de 2006, publicado no Diário Oficial da União em 3 de abril de 2006.

VII – DO PARECER DA ProCADE

43. Os autos do processo sob exame chegaram ao CADE em 10 de maio de 2006, e foram recebidos pelo Gabinete do Conselheiro-Relator em 17 de maio do corrente. No mesmo dia, foram abertas vistas à Procuradoria-Geral do CADE para pronunciamento, nos termos do art. 42 da Lei nº 8.884/94 c/c art. 14 da Resolução nº 12/1998.

44. Em seu parecer, a Procuradoria Federal do CADE entendeu que a operação configura mera reestruturação societária, sem alteração no pólo decisório:

“Da análise do Contrato de Compra e Venda de Ações, firmado entre Globo Comunicações e Participações S.A., Roma Participações Ltda., Telefones de México S.A. e GB Empreendimentos e Participações S.A.; do Instrumento Particular de Outorga de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, firmado entre Globo Comunicações e Participações S.A., Telefones de México, S.A. de C.V. e GB Empreendimentos e Participações S.A., na qualidade de interveniente anuente; do Anexo I ao Instrumento Particular de Outorga de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças; objeto de autuação em apartado revestido de confidencialidade, esta Procuradoria não verificou a existência de cláusulas que do ponto de vista jurídico-formal violem dispositivos da Lei nº 8.884/1994.

A submissão da operação ocorreu em 16 de julho de 2004 (fl. 01) e o fechamento em 21 de março de 2005, como indicado a fls. 964 e ss., o que indica que a submissão se deu de forma tempestiva, ex vi o disposto no art. 54, § 4º, da Lei nº 8.884/1994.”

45. Desta forma, concluiu que a operação foi apresentada tempestivamente e que deve ser aprovada, sem restrições.

VIII – HISTÓRICO, EVOLUÇÃO E LEGISLAÇÃO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

46. A operação apresentada ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC insere-se em um novo contexto por que passa o setor de telecomunicações. Este pode ser caracterizado como o marco inicial de um processo de convergência dos serviços de telecomunicações, que se aprofundado será a mais importante transformação do setor, desde o processo de privatização do Sistema Telebrás, em 1998.

47. Anteriormente à privatização, os serviços públicos de telecomunicações no Brasil eram explorados por uma empresa *holding*, a Telebrás, por uma empresa *carrier* de longa distância de âmbito nacional e internacional, a Embratel, e por 27 empresas de âmbito estadual ou local. Ainda compunham o Sistema quatro empresas independentes, sendo três estatais (CRT, SERCOMTEL e CETERP) e uma privada (CTBC).

48. Problemas de financiamento do sistema, resultado da crise financeira do Estado brasileiro e, ainda, novas orientações de política econômica que priorizavam reformas institucionais levaram a alterações no marco jurídico do setor.

49. Assim, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional, em 16 de fevereiro de 1995, a Mensagem nº 191/1995, com a Proposta de Emenda Constitucional nº 03-A/1995. Dessa proposta resultou a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou o inc. XI e a alínea a do inc. XII do art. 21 da Constituição Federal, dando-lhes a seguinte redação:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;”

50. Pretendia-se, com essa reforma, introduzir competição na prestação dos serviços públicos, eliminando a exclusividade da concessão das empresas sob controle estatal e oferecendo a oportunidade para que agentes privados se interessassem pela exploração dos serviços de telecomunicações.

51. A previsão constitucional de criação de um órgão regulador foi implementada com a promulgação da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações, que, no seu Livro I – Dos Princípios Fundamentais, diz que compete à União, por intermédio da Anatel, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

52. A intenção inicial do Poder Executivo era encaminhar uma lei que permitisse a prestação de serviços de rádio e televisão regulada pela mesma Agência responsável pelas telecomunicações tradicionais (telefonia, transmissão de dados, etc.), baseado no reconhecimento do processo – já naquele momento – da convergência tecnológica⁴.

Nota:

4 HERRERA, Alejandra. Introdução ao Estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil. São Paulo: Singular, 2001. p. 33.

53. Desta forma, possibilitaria que as mesmas infra-estruturas fossem utilizadas tanto para prestar serviços telefônicos e de transmissão de dados, como para prestar serviços de rádio e televisão⁵. Entretanto, optou-se por encaminhar um projeto de lei ao Congresso que regulasse os meios eletrônicos de comunicação de massa em um momento posterior, mesmo reconhecendo que a provável convergência dos serviços de rádio e televisão com o restante dos serviços de telecomunicações geraria uma série de conflitos específicos⁶, que requereriam um corpo normativo coerente e a formação de uma Agência Nacional de Comunicações – Anacom, órgão regulador único para telecomunicações e radiodifusão, ao invés de uma Anatel, órgão regulador somente para telecomunicações⁷.

Nota:

5 Segundo Herrera: “Dada a existência deste processo, persistir em regular em separado os diversos serviços poderia resultar em normas contraditórias e distorções graves em termos de políticas de defesa da concorrência e de universalização dos serviços”. Op. cit., nota 4.

6 Op. cit., nota 4.

7 3ª Reunião Periódica da Comissão de Estudos Gerais da Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações – ABDI, realizada em 26 de setembro de 2006, Brasília/DF. Palestrante: Walkyria Tavares, da Câmara dos Deputados.

54. Portanto, estabeleceu-se que a política executiva e normativa cuidaria apenas das “telecomunicações tradicionais”, e se firmaria sobre o tripé continuidade-universalização-competição⁸.

Nota:

8 A Exposição de Motivos nº 231 do Ministério das Comunicações já

previa a necessidade de adotar uma regulamentação que permitisse às operadoras reagir rapidamente aos imperativos do mercado e da evolução tecnológica, com o intuito de oferecer à sociedade brasileira serviços básicos de telecomunicações em toda a extensão de seu território, de forma não discriminatória, com atributos uniformes de disponibilidade, acesso e conectividade, e a preços satisfatórios. Ver a EM 231/MC, de 10 de dezembro de 1996.

55. Resumidamente, os objetivos específicos pretendidos com a reforma de telecomunicações, como forma de introduzir competição na exploração dos serviços e universalizar o acesso aos serviços básicos, foram:

- a) fortalecer o papel regulador do Estado e eliminar seu papel de empresário;
- b) aumentar e melhorar a oferta de serviços;
- c) em um ambiente competitivo, criar oportunidades atraentes de investimento e de desenvolvimento tecnológico e industrial;
- d) criar condições para que o desenvolvimento do setor fosse harmônico com as metas de desenvolvimento social do país;
- e) maximizar o valor de venda das empresas estatais de telecomunicações sem prejudicar os objetivos anteriores ⁹.

Nota:

⁹ Vide item “Objetivos da Reforma”. In: EM 231/MC, de 10 de dezembro de 1996.

56. Antes da privatização do Sistema, o Poder Executivo tratou da elaboração e detalhamento do marco regulatório para o setor. Para isso, tomou as seguintes providências:

- (i) definição do Plano Geral de Outorgas – PGO, já previsto no art. 84 da LGT e aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998, que dividiu o território nacional em 3 áreas nas quais atuariam as empresas vencedoras dos leilões de privatização da telefonia fixa;
- (ii) fixação do Plano Geral de Metas de Universalização do Serviço de Telecomunicações – PGMU (previsão legal art. 18, III, da LGT; instituído pelo Decreto nº 2.592, de 15 de maio de 1998), estabelecendo metas a serem seguidas pelas empresas de telefonia fixa atuantes sob regime público. Estas metas envolveram, entre outros itens, o número de telefones instalados, a quantidade de telefones públicos a serem disponibilizados, os prazos para atender aos clientes que solicitam linhas fixas, prover serviços de emergência e priorizar atendimento a escolas e instituições de saúde e deficientes;
- (iii) definição do Plano de Metas de Qualidade – PGMQ e dos Contratos de Concessão;
- (iv) definição de que a Embratel, mesmo depois de privatizada, atuaria em ligações de longa distância nacional (LDN) e internacional (LDI); e
- (v) definição de que cada uma das empresas de telefonia fixa atuantes nas 3 regiões sofreria, posteriormente, a concorrência de uma empresa-espelho, o mesmo valendo para a Embratel.

57. Desta forma, estabelecido o marco regulatório, adotou-se o sistema de assimetria regulatória como o modelo ideal para o fomento da competição. Partiu-se da aceção de que o regime de duopólio seria o mais adequado, a despeito da possibilidade de atuação no mercado de quantas empresas tivessem interesse ¹⁰.

Nota:

¹⁰ *“Uma estrutura de duopólio aparenta algumas vantagens. Em primeiro lugar, ela permitiria um adequado planejamento do processo de outorga das novas concessões, em que o critério básico de seleção do vencedor seria baseado o nível de investimentos e no grau de cobertura propostos pelos concorrentes. [...] Em segundo lugar, com a competição limitada provavelmente não haveria guerras de preços, de modo que o retorno dos investimentos seria mais seguro, o que acabaria estimulando os investimentos. E, finalmente, com poucos concorrentes para controlar, a tarefa do órgão regulador seria facilitada, dando-lhe portanto condições de se estruturar adequadamente e adquirir a necessária capacitação.”* (EM 231/MC, de 10 de dezembro de 1996)

58. Considerando que os operadores antigos tinham uma situação inicial de nítida vantagem em relação aos novos entrantes, pois possuíam uma grande infra-estrutura instalada, clientes, fluxo de caixa para financiar investimentos, e uma marca conhecida no mercado, conclui-se que seria preciso impor obrigações diferenciadas entre os antigos e os novos operadores, com o intuito de que estes se instalassem e se desenvolvessem. Neste sentido, essa era a política a ser adotada pelo setor:

“(...) Pode-se idealizar um cenário como sendo aquele mais aderente ao objetivo da reforma: divisão do Sistema

TELEBRÁS em três a cinco empresas regionais e na EMBRATEL. As empresas regionais explorariam os serviços locais, interurbano intra-estadual e interestadual, dentro de sua área de concessão; a EMBRATEL exploraria os serviços intra-estadual, interestadual e internacional em todo o País. Haveria, portanto, competição entre as empresas regionais e a EMBRATEL. Essa competição não ocorreria, inicialmente, entretanto, nos serviços locais (restritos às empresas regionais e aos novos operadores) nem nos de longa distância inter-áreas de concessão e internacional (restritos à EMBRATEL e aos novos operadores). Os novos operadores, em número ilimitado, poderiam ser autorizados a prestar qualquer serviço em qualquer parte do País, à medida que as empresas atuantes nessa região estivessem privatizadas. Eles poderiam, portanto, gradualmente ir obtendo autorizações de região em região, até cobrirem todo o território nacional, quando não teriam qualquer restrição de atuação, nem geográfica nem de serviços.”¹¹

Nota:

11 EM 231/MC, de 10 de dezembro de 1996.

59. Assim, idealizou-se a assimetria de tratamento regulatório entre antigos (a partir de então seriam tratados como concessionárias locais) e novos operadores (autorizadas) de serviços de telecomunicações, e a estes últimos estariam associadas menos obrigações, no que diz respeito a restrições e metas a serem cumpridas. A racionalidade dessa estratégia seria atenuar a vantagem competitiva das empresas já estabelecidas para promover a concorrência:

- a) primeira assimetria – relaciona-se com o regime de exploração dos serviços. Por estarem prestando serviço sob o regime público, as concessionárias locais estão sujeitas ao controle tarifário e obrigação de metas de universalização;
- b) segunda assimetria – refere-se à definição da área de atuação. Até o cumprimento das metas, as concessionárias locais de telefonia fixa somente poderiam atuar dentro dos limites de suas regiões;
- c) terceira assimetria – relaciona-se ao critério de autorização para expansão das atividades. Foram estabelecidos períodos de transição diferenciados para os antigos e novos operadores. Também seria vedada às concessionárias locais a aquisição de empresas de TV a cabo (e vice-versa), potenciais competidores na prestação de serviços de telecomunicações e detentores de rede capilar, até que seja expressamente revogada tal vedação (Cláusula 14.1 do Contrato de Concessão).
- d) quarta assimetria – refere-se à restrição ao uso de tecnologias: as concessionárias locais foram proibidas de utilizar tecnologias de acesso sem fio (WLL) até 2001.

60. Em julho de 1998, foi implementada a privatização do Sistema Telebrás, sendo vendida parte do sistema brasileiro de telecomunicações, constituído por três *holdings* de telefonia fixa, uma de longa distância e oito de telefonia celular.

61. No que se refere aos serviços de telefonia fixa, a cisão do Sistema Telebrás deu origem a quatro empresas de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, que receberam concessão para exploração do serviço em distintas regiões de atuação:

Mapa1

Regiões do Plano Geral de Outorgas



Fonte: Teleco.

Tabela 5

Regiões do Plano Geral de Outorgas

REGIÃO	ÁREA GEOGRÁFICA CORRESPONDENTE AO(S) TERRITÓRIO(S)
I Telemar Norte Leste	dos 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.
II Brasil Telecom	do Distrito Federal e dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre.
III Telesp	do Estado de São Paulo.
IV Embratel	Nacional

Fonte: Anatel.

62. No início, no que tange ao STFC, as empresas responsáveis pelas regiões I, II e III ficaram restritas à prestação de serviços locais e de longa distância dentro de suas regiões. Por sua vez, a Embratel poderia atuar somente na prestação de serviços de longa distância e internacionais. Além disso, para cada uma das empresas de telefonia fixa resultantes da cisão do Sistema Telebrás (denominadas incumbentes) deveria haver uma concorrente (denominadas entrantes, empresas-espelho).

63. Previu-se, ainda, que, no que diz respeito às regiões I, II e III, uma mesma empresa poderia deter autorizações em mais de uma região. Entretanto, uma mesma empresa não poderia deter autorização simultânea para a região IV e qualquer uma das outras regiões. Além disso, houve expressa vedação para que empresas derivadas do processo de reestruturação da Telebrás participassem da licitação das empresas-espelho.

64. Desse modo, na fase de transição, foram previstos os duopólios temporários supramencionados na prestação dos serviços de telecomunicações. A partir de 2002, o modelo de regulação estabeleceu a possibilidade das operadoras de telefonia fixa (concessionárias) anteciparem suas respectivas metas de universalização, a fim de viabilizar a diversificação de seus serviços e área de prestação dos mesmos.

65. Assim, o art. 10, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998 (Plano Geral de Outorgas – PGO), assegurou que, a partir de 31 de dezembro de 2002, deixaria de existir qualquer limite para o número de prestadoras de STFC. Esse mesmo dispositivo, contudo, fixou a antecipação daquele marco temporal para 31 de dezembro de 2001, para todas as operadoras que quisessem cumprir adiantadamente as metas de universalização.

66. Assim, foram celebrados Contratos de Concessão com as concessionárias locais e com a Embratel, contendo os compromissos entre o poder concedente (União) e operadora, e refletiam as regras anteriormente mencionadas, como atendimento ao mercado, investimentos em infra-estrutura, qualidade, tarifas, interconexão, por um lado, como exigência do poder concedente; por outro lado, são referentes a que mercados e que serviços podem ser explorados pela operadora, e quais condições de competição ela teria que enfrentar. Saliente-se que as licenças outorgadas aos novos operadores (autorizações) deveriam refletir, também, as regras estabelecidas. O que as diferenciava desde então era o regime de exploração do serviço de telecomunicações.

67. Nesse sentido, a LGT estabeleceu dois critérios diferentes para classificar os serviços de telecomunicações. O primeiro deles refere-se à abrangência dos interesses atendidos por eles e permite diferenciar os serviços de interesse coletivo dos serviços de interesse restrito¹². O segundo critério refere-se ao regime jurídico da sua prestação e permite diferenciar os serviços prestados no regime jurídico público dos serviços prestados no regime jurídico privado¹³.

Nota:

12 Art. 62 da Lei nº 9.472/1997.

13 Art. 63 da Lei nº 9.472/1997.

Tabela 6

Classificação dos Serviços de Telecomunicações

(quanto à abrangência de interesses e quanto ao regime jurídico)

ABRANGÊNCIA DE INTERESSES	COLETIVO	REGIME	
		PÚBLICO CONCESSÃO (i.e, STFC) PERMISSÃO	PRIVADO AUTORIZAÇÃO (i.e, STFC)

	RESTRITO	NENHUM	AUTORIZAÇÃO Tácita Expressa
--	----------	--------	-----------------------------------

Fonte: Lei Geral de Telecomunicações – LGT.

a) Serviços Prestados em Regime Público – Concessão

A exploração do serviço no regime público depende de prévia outorga pela Anatel, mediante concessão, e implica o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação¹⁴. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, que sujeita a concessionária aos riscos empresariais, pelo que é remunerada pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas, respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar¹⁵.

Nota:

14 Art. 83 da Lei nº 9.472/1997.

15 Art. 83, parágrafo único, da Lei nº 9.472/1997.

b) Serviços Prestados em Regime Público – Permissão

Será outorgada permissão, pela Anatel, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão¹⁶. Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado¹⁷.

Nota:

16 Art. 118, *caput*, da Lei nº 9.472/1997.

17 Art. 118, parágrafo único, da Lei nº 9.472/1997.

c) Serviços Prestados em Regime Privado – Autorização

A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências associadas, e é baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica. Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias¹⁸. Ressalte-se que, dentre outros critérios, a exploração dos serviços neste regime tem por objetivo garantir a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e qualidade; a competição livre, ampla e justa; o uso eficiente do espectro de radiofrequências; e o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor¹⁹.

Nota:

18 Art. 131, § 1º, da Lei nº 9.472/1997.

19 Art. 127, I, II, VII e IX, da Lei nº 9.472/1997.

Na exploração desses serviços, a liberdade é a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público. Nenhuma autorização poderá ser negada, salvo de por motivo relevante, e seus condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes²⁰. Por fim, saliente-se que o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser e que deve haver

relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidas²¹.

Nota:

20 Art. 128, I, II e III, da Lei nº 9.472/1997.

21 Art. 128, IV e V, da Lei nº 9.472/1997.

68. Analisados os regimes de exploração dos serviços de telecomunicações pelos operadores, cumpre ressaltar as principais características das diversas tecnologias disponíveis. Para efeitos práticos, delimitar-se-á o campo de atuação dessas tecnologias aos mercados de serviços de voz, dados e TV por assinatura, pois os conceitos utilizados neste tópico serão importantes para outros posteriores, e que, no todo, formam o voto.

a) Serviços de Voz

O Sistema Telefônico Fixo Comutado – STFC é o serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando-se processos de telefonia. No regime público, o STFC é prestado por concessionárias locais e empresas-espelho, e aquelas possuem obrigações de universalização e de continuidade. Prestado nas modalidades:

- 1) Local – comunicação entre pontos fixos determinados, situados em uma mesma Área Local;
- 2) Longa Distância Nacional – comunicação entre pontos fixos determinados, situados em Áreas Locais distintas no território nacional; e
- 3) Longa Distância Internacional – comunicação entre pontos fixos determinados, sendo um no território brasileiro e outro no exterior.

Caracteriza-se por uma rede de acesso, que é responsável pela conexão entre os assinantes e as centrais telefônicas. Essas redes são construídas utilizando-se **cabos de fios metálicos** (par de cobre trançado), em que um par é dedicado a cada assinante, configurando-se o “acesso” ou “linha telefônica”. Seu custo de implantação é alto e não possui mobilidade. O cabeamento dessa *essential facility* (acesso à infra-estrutura de rede, que é detida pelas concessionárias locais) também pode ser usado para acesso de Internet em banda larga em ADSL, como forma de maximizar as receitas pela agregação de serviços de valor diferenciado, mas restrito o fornecimento de serviços em alta velocidade, pois *“possui ainda restrição de uso para banda larga a 30% da capacidade de cada cabo de telefonia, composto por diversos pares metálicos, pois acima deste patamar causa interferência nos serviços de voz que trafegam no mesmo meio (denominada diafonia)”*²².

Nota:

22 Informações trazidas pela Brasil Telecom durante a instrução processual.

Os serviços de voz também podem ser prestados utilizando-se o cabo coaxial (através de “voz sobre Internet protocol – VoIP)²³, empregado na rede primária apenas pelas empresas de TV por assinatura. Embora também não apresente mobilidade e elevado custo de implantação, suas velocidades de transmissão são altas e permitem trafegar conteúdos multimídia convergentes como voz, dados e imagens.

Nota:

23 Segundo as Requerentes: “O termo ‘Voz sobre IP’ ou VoIP tem sido usado de forma bastante ampla para caracterizar aplicações que permitem transmitir voz através de redes que utilizam protocolos de comunicação IP, ou seja, são organizadas de acordo com a mesma lógica da Internet. Note-se que assim chamadas redes IP não se restringem à própria Internet, que é aberta ao uso público, mas incluem também redes privadas, como redes corporativas de voz e dados ou redes utilizadas por operadores de serviços tradicionais de telecomunicações – como é o caso da Embratel e da NET Serviços, que utilizam de redes IP para oferecer o serviço de telefonia fixa comutada que está sendo comercializado sob a denominação de NET Fone via Embratel. Entretanto, do ponto de vista dos possíveis efeitos sobre as condições de concorrência dos mercados de telefonia fixa, os serviços de VoIP baseados na Internet são potencialmente mais disruptivos, já que permitem que empresas ofertem serviços de telefonia sem a necessidade de realizar investimentos custosos em infra-estrutura de rede, com tarifas

extremamente convidativas e agregando novas características funcionais, como a mobilidade, o recebimento de correio de voz através de contas de e-mail e a vinculação de uma mesma 'linha' a números em diferentes cidades". Ver Parecer, fls. 1638-39 dos autos públicos.

A tecnologia *wireless* tem sido empregada como forma alternativa de acesso. Uma rede para "Wireless Local Loop (WLL)" é implantada de forma semelhante aos sistemas celulares, com Estações Rádio Base (ERBs), que, uma vez ativadas, podem oferecer serviço em um raio de vários quilômetros. Entre as tecnologias de acesso sem fio, incluem-se o Wi-fi, Wi-Max e MMDS. Permite a mobilidade e exige investimentos mais baixos se comparada com as demais tecnologias fixas.

b) Dados – Meios de acesso à Internet ²⁴

Nota:

24 BERNAL FILHO, Huber. Meios de Acesso à Internet. In: www.teleco.com.br.

O acesso à Internet é, normalmente, fornecido por um PASI (Provedor de Acesso a Serviços de Internet) ou por uma operadora com licença para Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, que é um serviço fixo de telecomunicações de **interesse coletivo** prestado em âmbito nacional e internacional, **no regime privado**, possibilitando a oferta de informações multimídia. Saliente-se que o SCM distingue-se do STFC, do Serviço de Radiodifusão e do Serviço de Comunicação Eletrônica de Massa por Assinatura (SCEMa). Possibilita, ainda, carregar qualquer tipo de sinal de telecomunicações e o aproveitamento dos benefícios da complementação de tecnologias, especialmente em banda larga.

Cada operadora, de acordo com a licença que possui e com as características de sua rede, pode fornecer um ou mais meios de acesso para seus usuários finais. O Serviço de Valor Adicionado – SVA ²⁵ Internet pode ser oferecido através dos acessos elétrico, óptico, ou rádio/satélite.

Nota:

25 “Art. 61, LGT. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.”

1) Acesso Elétrico

Os meios de acesso elétrico à Internet são aqueles que utilizam as redes de acesso baseadas nos cabos de cobre, sejam pares trançados ou cabos coaxiais. As formas atualmente disponíveis são as seguintes:

(i) Acesso Discado

O acesso discado à Internet é feito através da conexão da rede de telefonia fixa disponível no endereço físico do usuário final. Para ter este tipo de serviço o usuário final deve contratar o acesso à Internet de um PASI ou utilizar um serviço gratuito de acesso, e, adicionalmente, deve pagar os pulsos de ligação telefônica correspondentes ao tempo em que ficar com a conexão ativa. Além de ser considerado um acesso de banda estreita, não permite o uso simultâneo da linha telefônica para ligações de voz e o acesso à Internet.

(ii) Acesso ADSL ²⁶

Nota:

26 Protocolo ADSL (*Asymmetrical Digital Subscriber Loop*): “sistema que possibilita a transmissão de sinais em banda larga nos cabos telefônicos metálicos. É a mais comum das tecnologias DSL, que são vistas como possíveis estágios intermediários na transição para redes totalmente ópticas”. Coleção Normativa de Telecomunicações, Tomo 7. Brasília: Anatel, 2000.

O acesso ADSL é feito através do compartilhamento do cabo da linha da rede de telefonia fixa presente no endereço físico do usuário final para voz e acesso à Internet. O usuário final necessita de um *software* instalado no seu computador, que é fornecido pela própria operadora, e deve contratar o acesso à Internet de um PASI e o serviço ADSL da operadora local de telefonia fixa.

Esse tipo de acesso é considerado de banda larga, pois permite taxas mais elevadas de transmissão. Entretanto, é limitado pela distância entre o ponto de presença da operadora (POP) ²⁷ e o endereço físico do usuário final, devido à qualidade física dos cabos de cobre.

Nota:

27 POP é o ponto de presença da operadora onde se encontram os equipamentos de acesso ao usuário e da rede IP que se interliga a Internet.

(iii) Acesso por Cable Modem

O acesso por *cable modem* é feito através do compartilhamento do cabo da conexão rede de TV a cabo presente no endereço físico do usuário final para TV e acesso à Internet.

Para prover este serviço, a operadora deve instalar um CPE ²⁸ *cable modem* do lado do usuário final, e deve ter a sua rede preparada para este tipo de serviço. Além disso, o usuário final necessita de um *software* adicional instalado no seu computador, que é fornecido pela própria operadora.

Nota:

28 CPE (*Customer Premises Equipment*): é o equipamento ou o acessório que se interliga com a rede de acesso e com o computador do usuário final, fazendo as devidas conversões de sinais elétricos e de protocolos para implementar a conexão que vai permitir o acesso a Internet.

Para este tipo de serviço, o usuário final deve contratar o acesso *cable modem* da sua operadora local de TV a cabo, e, eventualmente, o acesso à Internet de um PASI ou provedor de conteúdo, dependendo do serviço selecionado e da operadora.

2) Acesso Óptico

Os meios de acesso óptico à Internet são aqueles que utilizam as redes de acesso baseadas em cabos de fibra óptica. Geralmente, utilizado por usuários corporativos, já que o custo de implantação das redes de fibra óptica levou as operadoras a escolher locais com clientes de maior poder aquisitivo.

(i) Acesso Dedicado

O acesso dedicado é feito através da expansão da rede óptica da operadora até o endereço físico do usuário final. Em muitos casos, a operadora já se encontra presente nos condomínios comerciais para oferecer o serviço aos potenciais clientes instalados nesses locais. O CPE a ser instalado pela operadora pode ser do tipo *modem* óptico ou equipamento de rede de transporte da operadora. O acesso à Internet é normalmente feito diretamente através de portas IP (*Internet protocol*) da rede da operadora.

3) Acesso Rádio ou Satélite

Os meios de acesso rádio ou satélite à Internet são aqueles que utilizam as redes baseadas em ondas eletromagnéticas. A sua utilização tem crescido devido à facilidade de implantação dessas redes em locais onde não existe infra-estrutura de cabos de cobre ou ópticos, e pela disseminação das novas tecnologias de dados baseadas em redes celulares e em sistemas Wi-Fi. As formas atualmente disponíveis são as seguintes:

(i) Acesso Rádio

O acesso rádio é feito através da implantação de rádio enlaces entre o POP da operadora e o endereço físico do usuário final. Esses enlaces podem utilizar a configuração ponto-a-ponto, onde o sistema atende apenas um endereço físico, ou a configuração ponto-multiponto, onde, a partir de um mesmo ponto de origem, podem ser atendidos diversos usuários finais em endereços físicos distintos ao longo de sua área de cobertura.

Para este serviço, o usuário final deve contratar o acesso à Internet de uma operadora que possua uma rede de dados preparada para este fim. Considerado de banda larga, este tipo de conexão tem sido usada tanto por usuários residenciais como por corporativos, com o compartilhamento por mais de um computador.

(ii) Acesso Satélite

O acesso satélite é feito através da implantação de antenas parabólicas de pequeno porte no endereço físico do usuário final. Essas antenas são alinhadas com o satélite geoestacionário utilizado pela operadora para prover o acesso à Internet na sua área de cobertura. Além da antena, deve ser instalado também um CPE apropriado para o acesso via satélite. Para este tipo de serviço o usuário final deve contratar o acesso à Internet de uma operadora que possua uma rede de dados preparada para este fim. Considerado de banda larga, este tipo de conexão tem sido usada tanto por usuários residenciais como por corporativos, com o compartilhamento por mais de um computador.

(iii) Acesso Móvel

O acesso móvel é modalidade de acesso à Internet utilizando os recursos providos pelas redes de dados das operadoras de telefonia celular ou das operadoras da tecnologia Wi-Fi. Através das operadoras móveis, o acesso se faz por um CPE instalado no próprio computador, normalmente um *notebook*, sempre de acordo com a tecnologia da prestadora (GSM ou CDMA). Para este tipo de serviço o usuário final deve contratar o acesso à Internet de uma operadora que possua uma rede de dados preparada para este fim. Já as operadoras de Wi-Fi disponibilizam pontos de acesso denominados de “*hot-spots*”, a partir do qual todos os assinantes que estiverem presentes em sua área de cobertura terão disponibilizados o acesso sem fio à Internet. “*Hot-spots*”, normalmente, são encontrados em locais públicos de grande acesso, como nos aeroportos. Para este tipo de serviço o usuário final deve contratar o acesso à Internet através de um PASI, que inclua no valor da mensalidade o custo do uso da rede da operadora *Wi-Fi*.

c) TV por Assinatura ²⁹

Nota:

²⁹ Informações trazidas dos Atos de Concentração nºs 53500.002423/2003 (Requerentes: *The News Corporation Limited, General Motors Corporation e The DirecTV Group*.) e 53500.029160/2004 (Requerentes: *The News Corporation Limited, The DirecTV Group e Globo Comunicações e Participações S.A. (Globopar)*).

As principais tecnologias empregadas no fornecimento do serviço de televisão por assinatura são as seguintes³⁰:

Nota:

³⁰ MELO, Paulo Roberto de Sousa; GORINI, Ana Paula Fontenelle; ROSA, Sérgio Eduardo Silveira da. *In TV por Assinatura, “BNDES Setorial” nº 4* (setembro/1996). Ver também o Portal do ABTA – Associação Brasileira de TV por Assinatura (<http://www.abta.com.br/site/content/panorama/tecnologia.php>).

1) TV a cabo

Nesse sistema, que é o mais utilizado no Brasil, o sinal eletromagnético é enviado até aos assinantes através de uma rede que combina cabos coaxiais (cabos condutores blindados para conduzir sinais de forma isolada do ambiente) e cabos de fibra ótica. Os custos de investimento na construção da rede variam conforme a instalação seja aérea ou subterrânea e podem limitar a implantação dessa tecnologia a áreas de alta densidade demográfica. O serviço de TV a cabo cobre principalmente as áreas urbanas e permite a transmissão de programação com conteúdo local. O sinal da programadora segue por satélite até a operadora, e, depois de codificado, é enviado através de cabo para os assinantes.

2) Serviço de Distribuição Multiponto Multicanal (MMDS)

Os sinais são distribuídos aos assinantes por meio de microondas terrestres, de forma semelhante aos canais da Televisão Aberta. Os sinais do MMDS cobrem uma área com diâmetro de até 100 quilômetros, permitindo que a programação chegue tanto às áreas urbanas quanto às periféricas. Com esse sistema é possível transmitir até 31 canais analógicos ou 180 canais digitais, embora novas tecnologias tenham demonstrado a viabilidade de se ampliar esse último número.

A instalação de um novo sistema de MMDS em uma cidade tem custo menor que o sistema de cabo porque não há o custo do cabeamento, e as antenas e receptores são colocados nas residências apenas na medida em que surgem novos assinantes. Neste caso, a programadora envia por satélite para a operadora, que transmite aos assinantes por microondas.

3) Direct-to-Home (DTH)

O assinante instala uma antena parabólica e um receptor/decodificador em sua residência e recebe os canais diretamente de um satélite geoestacionário. Ao contrário dos sistemas a cabo e MMDS, o sistema DTH não viabiliza a inserção de programas de conteúdo local, pois a programação é a mesma para todos os assinantes, em toda a área de cobertura. A maioria dos assinantes usa o sistema de banda Ku, com antena parabólica de tamanho reduzido, que pode ser instalada com facilidade mesmo dentro das residências. Portanto, a programadora pode enviar os sinais diretamente para os assinantes.

VIII – DO MÉRITO

VIII.1 –DO MERCADO RELEVANTE

69. A definição dos Mercados Relevantes a serem analisados neste AC implica discutir a conveniência de tratar os diversos serviços analisados em mercados relevantes independentes, ou considerar a conveniência em agrupar a análise em um Mercado Relevante Convergente dos Serviços de Telecomunicações e Serviços de Valor Adicionado.

70. Para isto, no entanto, é necessário recorrer ao debate internacional sobre o tema da convergência tecnológica no setor de telecomunicações e analisar o impacto desse processo no Brasil.

71. Como ponto de partida observo que o Green Paper da Comissão Européia (1997), ao tratar do tema convergência, enfatiza que o termo não pode ser facilmente delimitado, mas que “*expressa a capacidade de diferentes plataformas de rede transportarem serviços essencialmente similares, ou combinarem dispositivos tais como telefone, televisão e o computador pessoal*”³¹.

Nota:

31 European Commission, Green Paper on the Convergence of the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors, and the Implications for Regulation. Dezembro, 1997.

72. Este documento também analisa a convergência através de quatro perspectivas:

- a) aumento de alianças e fusões entre indústrias;
- b) convergência de tecnologias e plataformas de redes;
- c) convergência de serviços e mercados; e
- d) mudanças de política pública e regulação.

73. O documento enfatiza que os setores de telecomunicações, mídia e tecnologia da informação estão utilizando cada vez mais as mesmas tecnologias. Também ressalta que a convergência não é um fenômeno que envolve apenas a tecnologia, mas também novos serviços e novas maneiras de as empresas fazerem negócios e interajam com a sociedade.

74. O *Telecommunications Act* de 1996, dos Estados Unidos, também reconhece a iminente convergência entre os vários setores de telecomunicações, e ao mesmo tempo considera que a abertura deste mercado a todos os tipos de provedores vai

certamente transpor as fronteiras entre as indústrias, tornando possível a oferta de novos produtos e serviços, preços menores e um aumento da inovação³².

Nota:

32 Telecommunications Act of 1996, Disponível em: <http://www.FCC.gov/telecom.html>. Acesso em: 22.09.2006.

75. Alguns autores, como Nystrom e Hacklin (2005), vão um pouco mais além ao afirmarem que diversos tipos de processos de convergência podem ser identificados, tais como convergência tecnológica, convergência de indústrias e convergência regulatória. A suposição básica é que a convergência tecnológica leva a novos processos convergentes, tais como a convergência de indústrias. Esta, por sua vez, implica que diferentes setores industriais passam a dividir conhecimento e base tecnológica comuns em virtude do processo de convergência tecnológica³³.

Nota:

33 Nystrom, Anna-Greta e Hacklin, *Operator Value-Creation through Technological Convergence: The Case of VoIP*, ITS European Regional Conference, 2005. Disponível em: userpage.fu-berlin.de/~jmueller/its/conf/porto05/papers/nystroem_hacklin.pdf. Acesso em: 03.10.2006.

76. O que importa é que o processo de convergência permitirá, no futuro próximo, a conjunção de diversos serviços em um único aparelho, independente da infra-estrutura a ser utilizada. Serviços que comumente são prestados por redes separadas poderão ser prestados por uma única rede integrada, ou mesmo, por uma rede de redes. Dessa forma, as indústrias de telecomunicações, transferência de dados, e radiodifusão, apresentam um movimento de convergência, que provavelmente levará ao surgimento de uma nova indústria, que pode ser chamada de Indústria da Informação. **Isto significa que operações como a que está sendo analisada são altamente prováveis de continuar ocorrendo com frequência cada vez maior, até a consolidação do novo modelo.**

77. O advento da digitalização foi, com certeza, o elemento catalisador que levou ao início do processo de convergência. O fato de ser possível transformar informações de diversos tipos (voz, dados, imagens) em uma mesma forma (*binary units – bits*) faz com que os serviços de informação possam se desvincular de uma rede específica. Os serviços poderão, eventualmente, ser prestados por plataformas diferentes, expandindo as opções dos usuários finais.

78. No entanto, do ponto de vista tecnológico, a convergência ainda está em seu estágio inicial. Ainda existem vários aspectos que precisam ser superados para que a convergência tecnológica realmente ocorra³⁴.

Nota:

34 Por exemplo, com relação à TV digital nem o equipamento terminal (*set up box*) nem as redes de transmissão estão preparadas para fornecer vídeo ou serviço de transmissão de dados em banda larga. Ver BORÉS, C., SAURINA, C. e TORRES, R., *Technological Convergence: a strategic perspective*, Technovation 23, 2003. Os cabos de cobre de telefonia fixa ainda não têm banda suficiente para carregar a quantidade de informação necessária para transmitir um filme. Um operador de telefonia fixa que deseja competir com uma companhia de cabo precisará fazer investimentos em infra-estrutura para aumentar a capacidade de transmissão da rede.

79. Vamos considerar, **em uma primeira abordagem**, como prematura a análise dos serviços de telecomunicações de forma integrada. Nesse caso, definimos três mercados relevantes, na dimensão produto:

- Mercado de operadores de TV por assinatura – inclui os provedores do serviço de TV paga pelo assinante: TV a cabo, serviço de distribuição multiponto multicanal (MMDS) e serviço *direct to home* (DTH);
- Mercado de Acesso à Internet Banda Larga – inclui os provedores do serviço de acesso à Internet banda larga: acesso ADSL, acesso por *cable modem*, acesso dedicado (óptico), acesso rádio, acesso satélite e acesso móvel;
- Mercado de serviços de voz – inclui os provedores do serviço de transmissão de voz e outros sinais: STFC (cabos de fios metálicos) e cabo coaxial (voz sobre protocolo Internet) e acesso móvel (tecnologia *wireless*).

80. As definições de mercado relevante acima se baseiam na premissa de que, em cada um deles, o que interessa para o consumidor é o serviço final obtido, não importando qual tecnologia é utilizada para fornecê-lo. A substituição pelo lado da demanda ocorre em termos de serviços, e não em termos de tecnologias. Cabe, também, esclarecer que, no caso específico

do consumidor de Serviço de Valor Adicionado (Internet e VoIP), a Anatel identifica que há diferença se ele é prestado mediante o uso de redes de SCEMa (através do cabo coaxial) ou de outros serviços de telecomunicações (por exemplo, STFC, que utiliza fio de cobre metálico). Mas, a meu juízo, pela ótica do consumidor, esses serviços são efetivamente substitutos, pois há sobreposição entre os assinantes de serviço de banda larga e os usuários de TV por assinatura.

81. Na dimensão geográfica o Mercado de Operadores de TV por assinatura, como já analisado no caso dos ACs 53500.002423/2003 e 53500.029160/2004 (caso Sky-Direct TV), é local. Da mesma forma, mesmo considerando-se as objeções da ANATEL quanto à existência de um Mercado de Acesso à Internet Banda Larga, este seria na dimensão geográfica local. De forma similar o Mercado relevante geográfico dos serviços de voz teria de ser definido como local.

82. Observe-se que, embora a ANATEL não tenha feito uma análise detalhada dos mercados relevantes considerados no caso, observa-se que não há superposição entre as empresas fusionadas no presente caso.

83. Vamos agora considerar a existência de um **Mercado Relevante Convergente dos Serviços de Telecomunicações e Serviços de Valor Adicionado**. Neste, os consumidores consideram o produto como sendo um pacote de serviços combinados, e, vêm, dessa forma, os diversos pacotes de serviços como substitutos entre si. No caso, definiríamos esse mercado, na dimensão geográfica, como local, pois serviços de telefonia são sempre prestados localmente, como demonstrado na análise dos mercados relevantes sob hipótese da não-convergência.

84. Também não há maiores preocupações quanto ao impacto imediato sobre a concorrência. Em alguns aspectos, o presente AC é inclusive pró-competitivo, como o fato de aumentar a concorrência no mercado de serviços de voz e acesso à Internet banda larga.

85. Entretanto, uma vez que o marco regulatório brasileiro não considera o processo de convergência, não é impossível e, sob certos aspectos é inclusive provável, o surgimento de barreiras à entrada de concorrentes da Net Serviços em um mercado convergente de Serviços de Telecomunicações.

86. Essas barreiras surgiriam das dificuldades de as outras empresas de telefonia, em vista do marco regulatório existente, responderem aos desafios da convergência tecnológica, empreendendo seus próprios projetos de oferta de serviços para o mercado convergente de serviços de telecomunicações e serviços de valor adicionado.

87. Para isto, enfrentaremos, neste voto, alguns problemas regulatórios, com impactos concorrenciais, nos mercados de convergência tecnológica em serviços de telecomunicações.

VIII.2 –MUDANÇAS NO AMBIENTE REGULATÓRIO – EVIDÊNCIA INTERNACIONAL

88. A indústria de telecomunicações, tanto no Brasil como em outros países, tradicionalmente tem se caracterizado pela presença de atores que agem isoladamente em determinadas áreas. Com o advento do processo de convergência, a tendência à cooperação entre os atores passou a ser crescente. Com isto, passou a ser fundamental que o papel do agente público de reconhecer a existência desse processo e atuar no sentido de garantir e fomentar a competição.

89. É relevante para o caso em questão analisar como a convergência tem afetado outros países, quais têm sido os dilemas enfrentados pelos mesmos e quais as propostas de adaptação ao novo ambiente têm sido oferecidas por estudiosos da área.

90. Nessa linha, o caso austríaco é analisado por Latzer (1996), que discute o desenvolvimento da TV a cabo nesse país, enfatizando a crescente interconexão dos setores de telecomunicações e de radiodifusão. O autor nota que mudanças relevantes seriam geradas pelo ambiente convergente e possíveis problemas regulatórios adviriam do processo. Ressalta também que a distinção entre a legislação de telecomunicações e a de radiodifusão já se mostrava incapaz de resolver as questões com as quais as autoridades estavam começando a enfrentar. Sem perceber, a autoridade de telecomunicações já estava assumindo um papel cada vez mais relevante na definição de políticas de comunicação ³⁵.

Nota:

35 LATZER, Michael, *Cable TV in Austria – Between Telecommunications and Broadcasting*, Telecommunications Policy, v. 20 (4). 1996.

91. As perspectivas mais importantes eram: (a) entrada das empresas de TV a cabo no mercado de serviços de telecomunicações e de radiodifusão; (b) perspectivas das empresas de passar a produzir o seu próprio conteúdo.

92. O autor adverte para a ausência de políticas públicas para a convergência dos setores de telecomunicações e radiodifusão. Os fatos de que o serviço de TV a cabo, na Áustria, é legalmente um serviço de telecomunicações, mas funcionalmente um serviço de radiodifusão, e que os dois serviços são supervisionados por duas autoridades regulatórias diferentes, demonstram que seria cada vez mais complexo formular e executar uma política de mídia e comunicações integrada.

93. Portanto, segundo a avaliação de Latzer, uma reformulação do ambiente regulatório mostrava-se extremamente necessária não apenas no que concerne ao conteúdo e à promoção do interesse social, mas também para garantir a formação de uma infra-estrutura de comunicações social e economicamente eficiente.

94. Um interessante trabalho comparativo de políticas para o ambiente regulatório em vários países dos setores analisados neste voto foi realizado por Perrucci e Cimattoribus (1997) ³⁶. Os autores atestam que o movimento de convergência econômica e tecnológica ocorre simultaneamente ao movimento de introdução de elementos competitivos em mercados que por muito tempo apresentaram contextos monopolistas. Estes movimentos concomitantes, por sua vez, geraram a necessidade de rever o papel e as características das políticas regulatórias nos vários setores envolvidos pelo

processo de convergência.

Nota:

36 PERRUCCI, Antonio and CIMATORIBUS, Michela, *Competition, Convergence and Asymmetry in Telecommunications Regulation*, *Telecommunications Policy*, v. 21(6), 1997.

95. Ao analisar a experiência de países como França, Alemanha, Reino Unido e Estados Unidos, os autores fazem algumas recomendações para a revisão das políticas regulatórias com o intuito de adequar as mesmas ao novo ambiente convergente.

96. Em primeiro lugar, segundo eles, para garantir um mercado competitivo é preciso implementar medidas que limitem, e depois eliminem, condições de assimetria que caracterizam a transformação de mercados monopolistas em ambientes mais competitivos. Seria, portanto, primordial distinguir as vantagens atribuídas unicamente à condição de monopólio daquelas que podem ser transpostas por empresas mais eficientes. Apenas as primeiras deveriam atenuadas com a imposição de condições e/ou restrições sobre as empresas incumbentes.

97. Em segundo lugar, a tecnologia teria a capacidade de transpor barreiras entre mercados e de identificar novos produtos e serviços cuja posição e definição no novo mercado convergente muitas vezes não é simples ou mesmo possível. Portanto, os governos deveriam assegurar um ambiente crescentemente competitivo para que as indústrias envolvidas na transmissão de informação sejam capazes de desenvolver tecnologias e aumentar a oferta de produtos aos consumidores finais.

98. O ambiente legal e institucional ideal não deveria envolver soluções rígidas e radicais, mas sim incluir soluções que facilitem a entrada de novos atores e que observem o comportamento das empresas já instaladas, a fim de garantir que o comportamento destas seja coerente com o novo ambiente competitivo.

99. Por fim, segundo os autores, dever-se-ia esperar que o grau de assimetria regulatória se reduzisse com o progressivo desenvolvimento da competição. A persistência de assimetrias regulatórias no mercado convergente seria um forte indicador de que o arcabouço regulatório estaria, efetivamente, encontrando dificuldades para remover condições díspares entre os diversos provedores do mercado, demonstrando a persistência de ineficiências do sistema.

100. Na mesma linha, Garcia-Murillo e MacInnes (2001) analisam que as mudanças geradas pela convergência das indústrias de informação tornaram a organização das instituições regulatórias totalmente inadequadas³⁷. Ao discutir a situação do *Federal Communications Commission* (*FCC*) constatam que a atual organização da comissão é ineficiente para acompanhar os desenvolvimentos tecnológicos e seus efeitos. Os autores argumentam que deveria haver uma reestruturação abrangente da Comissão na direção de operar com unidades funcionais, e não com uma divisão por indústrias como ocorre atualmente.

Nota:

37 GARCIA-MURILLO, Marta A. and MACINNES, Ian, *FCC organizational structure and regulatory convergence*, *Telecommunications Policy*, v. 25, 2001.

101. De acordo com os autores, o provimento de serviços múltiplos pelos provedores criou desafios importantes para a *FCC*. Em primeiro lugar, a estrutura atual dividida por indústrias, é inadequada para avaliar as aquisições e alianças que estão ocorrendo em decorrência da convergência. A falta de integração entre as divisões faz com que cada uma analise apenas a indústria dentro de seu nicho de operação tradicional.

102. Em segundo lugar, a regulação dos serviços combinados requer um corpo técnico com vasto conhecimento da indústria de informação como um todo, e não apenas dos segmentos tradicionais isoladamente.

103. Em terceiro lugar, será preciso administrar os efeitos positivos gerados pela conveniência e menores custos para os consumidores, com os negativos advindos de possível poder de mercado associado à existência de um único provedor de serviços integrados. "Ao mesmo tempo em que é melhor para o consumidor lidar com um único provedor para vários serviços, também se cria uma dependência que dificilmente pode ser quebrada. Empresas que oferecem pacotes combinados podem vir a dominar o mercado. A *FCC*, até então, não teve que avaliar o poder de mercado potencial de empresas que fornecem serviços que cobrem todas as indústrias reguladas".

104. Garcia-Murillo e MacInnes concluem que mudanças na atual estrutura da *FCC* deveriam ter sido feitas antes mesmo da publicação do *Telecommunications Act* de 1996, pois já era claro na época que a convergência de indústrias estava em andamento. A convergência e os desenvolvimentos na tecnologia da informação levaram ao surgimento de questões que não podem ser facilmente avaliadas dentro da atual divisão por indústrias da *FCC*. A manutenção da atual estrutura regulatória está condenada a gerar conflitos, confusões, redundâncias e desperdício de recursos, tanto do lado das autoridades regulatórias como dos entes regulados. A oferta de serviços de telecomunicações atual não está mais restrita a apenas um tipo específico de indústria.

105. Dados estes movimentos da tecnologia e dos agentes do mercado, é possível entender porque dentro da indústria de informação estão ocorrendo movimentos de fusões e parcerias que visam catalisar esforços para atuar no novo mercado

convergente. Espera-se que este movimento de consolidação não vai se reduzir, e as parcerias, inclusive globais, serão extremamente importantes para garantir a competitividade das empresas no futuro.

106. Os desenvolvimentos do setor de telecomunicações apontam firmemente para a chamada “convergência digital” entre telefonia fixa, móvel, computação e serviços de comunicação. Os especialistas do setor, entretanto, argumentam que apesar da forte tendência para a convergência, estes segmentos ainda não constituem um mercado relevante convergente. Portanto, ainda devem ser apreciados como mercados relevantes separados.

107. Mas isto não invalida a preocupação de que com o avanço tecnológico, o processo de convergência eventualmente ocorrerá e o arcabouço legal e regulatório brasileiro precisa ser repensado com o intuito de não ser atropelado pelo desenvolvimento tecnológico, ou, mesmo, tornar-se um obstáculo intransponível para o processo ³⁸.

Nota:

38 Ver MATTOS, C. (2005) *op. cit.* O autor enfatiza que com a aceleração do “processo de convergência” a regulação do setor de telecomunicações precisa ser revista, especialmente no concernente às tarifas de interconexão. Ele argumenta que é preciso evitar que o forte arcabouço regulatório da telefonia fixa gere empecilhos aos setores de telefonia móvel e Internet. O novo arcabouço terá que convergir na direção do ambiente competitivo de telefonia móvel, Internet e radiodifusão.

VIII.3 –MUDANÇAS NO AMBIENTE REGULATÓRIO – O CASO BRASILEIRO

108. O marco legal brasileiro tem um viés particular: define os serviços a partir da infra-estrutura que os transporta. Os serviços não são definidos a partir do conteúdo, mas sim pela rede de infra-estrutura que os suporta. Isso acarreta potencialmente diversos problemas para os agentes reguladores, tais como possibilitar que alguns agentes se esquivem de determinadas obrigações e vedações inerentes à prestação do serviço.

109. No entanto, no processo de convergência os serviços serão oferecidos a partir de diversas tecnologias. Ou seja, crescentemente os provedores de serviços de telecomunicações estarão dispostos a oferecer e os consumidores a comprar pacotes combinados de serviços de comunicações, usando as tecnologias que minimizem seus custos de oportunidade e melhorarem sua posição em mercados altamente competitivos ³⁹.

Nota:

39 Por exemplo, nos EUA, de acordo com Harris and Kraft uma das dinâmicas no mercado de comunicações que ajudou a catalisar a promulgação do *Telecommunications Act* de 1996 foi a crescente vontade dos provedores de serviços de telecomunicações em oferecer, e dos consumidores de comprar, pacotes combinados de serviços de comunicações, chamados de “*one stop shopping* (ou *bundle*)”. Ver HARRIS, Robert G. and KRAFT, C. Jeffrey, *Meddling Through: Regulating Local Telephone Competition in the United States*, *The Journal of Economic Perspectives*, v. 11(4), 1997.

110. Isto, necessariamente, acarretará a entrada de provedores em mercados relacionados a fim de expandir a sua oferta de produtos, levando a muitas integrações verticais e alianças. Como resultado do próprio ambiente competitivo, as oportunidades de entrar em novos mercados serão aproveitadas pelas empresas que usam tecnologias que podem ser empregadas para outros fins. Por exemplo, os ativos aplicados em um dado mercado, como o de telefonia local, podem ser empregados para oferecer serviços relacionados (longa distância, distribuição de vídeo, serviços de acesso à Internet) e pacotes de serviços integrados.

111. Em termos de eficiência econômica, utilizar verticalmente (ou através de alianças) ativos relacionados para oferecer um pacote combinado de serviços (*one stop shopping* ou *bundle*) e um único contato com o consumidor final, podem gerar economias de escopo ⁴⁰. Muitos analistas argumentam que vender os serviços combinados em um pacote é mais fácil e conveniente para os consumidores. Um artigo na *The Economist* afirma que, de fato, os consumidores apreciam os descontos associados aos pacotes e a conveniência de uma conta única ⁴¹.

Nota:

40 Por exemplo, nos EUA, o surgimento deste mercado (demanda) por

pacotes combinados, assim como o *Telecommunications Act*, incentivaram as empresas incumbentes de telefonia local, os provedores de longa distância, as empresas de TV a cabo, e outros provedores de telecomunicações a entrarem no mercado uns dos outros. Portanto, ocorreu uma importante mudança com a transformação do mercado de serviços de telecomunicações para os de informação.

41 *The Economist*, *Survey: Telecoms Convergence – Your Television is Ringing*, 12 de outubro de 2006.

112. Um outro benefício do pacote, também de acordo com este artigo, é que os custos de propaganda, aquisição de consumidores e outros custos de *marketing* podem ser reduzidos, pois os serviços podem ser comercializados juntos sob uma marca única. Administrar mais de uma marca é muito custoso, e, portanto, é coerente utilizar a marca mais conhecida no pacote para comercializar todos os produtos.

113. O pacote de serviços tem, efetivamente, valor para o consumidor final, além de ser uma opção vantajosa para a empresa que oferece o serviço. A possibilidade de o consumidor abandonar o pacote é menor. O pacote também reduz custos de *marketing* e aquisição de consumidores, pois os serviços combinados podem ser oferecidos e vendidos conjuntamente.

114. Há na literatura econômica vasta evidência das vantagens do *bundle* nesse mercado⁴². A convergência cria novas oportunidades para as empresas incumbentes e entrantes dos mercados de telecomunicações, além de novas possibilidades técnicas e novas oportunidades de mercado. O ambiente que está sendo criado é altamente complexo e posições de mercado sólidas estão sob ameaça. A competição vai aumentar de três formas: entre as empresas, entre os produtos/serviços e entre tecnologias⁴³.

Nota:

42 Por exemplo, de acordo com o Professor Andrew Adlyzko, da Universidade de Minnesota, a empresa pode explorar preferências distintas por bens diferentes. Segundo o professor: “a demanda pelo pacote é mais previsível do que a por serviços individuais, e consumidores que não percebem os serviços individuais como atrativos, podem estar dispostos a comprar o pacote integrado. O pacote mascara o preço dos serviços individuais, e tem a capacidade de atrair diferentes consumidores por razões distintas. Isto faz com que o bundle seja mais lucrativo, pois os consumidores acabam pagando por serviços que eles não adquiririam se fossem oferecidos individualmente”. Relato contido no artigo da *The Economist*, citado anteriormente.

43 Ver Nystrom e Hacklin (2005), op. cit., nota 33.

115. Isto significa que as empresas terão que estabelecer relações com outras que possuam capacidades únicas e complementares às suas para sobreviver no novo e turbulento mercado de telecomunicações. Portanto, a convergência requer, em muitas situações, a cooperação entre atores para oferecer novos serviços que representem valor para os consumidores finais. As empresas serão capazes de criar valor no ambiente convergente ao se aliar a parceiros com o intuito de oferecer novos produtos e serviços.

116. O estabelecimento de alianças e parcerias evidencia que as empresas estão procurando se reposicionar em um mercado em rápida mudança. Entre as razões que levam a esse comportamento das empresas, estão: (a) necessidade de lidar com a incerteza tecnológica (tentar impor um padrão); (b) incerteza do mercado (criar demanda com a oferta de conteúdo e ser remunerado em um mercado onde as margens são altas); e (c) investimentos altos (necessidade de obter recursos complementares)⁴⁴.

Nota:

44 Ver BORÉS, C., SAURINA, C. e TORRES, R., *Technological Convergence: a strategic perspective*, *Technovation* 23, 2003.

117. Mas a convergência tecnológica tem implicações tanto para a demanda como para a oferta. De um lado, os consumidores podem ter acesso a um grande número de informações de maneira interativa usando qualquer tipo de terminal. De outro, a informação transmitida se torna independente da plataforma que a distribui. Por fim, observa-se uma dramática redução dos custos de transmissão de voz e dados devido às melhorias nas técnicas de compressão e à redução dos custos de infra-estrutura.

118. Portanto, a revolução digital e a liberalização dos mercados de telecomunicações reduziram as barreiras à entrada neles, permitindo que novos atores venham a surgir com conseqüências para a lucratividade do setor.

119. Nesse cenário, é altamente provável que as empresas desse setor busquem entrar no mercado de entretenimento como uma saída para manter a sua rentabilidade no longo prazo. As operadoras de TV a cabo representam a nova competição para as empresas de telecomunicações tradicionais, especialmente naqueles países que permitem às últimas o provimento de telefonia.

120. Dadas essas condições, vale a pena considerar um documento preparado para a *European Commission* com interessantes recomendações para a análise antitruste no mercado de telecomunicações⁴⁵. O estudo argumenta que a metodologia antitruste tradicional para a definição do mercado relevante pode ser aplicada à indústria de telecomunicações, mas que três ajustes precisam ser incorporados à análise a fim de capturar a natureza da interação competitiva dos atores no mercado.

Nota:

45 Ver GUAL, Jordi, Market Definition in the Telecoms Industry, documento preparado para a *European Commission* (DGCOMP) sob o contrato COMP/2001/7050/PSE/02. Disponível em: <http://ideas.repec.org/p/ebg/iesewp/d-0517.html>. Acesso em: 04.10.2006.

121. Primeiro, é preciso levar em conta não só as substitutibilidades de demanda, mas também a interação competitiva (substitutibilidade da oferta) entre todos os provedores potenciais do mercado. A indústria de telecomunicações compreende tipos de serviços diferenciados, que vão de telefonia local a acesso rápido à Internet. Para os serviços afetados pelas rápidas mudanças da tecnologia, a competição se dá em dimensões que vão além do preço, requerendo que a definição tradicional de mercado relevante leve em conta este aspecto.

122. Em indústrias dinâmicas, como a de telecomunicações, a competição precisa ser avaliada através de diferentes dimensões de performance. O conceito de substitutibilidade tem que ser interpretado de maneira ampla, pois a substituição ocorre não só em termos de diferenciais de preços, mas também depende de outros indicadores de performance.

123. Isto significa considerar, por exemplo, como diferentes tecnologias podem satisfazer necessidades dos consumidores de maneira similar. Assim é preciso aumentar o mercado relevante de maneira a incluir todas as empresas capazes de prover um substituto para os serviços considerados.

124. Segundo, complementaridades de demanda e economias de produção conjunta precisam ser reconhecidas, pois implicam que, na indústria de telecomunicações, pacotes combinados de serviços podem se tornar um aspecto bastante significativo da análise antitruste. A definição tradicional de mercado relevante só faz sentido se for aplicada a um sistema de serviços⁴⁶.

Nota:

46 Gual considera que um o serviço de telefonia fixa pode ser um serviço geral, que inclui uma coleção de serviços tais como acesso, finalização da ligação, origem da ligação local, origem da ligação de longa distância, serviços de auxílio à lista, etc. Esses serviços muitas vezes não podem ser consumidos em separado e apresentam graus de complementaridade diferentes.

125. A definição do “serviço” que deve constar da análise de mercado relevante requer a definição de um “sistema de serviços”. Portanto, a forte complementaridade na demanda e as características da oferta no mercado de telecomunicações *podem* justificar a definição do mercado relevante em termos de conjuntos de serviços. Nessa linha, o *FCC* concluiu que na medida que o consumidor demanda o *pacote combinado* de serviços, isto faz com que os provedores ofereçam tais pacotes. Assim a combinação de acesso local com serviços de longa distância pode se tornar um novo mercado relevante⁴⁷. A análise requer, portanto, que o consumidor veja os serviços do pacote como complementares.

Nota:

47 Segundo Gual, posição tomada na análise do caso NYNEX/Bell Atlantic #52.

126. Terceiro, a definição do mercado relevante precisa levar em consideração o fato de que, na indústria de telecomunicações, a presença de custos fixos irre recuperáveis provoca a necessidade contínua de rever conceitos tradicionais de poder de mercado e substitutibilidade em termos de elasticidade-preço.

127. A análise de poder de mercado, e em consequência a do monopolista hipotético, não pode ser baseada somente no

uso do custo marginal como mecanismo de precificação. Com custos fixos irrecuperáveis, um *mark-up* positivo é perfeitamente compatível com um ambiente competitivo. Se isto não for levado em conta, o mercado pode ser definido de maneira muito restrita.

128. Além disso, como os custos irrecuperáveis em telecomunicações são dinâmicos, fica difícil aplicar medidas de competição estáticas, tal como o índice de Lerner. Se as empresas competem mais em termos de novos serviços e melhor performance, a análise convencional de substitutibilidade da demanda e oferta baseada apenas em termos de elasticidades-preço pode se tornar irrelevante. A definição do mercado relevante deve, portanto, levar em consideração variáveis de performance (pelo lado da demanda), assim como incluir o número mais abrangente possível de empresas potenciais (pelo lado da oferta) que possam oferecer novos serviços e tecnologias para satisfazer os consumidores.

129. Portanto, a convergência tende a *dificultar a definição do mercado relevante* e, conseqüentemente, a análise do poder de mercado. Somada à necessidade de revisão do arcabouço legal, esta questão poderá acarretar a proteção de determinados grupos econômicos em detrimento de outros, além de gerar má utilização dos recursos existentes.

130. Considero, portanto, imprescindível uma revisão da legislação e das práticas nacionais com o intuito de fomentar tanto a inovação tecnológica como a concorrência, que tendem a se intensificar com o fenômeno da convergência. É primordial que o novo arcabouço trate diretamente dos serviços, e não das tecnologias e/ou infra-estruturas utilizadas para provê-los. A convergência exige uma regulação do mercado e não-regulação da infra-estrutura, como tem sido a tradição brasileira.

131. Observe-se que as características de monopólio natural do mercado de telefonia local ainda não foram totalmente superadas, tanto no Brasil como na maioria dos países onde foram implementadas mudanças no mercado de telecomunicações com o intuito de aumentar a competição ⁴⁸.

Nota:

48 Ver MATTOS, César, *Unbundling Policy in Telecommunications: a Survey*, Documento de Trabalho nº 34, Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), agosto de 2006 e MATTOS, César, *Interconnection and Unbundling in the Brazilian Telecommunications: The Government Proposal for 2006* em Programas de Seminários Acadêmicos, 2005, IPE/USP.

132. Com relação ao mercado de telefonia local, as diretrizes americanas, assim como as da União Européia, para fomentar a competição no mercado de telefonia local foram delineadas com o claro intuito de favorecer a ação das empresas entrantes ⁴⁹.

Nota:

49 Perrucci e Cimatoribus (1997) consideraram que o *Telecommunications Act* de 1996 foi "a peça de legislação mais avançada em termos de promoção da competição em mercados previamente monopolistas (mercado de telefonia local) e para dar impulso adicional àqueles onde vários provedores já operavam (tv a cabo, longa distância, telefonia móvel, TV por satélite). A hipótese básica é que os mercados de telecomunicações são competitivos e que a regulação deveria ser limitada ao mínimo necessário. Ver PERRUCCI, Antonio and CIMATORIBUS, Michela, *Competition, Convergence and Asymmetry in Telecommunications Regulation*, Telecommunications Policy, v. 21(6), 1997. Ver também *Telecommunications Act of 1996*, Disponível em: <http://www.FCC.gov/telecom.html>. Acesso em: 22.09.2006.

133. A ênfase em novas legislações, como o *Telecommunications Act*, de 1996, foi substituir a regulação pela competição. Entretanto, vários autores consideram que o referido documento não alcançou seus objetivos plenamente. Perrucci e Cimatoribus (1997) afirmam que a legislação subsequente, assim como as regras instituídas pela *Federal Communications Commission* (FCC), apresentam certa desconformidade com os objetivos da reforma proposta (substituir a regulação pela competição), pois o papel da FCC aumentou sensivelmente, tanto em termos absolutos como com respeito ao poder das *Public Utility Commissions* – PUCs (órgãos reguladores estaduais). "Ao invés de promover a desregulação, a reforma nos EUA parece ter propiciado uma re-regulação, com o advento de assimetrias regulatórias significantes entre as entrantes e as incumbentes no mercado de telefonia local" ⁵⁰. Da mesma opinião compartilham Crandall e Hausman pois afirmam que o *Telecommunications Act* representou um aumento substancial da regulação sobre o mercado e que a competição aumentou apenas timidamente no mercado de telefonia local ⁵¹.

Nota:

50 Ver Perrucci and Cimatoribus, *op. cit.*, ONO, R. and AOKI, K.,

Convergence and Regulatory Frameworks – a Comparative Study of Regulatory Approaches to Internet Telephony, Telecommunications Policy, v. 22(10), 1998, e CRANDALL, Robert W. and HAUSMAN, Jerry, *Competition in US Telecommunications Services Four Years After the 1996 Act*, draft, setembro de 1999. Obtido em www.criterioneconomics.com/docs/crandall%20hausman.pdf em 22.09.2006.

51 Op. cit., nota 50. Segundo eles: o documento “institui uma variedade de novos requerimentos regulatórios que deveriam guiar, facilitar, ou mesmo estimular a competição”. Entretanto, “o Ato está longe de representar um exemplo de desregulação”. Em 1999, as empresas entrantes na telefonia local haviam alcançado apenas 3.4% das linhas de acesso da telefonia local. As empresas incumbentes não sofreram perdas significativas de consumidores. As incumbentes conseguiram manter os assinantes, pois as suas tarifas permaneceram altamente reguladas, sendo geralmente mantidas abaixo do custo.

134. Apesar de a nova legislação norte-americana ter procurado estabelecer medidas que acompanhassem o desenvolvimento tecnológico e o movimento de convergência entre os diferentes setores de comunicação, as novas tecnologias convergentes ainda demandam uma implementação detalhada e cautelosa do *Telecommunications Act*.

135. Um exemplo diz respeito à telefonia por protocolo de Internet (telefonia por IP) que ainda carece de uma decisão definitiva do FCC sobre como este tipo de serviço deve ser tratado e regulado, se puramente como um serviço de informação, ou se como um serviço de telecomunicação, e devendo, portanto, estar sujeito às mesmas regras aplicadas aos prestadores de serviço de telefonia fixa.

136. Esta questão se tornará mais importante à medida que novas empresas, inclusive alguns provedores de telefonia, vierem a se consolidar no fornecimento de telefonia por Internet. A literatura especializada mostra a possibilidade de que com a evolução da tecnologia, o fornecimento do serviço de telefonia por Internet irá atingir uma boa qualidade, e conseqüentemente, as presentes regras para as telecomunicações poderão não se aplicar nem aos provedores de telefonia por Internet, nem às empresas incumbentes de telefonia.

137. Na mesma linha, Shin (2006) afirma que em virtude da complexidade da questão, e com a intenção de primeiro deixar que a tecnologia se solidifique, o FCC apresentou uma postura cautelosa (*hands off*), assumindo a posição de que a telefonia por Internet não é um serviço de telecomunicações e não precisa obedecer ao arcabouço regulatório tradicional de um serviço de telefonia ⁵².

Nota:

52 SHIN, Dong Hee, *VoIP: A Debate over information service or telephone application in US: A new perspective in convergence era*, Telematics and Informatics, v. 23, 2006. A posição do FCC sobre a telefonia por Internet foi dada em fevereiro de 2004 (Shin, 2006).

138. Segundo Ono e Aoki, a posição da Comissão Européia com relação à telefonia por Internet se assemelha à posição americana. Segundo esta comissão, a telefonia por Internet só será considerada um serviço de “telefonia de voz” se preencher cumulativamente os seguintes critérios:

- I – a comunicação é disponibilizada como uma oferta comercial,
- II – é oferecida para o público em geral,
- III – conecta dois pontos terminais de uma rede de serviço de telefone fixo comutado,
- IV – envolve o transporte e a comutação de voz em tempo real.

139. De acordo com a Comissão Européia, a telefonia por Internet ainda não é um serviço puro de telefonia, pois, em primeiro lugar, não preenche o primeiro critério. Entretanto, reconhece a possibilidade futura da telefonia por Internet preencher o mesmo quando: (a) for possível comercializar telefonia por Internet, que utilize o protocolo por Internet apenas para a transmissão, e a ligação seja iniciada e finalizada em um aparelho de telefone; (b) ou quando a oferta da capacidade de discagem para qualquer número telefônico tornar-se um elemento fundamental e decisivo nas estratégias comerciais dos provedores de telefonia por Internet.

140. O segundo critério também não é satisfeito, pois o serviço de telefonia por Internet ainda exige que os usuários realizem um arranjo comercial específico com o provedor do serviço. O terceiro critério também não se concretiza, pois a telefonia por Internet atual requer que as duas partes da ligação usem um software compatível para se comunicar.

141. Por fim, a telefonia por Internet não pode ser considerada um serviço em tempo real, pois envolve atrasos associados à codificação digital, empacotamento, e transporte. Ainda não é possível garantir o mesmo nível de qualidade e credibilidade que o serviço de telefonia convencional. A comissão concluiu, portanto, que atualmente a telefonia por Internet não pode ser considerada um serviço de telefonia, pois não preenche os critérios mencionados. Mesmo que futuramente venha a preenchê-los, apenas o serviço de voz pela Internet deverá ficar sujeito à regulação de telecomunicações, excluindo-se os outros serviços de Internet.

142. Desta forma, tanto nos EUA como na Europa, o ponto central da discussão tem sido se a telefonia por Internet se caracteriza ou não como serviço básico de telefonia. No entanto, parece certo de que o advento da telefonia por Internet representa uma grande mudança no setor de telecomunicações. Apesar de não ter sido concebida para transmitir áudio e vídeo, a tecnologia de compressão digital tornou possível que tais tipos de informação passassem a ser transmitidos via Internet.

143. Atualmente, a quantidade de informações de áudio e vídeo transmitido pela Internet é restrita pela capacidade de transmissão da rede. Entretanto, com a rapidez dos desenvolvimentos tecnológicos, em breve será possível transmitir áudio e vídeo em tempo real, com alta fidelidade, através da rede de Internet. Um extensão lógica da atual telefonia por Internet será o advento da vídeo-telefonia através de uma rede com alta capacidade.

144. Esses movimentos tecnológicos, entretanto, irão requerer no Brasil (como em outros países) mudanças significativas no foco dos atuais arcabouços regulatórios, que envolvem leis e regulamentos baseados em redes de telecomunicações separadas por competências distintas.

145. Alguns desafios, no entanto, devem ser considerados para garantir as condições de concorrência nesse setor, os quais passarei a discutir infra.

(i) Primeiro Desafio: Serviços Independentes das Plataformas

146. Uma empresa que fornece serviços de telefonia por Internet não precisa controlar a infra-estrutura de transporte que fornece o serviço. Portanto, serviços de telefonia por Internet apresentam o potencial de se tornarem um fator de mudança muito mais significativo do que o serviço de mensagens eletrônica/ou por celular representou para os serviços de telefonia fixa⁵³.

Nota:

53 Ver Shin, 2006, p. 58-59. Também segundo Ono e Aoki "A telefonia por Internet pode ser fornecida sem envolver redes dedicadas, tais como o Sistema de Telefone Fixo Comutado (STFC), e freqüentemente, é fornecida por apenas um software ou por provedores que nem ao menos necessitam requerer uma licença de telecomunicações" (Ono e Aoki, 1998, p. 836).

147. Desta forma, aplicar o arcabouço regulatório tradicional à telefonia por Internet seria equivocado, pois deixa de lado a mudança fundamental de regulação da plataforma para regulação da disseminação e troca da informação.

148. Desse modo, as autoridades precisarão pensar em arcabouços legais mais apropriados e que ajudem a fomentar o ambiente competitivo. É necessário renovar os regulamentos atuais a fim de adaptá-los aos novos serviços, tecnologias e atores que estão surgindo no novo ambiente convergente. As mudanças trazidas pela telefonia por Internet certamente ressaltam o fato de que as regras atuais foram estabelecidas com base nas infra-estruturas e plataformas, e que certamente, deixarão de ser apropriadas para os novos serviços e tecnologias. Estes se tornarão cada vez mais independentes das plataformas.

149. Portanto, o arcabouço regulatório e legal deve mudar na direção do novo ambiente tecnológico, em que não basta apenas garantir acesso às diferentes plataformas, mas que diferentes plataformas possam competir entre si, a fim de prover escolhas para os usuários finais. A política de promoção da competição deve migrar na direção de garantir a competição entre plataformas e na apenas competição entre os diversos provedores.

150. As redes de comunicação foram inicialmente construídas para transmitir diferentes tipos de informação separadamente. Agora, as tecnologias digitais permitem a manipulação de diferentes tipos de informação (voz, dados, vídeo) através de diferentes tipos de redes. Com isto, as distinções tradicionais entre as diferentes redes estão desaparecendo. O que importa é possuir acesso a uma rede e utilizá-la para oferecer diferentes serviços aos usuários. Além disso, com a introdução de redes com capacidades de transmissão cada vez maiores, a compressão digital também vai permitir que as restrições de comunicações existentes atualmente desapareçam.

151. Tradicionalmente, a regulação das telecomunicações se concentrou na provisão e operação da infra-estrutura física (as redes em si) ou na garantia de acesso a essas redes. Ou seja, a regulação sempre se concentrou no acesso ao canal de transmissão da informação. A convergência altera profundamente esse padrão, pois divide o impacto da regulação sobre dois aspectos: as redes e o conteúdo disponibilizado por elas. No ambiente convergente, é preciso garantir que as redes sejam neutras, isto é, que não exista nenhum tipo de distinção entre os serviços e conteúdos que elas carregam.

152. Portanto, é preciso repensar o papel da regulação, em termos de falhas de mercado e garantia do interesse público. Com relação a falhas de mercado, a convergência tem gerado um maior número de integração vertical entre empresas, ou ao estabelecimento de alianças. O intuito destas é maximizar vantagens competitivas através da integração de diferentes tipos recursos e expertise, a fim de viabilizar a comercialização de novos serviços de informação. O importante, nesse caso, é que as autoridades fiquem atentas para identificar quais destes movimentos de integração e alianças podem levar a abuso de posição dominante ou de poder de mercado.

(ii) Segundo Desafio: Competição entre Plataformas e Neutralidade de Rede

153. No cenário de convergência, é de fundamental importância que as autoridades governamentais trabalhem para que

o ambiente convergente se torne um ambiente onde exista competição entre as plataformas, já que diferentes tipos de plataformas possibilitarão o fornecimento de serviços semelhantes.

154. Nesta linha, Mattos (2006) observa que vários estudos analisam o efeito das políticas de desagregação dos elementos de rede (*unbundling*)⁵⁴ e seus respectivos efeitos sobre a penetração de banda larga. Segundo a pesquisa do autor, mais importante do que desagregar os elementos da rede é garantir que haja competição entre diferentes plataformas.

Nota:

54 Segundo Mattos (2006), políticas de “ *unbundling* ” incluem simultaneamente a obrigação das empresas chamadas incumbentes de negociar com as empresas entrantes elementos específicos da rede, ou combinações dos mesmos, ou incluem a proibição de não negociar estes elementos combinados sem a prévia aceitação das entrantes.

155. O autor cita um estudo de Distaso, Lupi e Manenti (2005)⁵⁵, em que se verifica que a competição entre plataformas, e não a competição em DSL (que usa modalidades de desagregação dos elementos de rede), tem sido a principal responsável pela disseminação da banda larga na Europa. O estudo demonstra também que políticas de desagregação de elementos de rede só serão importantes para o aumento da competição em banda larga se forem complementadas com políticas que fomentem a competição entre plataformas.

Nota:

55 *Platform Competition and Broadband Uptake: Theory and Empirical Evidence from the European Union*. University of Florida and LBS 2005 Telecommunications Conference”. April 2005.

156. Outro ponto importante diz respeito à garantia da neutralidade das redes. Em essência, o termo significa que uma rede dissemina pacotes de informação de um ponto a outro, sem levar em consideração qual o seu conteúdo ou a identidade do remetente ou do destinatário. Foi o princípio da neutralidade de rede que possibilitou que a Internet fosse um grande difusor de novos aplicativos e catalisador de muitas inovações. O seu *design* aberto assegura que a rede distribui da melhor maneira possível qualquer tipo de informação. A Internet não requer que os usuários peçam permissão para divulgar e/ou obter aplicativos através da mesma.

157. Shin (2006)⁵⁶ argumenta que existem duas razões para que os reguladores se preocupem com a questão da neutralidade de rede: (1) garantir uma rede neutra elimina o risco de discriminação futura, pois fornece maiores incentivos para investir no desenvolvimento de aplicações de alta transmissão; (2) facilitar a competição justa entre aplicações, assegurando a sobrevivência da mais adequada, ao invés daquela favorecida por viés da rede.

Nota:

56 SHIN, Dong Hee, *VoIP: A Debate over information service or telephone application in US: A new perspective in convergence era*, Telematics and Informatics, v. 23, 2006.

158. A neutralidade de rede pode ser um instrumento efetivo para aumentar a competição no mercado de telecomunicações, pois promove a competição sem discriminação de aplicações na rede. Uma infra-estrutura de comunicações não deve discriminar entre usos, aplicações ou conteúdo. Os proponentes da política de neutralidade de redes argumentam que limitar a integração vertical dos provedores de banda larga com os provedores de serviços de Internet pode ser um instrumento efetivo para preservar a neutralidade de redes. Esta é uma das razões por que os reguladores devem atuar separadamente sobre a infra-estrutura e as aplicações.

159. A separação das aplicações da rede ou plataforma subjacente permite que os reguladores se concentrem onde é necessário atingir objetivos específicos, tais como proteção contra poder de mercado abusivo ou regulação social para atingir objetivos públicos específicos.

160. Com a convergência, também é necessário garantir que as redes sejam neutras em relação aos conteúdos que transmitem. A competição entre provedores de capacidade de transmissão (tais como as empresas de telefonia e de TV a cabo) pode ser insuficiente para proteger tanto os consumidores finais, como os provedores de conteúdo, da possibilidade de preços excessivos. Assim como os últimos podem enfrentar questões como reduções de preços anticompetitivas, exclusão de acesso, ou preços excessivos (ou mesmo a negativa de acesso) para transmissão de seu conteúdo⁵⁷.

Nota:

57 Kahn cita exemplos de tais práticas que foram condenados pelas autoridades regulatórias do Canadá e dos EUA (KAHN, Alfred E., *Telecommunications, the Transition from Regulation to Antitrust*, draft, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Julho de 2006. Disponível em: www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=1314. Acesso em: 02.10.2006.

(iii) TERCEIRO DESAFIO: A QUESTÃO DO CONTEÚDO

161. Com relação à proteção do interesse público, cabe ressaltar que há uma preocupação crescente dos analistas com a questão do conteúdo. Não só porque com o crescimento da Internet houve um aumento expressivo na divulgação de materiais indesejáveis (como os que contêm conteúdos pornográficos ou racistas), mas também porque a convergência cria um ambiente onde a possibilidade de falha de mercado não está no acesso à rede em si, mas na criação do conteúdo, seu empacotamento, distribuição e recepção pelos consumidores.

162. O interesse público precisa ser garantido no novo ambiente convergente, principalmente no que diz respeito ao pluralismo, cultura, liberdade de informação e privacidade. A emergência de um novo mercado de informações, mais competitivo, não assegura, *a priori*, que os objetivos sociais, políticos e culturais serão também assegurados. A intervenção governamental para garantir o interesse público nestes aspectos será muito importante no novo mercado que está surgindo ⁵⁸.

Nota:

58 Speta (2000) pesquisou as tecnologias e plataformas líderes para prover acesso de banda larga aos consumidores finais. O autor considera que na indústria que está surgindo, a de informação, os consumidores não demandarão simplesmente conexões mais rápidas para mandar e receber informações. Ao invés disso, o acesso à banda larga “é apenas um dos componentes de um pacote conjunto de serviços: acesso à Internet, vídeo sob demanda, serviços de notícias, jogos interativos, e outros. Neste sentido, o acesso à banda larga e os bens de informação relacionados são respectivamente, o *hardware* e o *software*”. Nas palavras de uma firma de análise consultoria sobre telecomunicações, o Grupo Yankee, “no mercado de acesso à banda larga, o conteúdo é Rei. Especificamente, conteúdo que requer uma rede de acesso robusta o conteúdo é Rei”. Ver SPETA, James B., *Handicapping the Race for the Last Mile?: A Critique of Open Access Rules for Broadband Platforms*, Yale Journal of Regulation, v. 17 (1), 2000. Ver, também, The Yankee Group, Internet Market Strategies, www.yankeegroup.com.

163. O cenário mais plausível no longo prazo, a ser gerado pela convergência, é que tecnologias de transmissão diversas serão substituídas entre si. Neste caso, possuir os direitos de distribuir conteúdo pode ser absolutamente decisivo, pois os setores de distribuição serão mais competitivos ⁵⁹.

Nota:

59 Borés, Saurina e Torres (2003), op. cit., nota 44.

164. Se tecnologias de distribuição diversas serão futuramente substituídas próximas, então as empresas que produzem/possuem o conteúdo serão as que estarão em melhor posição no mercado. Por essa razão, com o intuito de enfrentar esta possível situação, as empresas do setor, além de fornecer tecnologias de acesso direto aos consumidores, possivelmente vão procurar investir nos setores que produzem conteúdo.

165. Outra possibilidade que pode decorrer deste cenário futuro é a tentativa de uma empresa estabelecer uma posição forte no mercado convergente através da sua dominância no mercado de conteúdo ⁶⁰.

Nota:

60 Simpson (2004) avalia as mudanças propostas no *UK Communications White Paper* de 2000 e no *Communications Act* de 2003, com ênfase na importância de se garantir acesso a conteúdos diversos através das diferentes redes de distribuição. O autor sugere que ao mesmo tempo em que é importante considerar questões de eficiência econômica no setor de telecomunicações, também é fundamental garantir a criação de conteúdo progressivo, socialmente responsável e universal. O autor considera altamente positiva a implantação no Reino Unido de um órgão regulador convergente, o *Office of Communications (OFCOM)*. Ver SIMPSON, Seamus, *Universal Service in converging communications environment: the case of the UK*, *Telecommunications Policy*, v. 28, 2004.

166. Nessa linha, uma experiência interessante é a criação no Reino Unido de um órgão regulador convergente, o *Office of Communications (OFCOM)*. Esse órgão assumiu as responsabilidades pelos setores de telecomunicações e rádio, e parte significativa da radiodifusão por televisão. Esse regulador agregou funções dos dois setores que antes eram atendidas por nove organizações regulatórias distintas. Entre suas atribuições está a necessidade de garantir o bem-estar econômico dos consumidores, assim como assegurar que qualidade e pluralismo estejam presentes no conteúdo distribuído pelo sistema. O *OFCOM* também deve “*usar a competição ao invés da regulação sempre que possível para atender aos desejos dos consumidores*”.

167. O *Communications White Paper* estabelece que a regulação econômica do mercado e a regulação do conteúdo precisam caminhar juntas e o arcabouço regulatório precisa juntar questões econômicas e sociais, sobre conteúdo e a forma na qual ele é distribuído para os consumidores⁶¹. O *OFCOM* deve agir de maneira a assegurar pluralismo no conteúdo de mídia, assim como na propriedade da mídia.

Nota:

61 Por exemplo, o *OFCOM* deve assegurar que a lista estipulada de serviços *must carry* seja fornecida de forma adequada e efetiva nas redes relevantes. O órgão também deve criar e manter um código de práticas que forneça proeminência para os canais de serviço público.

IX – CONCLUSÃO

168. Pelas razões expostas, concluo que, em consonância com os pareceres da ANATEL e da Pro-CADE, não há indícios que a operação em análise venha a apresentar riscos ao ambiente competitivo .

169. Este voto analisou a operação levando em conta a definição dos mercados relevantes sem convergência tecnológica e com convergência tecnológica. Essa análise concluiu que, apesar de não ser possível, ainda, prever qual será o resultado final do processo de convergência, é possível afirmar que ele será diretamente condicionado por questões tecnológicas, de mercado e, principalmente, regulatórias.

170. Sob o aspecto concorrencial, o processo de convergência tende a proporcionar diversos benefícios, mas ao mesmo tempo traz desafios que precisarão ser transpostos. A ampliação da oportunidade da prestação de serviços através de redes diversas fará com que haja melhoria da qualidade, redução de custos e maior aproveitamento de capacidade ociosa das redes existentes. O preço final dos serviços tende a se reduzir, pois agentes que anteriormente não competiam entre si passarão a oferecer serviços semelhantes.

171. Entretanto, esta tendência à convergência e à concentração se confronta diretamente com a questão do fomento à competição. Soluções precisam ser encontradas para contrabalançar os benefícios da competição com os problemas que possam decorrer do aumento da convergência e da concentração de empresas.

172. Nesse sentido, recomendo que o CADE promova processo de discussão sobre as políticas de defesa da concorrência para o setor de comunicações, realizando audiências públicas e exercendo sua competência legal de advocacia da concorrência junto às autoridades regulatórias, outros órgãos do Poder Executivo, Legislativo e sociedade em geral .

173. Recomendo, também, sejam enviadas à Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE/MF, à Secretaria de Direito Econômico – SDE/MJ, ao Conselho Diretor da Anatel, ao Senado Federal (Conselho de Comunicação Social), ao Ministério das Comunicações e à Casa Civil **cópias do voto deste Relator com sua sugestão de alteração do marco regulatório** para conciliar as mudanças observadas nesses mercados e a manutenção do ambiente concorrencial.

174. Observo que a instrução complementar por mim realizada convenceu-me de que, sem alterações na legislação vigente, restrições ao aumento da competição das empresas que operam nos mercados relevantes analisados neste voto poderão levar a que algumas empresas tenham poder de mercado excessivo, que não corresponderá necessariamente à eficiência empresarial, mas a benefícios decorrentes de assimetrias regulatórias .

175. Relembrar a experiência inglesa é particularmente importante neste ponto, pois significou efetivamente o advento do primeiro regulador “convergente”. Peter Philips, membro do *OFCOM*⁶², ressalta que esta experiência fornece três lições importantes para os outros países.

Nota:

62 Opinião encontrada no artigo da *The Economist*, de 12 de outubro de 2006.

176. A primeira é que os serviços tradicionais e os novos serviços convergentes vão coexistir por um tempo significativo. Portanto, os órgãos reguladores terão que ser flexíveis o suficiente para lidar com as maneiras antigas e as novas de realizar negócios no mercado.

177. A segunda lição é que os regulamentos antigos contêm arranjos implícitos bastante diversificados: as empresas de telecomunicações obtiveram monopólios em troca da prestação de serviços universais. Os radiodifusores obtiveram alocação de espectro em troca da oferta de um serviço público. Em um ambiente convergente, esses arranjos precisam se tornar cada vez mais explícitos, se o intuito for preservar os objetivos de política pública.

178. A terceira lição é que o conteúdo a ser difundido por diferentes plataformas pode exigir regras diferenciadas. Radiodifusão não é exatamente a mesma coisa que TV por assinatura, ou distribuição de vídeos via Internet. **Será preciso caminhar no sentido de diminuir a regulação, mas isto não significa que o mercado deve ser totalmente desregulado.**

179. Desta forma, considero de extrema importância que algumas mudanças ocorram, efetivamente, no ambiente institucional brasileiro. Minha **primeira recomendação** é que as diversas instituições governamentais devem trabalhar para garantir que todos os ativos, principalmente os da infra-estrutura pública existente, sejam efetivamente utilizados no novo ambiente de convergência.

180. Não faz sentido econômico, ainda mais em um país como o Brasil, desperdiçar ativos que podem ser utilizados de diversas maneiras, serem subutilizados, ou mesmo não utilizados, apenas em decorrência de amarras regulatórias e barreiras institucionais. O objetivo final do agente público deve ser reduzir o preço dos serviços convergentes e garantir o alcance do interesse público.

181. Em segundo lugar, considero ser necessário atualizar o marco regulatório, para que este não se configure como uma barreira à entrada no ambiente convergente. A regulação governamental não pode ser uma barreira ao desenvolvimento da convergência. A atividade regulatória deve existir e ser posta em prática para garantir a competição e o desenvolvimento tecnológico. A manutenção do atual marco regulatório não implica ganhos para a sociedade brasileira. Ao contrário, sua manutenção poderá ter implicações indesejáveis para o desenvolvimento tecnológico, para a concorrência e para os efeitos produzidos pelo processo de convergência.

182. Em terceiro lugar, avalio ser de fundamental importância uma política pública que tenha como objetivo primordial a **garantia da concorrência no mercado de produção de conteúdo nacional**. A análise realizada evidenciou que faltam mecanismos importantes de regulamentação nesse setor. **As experiências internacionais demonstram que esta é uma preocupação relevante e vários países vêm tomando medidas para regulamentar esta questão.**

183. A experiência inglesa, citada anteriormente, com a criação do *OFCOM* e a implantação de mecanismos que visam garantir o espaço do conteúdo nacional, é um exemplo claro desta preocupação. O Canadá também já realizou esforços nesse sentido com a reformulação do arcabouço regulatório com o intuito claro e precípuo de manter a identidade nacional e garantir a divulgação da maior variedade de conteúdo.

184. Considero muito importante o estabelecimento de uma discussão com o intuito de estabelecer os princípios regulatórios fundamentais, que nortearão uma política pública que objetive o desenvolvimento de uma indústria forte, competitiva e diversificada de produção de conteúdo no Brasil, em um ambiente concorrencial.

185. Em quarto lugar, julgo ser muito importante a formação de uma infra-estrutura de comunicação social economicamente eficiente, que não permita barreiras à difusão de conteúdos. **As redes precisam ser efetivamente neutras com a finalidade de garantir a diversidade e pluralidade de conteúdos, e que não existam barreiras (exceto às prescritas em lei, por motivo de interesse público) à divulgação de nenhum tipo de conteúdo.**

186. Em quinto lugar, pondero que o sistema legal e regulatório brasileiro devem contemplar o novo ambiente convergente que se delineia. É necessário que se construa um novo marco legal, que trate de maneira uniforme os diversos serviços de divulgação de informação (seja TV, telefonia, banda larga). A regulação deverá focalizar o serviço prestado ao cidadão e não a tecnologia usada para disseminar a informação. O objetivo precípuo deve ser a garantia do bem-estar do cidadão/consumidor.

187. O caso concreto, considerado neste voto, catalisa todas essas preocupações. Houve uma longa instrução para analisar o mercado existente e o novo mercado em formação. Diversas perspectivas foram consideradas e foram ouvidas as mais variadas opiniões e reflexões sobre o advento da convergência. Ao longo deste processo formei a convicção, a partir da instrução e de todas as discussões realizadas, que as mudanças já citadas são primordiais para garantir que a concorrência prevaleça no mercado convergente que está em vias de se consolidar.

188. Considero a entrada no mercado de serviços de voz, evidenciada por esta operação, como pró-competitiva. A operação representa um aumento das opções disponíveis ao consumidor final de serviços de telefonia. No novo ambiente convergente não importa a tecnologia utilizada para oferecer o serviço ao consumidor. Não importa se o serviço de telefonia ocorre por STFC ou por protocolo de Internet (VoIP). O que importa é o aumento de opções/escolhas para o consumidor final.

189. A tecnologia deve atuar, entre outros fins, como um mecanismo para o fomento da competição. Ela deve ser o meio para aumentar a competição na prestação de serviços de informação de qualidade a um preço acessível ao maior número de

consumidores. Os esforços devem ser no sentido de garantir, efetivamente, que o consumidor possa escolher livremente entre os serviços disponíveis, combinando da maneira que desejar os serviços de informação existentes.

190. Em conclusão, consoante com as razões apresentadas, voto pela aprovação da operação, sem restrições.

É o voto.

Brasília, 22 de novembro de 2006.

LUIZ CARLOS DELORME PRADO

Conselheiro

ANEXO

GLOSSÁRIO

Acesso ADSL à Internet (*Asymmetrical Digital Subscriber Line*): sistema que possibilita a transmissão de sinais em banda larga nos cabos telefônicos metálicos. É a mais comum das tecnologias DSL, que são vistas como possíveis estágios intermediários na transição para redes totalmente ópticas.

Acesso dedicado à Internet : é meio de acesso à Internet, feito através da expansão da rede óptica da operadora até o endereço físico do usuário final. O acesso à Internet é normalmente feito diretamente através de portas IP (*Internet protocol*) da rede da operadora.

Acesso discado à Internet : é feito através da conexão da rede de telefonia fixa disponível no endereço físico do usuário final. Além de ser considerado um acesso de banda estreita, não permite o uso simultâneo da linha telefônica para ligações de voz e o acesso à Internet.

Acesso móvel à Internet : é modalidade de acesso à Internet utilizando os recursos providos pelas redes de dados das operadoras de telefonia celular ou das operadoras da tecnologia Wi-Fi.

Acesso óptico à Internet : são aqueles que utilizam as redes de acesso baseadas em cabos de fibra óptica.

Acesso por *cable modem* à Internet : é feito através do compartilhamento do cabo da conexão rede de TV a cabo presente no endereço físico do usuário final para TV e acesso à Internet.

Acesso rádio à Internet : é feito através da implantação de rádio enlaces entre o POP da operadora e o endereço físico do usuário final. Esses enlaces podem utilizar a configuração ponto-a-ponto, em que o sistema atende apenas um endereço físico, ou a configuração ponto-multiponto, em que, a partir de um mesmo ponto de origem, podem ser atendidos diversos usuários finais em endereços físicos distintos ao longo de sua área de cobertura.

Acesso satélite à Internet : é feito através da implantação de antenas parabólicas de pequeno porte no endereço físico do usuário final. Essas antenas são alinhadas com o satélite geoestacionário utilizado pela operadora para prover o acesso à Internet na sua área de cobertura. Além da antena, deve ser instalado também um CPE apropriado para o acesso via satélite.

Autorização de serviço de telecomunicações : é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

Concessão de serviço de telecomunicações : é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, que sujeita a concessionária aos riscos empresariais, pelo que é remunerada pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas, respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

CPE : é o equipamento ou o acessório que interliga-se com a rede de acesso e com o computador do usuário final, fazendo as devidas conversões de sinais elétricos e de protocolos para implementar a conexão que vai permitir o acesso a Internet.

DTH : Nesse sistema de TV por Assinatura, o assinante instala uma antena parabólica e um receptor/decodificador em sua residência, e recebe os canais diretamente de um satélite geoestacionário.

MMDS : nesse sistema, os sinais são distribuídos aos assinantes por meio de microondas terrestres, de forma semelhante aos canais da Televisão Aberta. Os sinais do MMDS cobrem uma área com diâmetro de até 100 quilômetros, permitindo que a programação chegue tanto às áreas urbanas quanto às periféricas. Com esse sistema, é possível transmitir até 31 canais analógicos ou 180 canais digitais, embora novas tecnologias tenham demonstrado a viabilidade de se ampliar esse último número.

Permissão de serviço de telecomunicações : é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.

POP : é o ponto de presença da operadora no qual se encontram os equipamentos de acesso ao usuário e da rede IP que se interliga a Internet.

Serviço de Comunicação Multimídia – SCM : é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

Serviço de Valor Adicionado – SVA : é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. Não constitui serviço de telecomunicações.

Sistema Telefônico Fixo Comutado – STFC : é o serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais; destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando-se processos de telefonia.

TV a cabo : sistema no qual o sinal eletromagnético é enviado até aos assinantes através de uma rede que combina cabos coaxiais (cabos condutores blindados para conduzir sinais de forma isolada do ambiente) e cabos de fibra ótica.

VoIP : caracteriza aplicações que permitem transmitir voz através de redes que utilizam protocolos de comunicação IP, ou seja, são organizadas de acordo com a mesma lógica da Internet.

Wi-Max : é uma tecnologia sem fio desenvolvida para oferecer acesso banda larga a distâncias típicas de 6 a 9 Km.

Siglas e Abreviaturas

ADSL – *Asymmetrical Digital Subscriber Line*.

CPE – *Customer Premises Equipment* .

ERB – Estação Rádio Base.

FCC – *Federal Trade Commission*.

IP – *Internet Protocol* (protocolo de Internet).

LDI – Longa Distância Internacional.

LDN – Longa Distância Nacional.

LGT – Lei Geral de Telecomunicações.

MMDS – Serviço de Distribuição Multiponto Multicanal.

OFCOM – *Office of Communications* .

PASI – Provedor de Acesso a Serviços de Internet.

PGMQ – Plano Geral de Metas de Qualidade.

PGMU – Plano Geral de Metas de Universalização.

PGO – Plano Geral de Outorgas.

PUCs – *Public Utility Commissions* (órgãos reguladores estaduais estadunidenses).

SCEMa – Serviço de Comunicação Eletrônica de Massa por Assinatura.

SCM – Serviço de Comunicação Multimídia.

STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado.

SVA – Serviço de Valor Adicionado.

VoIP – voz sobre protocolo de Internet.

Wi-Fi – *Wireless Fidelity* (fidelidade sem fios).

Wi-Max – *Worldwide Interoperability for Microwave Access* (Interoperabilidade Mundial para Acesso de Micro-ondas).

WLL – *Wireless Local Loop* .