

Doutrina

INTEGRAÇÃO VERTICAL NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES: INTERPRETAÇÕES RECENTES DOS TRIBUNAIS DE CONCORRÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS, UNIÃO EUROPÉIA E BRASIL**Bruno Carazza dos Santos***Mestre em Economia pela Universidade de Brasília – UnB – e aluno da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.***RESUMO**

Com a liberalização do setor de telecomunicações, o Estado passou a atuar no mercado por meio da regulação e da defesa da concorrência. Embora em teses complementares, esses dois instrumentos de política pública enfrentam diversas limitações na prática. Dentre elas, a existência de integração vertical das empresas que adquiriram as redes físicas de telefonia geram diversas reclamações de que esse modelo abre considerável margem para a adoção de práticas anticoncorrenciais. Este artigo apresenta a postura dos tribunais de concorrência dos Estados Unidos, União Européia e Brasil em casos envolvendo a suposta existência de práticas anticoncorrenciais de empresas do setor de telecomunicações que detêm o acesso à rede local em sua área geográfica de atuação. Os enfoques distintos e o teor das decisões em cada jurisdição revelam que os órgãos reguladores e de proteção à concorrência devem redobrar a sua atenção para que falhas de regulação não estimulem a adoção de estratégias anticompetitivas que venham a abortar esse surto de concorrência no setor.

ABSTRACT

After the liberalization of the telecommunications sector, State plays its role by means of regulation and antitrust policy. But the intersection of these two public policies is very difficult to reach in practice. The vertical integration of the incumbent companies is an important example of how regulation can induce anticompetitive practices. This paper presents the current position of competition authorities in United States, European Union and Brazil towards allegations of anticompetitive behavior by telecommunications companies which are owners of the local loops in their geographical areas. As each jurisdiction applied a different approach and decided in a different direction, we can conclude that regulation and antitrust bodies must pay more attention in the telecommunications sector, in order to avoid that regulation failures do stimulate anticompetitive strategies.

Palavras-chave: Concorrência; regulação; telecomunicações; integração vertical; discriminação de preços.

1. INTRODUÇÃO

A liberalização do setor de telecomunicações trouxe consigo uma mudança no modo de atuação do Estado ao redor do mundo. Concebido na maioria dos países sob a forma de monopólios naturais, explorados pelo próprio Estado ou por uma única empresa privada, desde a década de 1980 esse modelo tem sido questionado, levando a uma onda de liberalização, com a quebra dos monopólios, a privatização das empresas estatais e a abertura à competição nos seus diversos segmentos.

Diante desse novo cenário, as ações do Estado situam-se em dois campos distintos, aparentemente complementares. De um lado, tem-se a regulação, que estabelece as regras gerais de atuação das empresas no que diz respeito à qualidade do serviço, às condições de entrada e saída no mercado e às tarifas, dentre outras. Por outro lado, cumpre ao Estado também a função de preservar o ambiente concorrencial, coibindo práticas anticompetitivas e garantindo ao consumidor uma maior variedade de opções, preços mais adequados e serviços de melhor qualidade.

No entanto, embora a regulação e a defesa da concorrência à primeira vista possuam objetivos comuns de política pública, que é o provimento de serviços de boa qualidade a preços razoáveis, na prática esses instrumentos, e seus respectivos órgãos, convivem em permanente tensão. De um lado, por mais que o estímulo à concorrência tenha sido um dos princípios norteadores da liberalização do mercado, a falta de experiência no campo do Direito Concorrencial tem prejudicado uma ação mais contundente dos órgãos reguladores nessa área. Além disso, a falta de conhecimento técnico e capacidade institucional para lidar com a complexidade de regulações detalhadas sobre qualidade e segurança de serviços de telecomunicações cria barreiras a uma atuação mais efetiva dos órgãos de defesa da concorrência em setores regulados.

Mais de uma década após os principais países implementarem medidas para abrir o mercado de telecomunicações à concorrência – o processo brasileiro começou em 1997, com a aprovação do marco regulatório do setor –, chega-se à constatação de que o fim dos monopólios legais não é garantia de competição. Em todos os países cresce a movimentação para a introdução de medidas efetivas pró-concorrência.

A experiência internacional revela que o arcabouço regulatório criou uma estrutura de mercado que incentiva a adoção de práticas anticoncorrenciais. As empresas que adquiriram as redes construídas ao longo de um século pelos detentores do monopólio estatal – as chamadas empresas incumbentes – herdaram uma considerável vantagem sobre suas concorrentes. Por possuírem a rede física de telefonia e atuarem no mercado de serviços de telecomunicação aos consumidores finais, essas empresas auferem os benefícios de uma integração vertical (economias de escala, escopo e diversas outras eficiências técnicas e econômicas) que suas concorrentes não possuem.

E mais: como a rede física é muitas vezes essencial para o provimento de serviços ao consumidor final, seus concorrentes dependem delas para disputarem clientes. Isso significa que uma concorrente não tem condições de oferecer serviços de telecomunicações (chamadas telefônicas, acesso à Internet, transmissão de dados, etc.) sem ter que pagar pelo uso da rede física de propriedade da incumbente – pois construir uma rede própria, que seria a solução para driblar esse empecilho, é economicamente inviável no volume e capilaridade da rede já existente.

A existência de uma empresa que atua verticalmente integrada, possuindo uma infra-estrutura essencial de duplicação inviável, cria então um cenário propício à adoção de práticas anticoncorrenciais, como a discriminação de preços indevida. A

solução regulatória adotada por diversos países para esse problema tem sido o compartilhamento da rede: exige-se das incumbentes o livre acesso de seus concorrentes à sua rede, permitindo a interconexão entre os sistemas, de forma que o acesso é “alugado” pela concorrente (solução conhecida como *unbundling* no jargão técnico). Para assegurar que essa negociação entre rivais se dê em termos justos, razoáveis e não-discriminatórios, os órgãos de regulação têm controlado o preço do acesso. Acontece que a integração vertical das incumbentes, a assimetria de informações entre reguladores e regulados e a falta de transparência desse mercado geram muita margem para adoção de estratégias comerciais destinadas a diminuir a competitividade de seus concorrentes.

Neste artigo são apresentados três casos envolvendo aspectos regulatórios julgados recentemente por tribunais antitruste em importantes mercados mundiais: Estados Unidos, União Européia e Brasil. Todos eles tratam de um mesmo objeto, a suposta existência de práticas anticoncorrenciais por empresas do setor de telecomunicações que detêm o acesso à rede local em sua área geográfica de atuação. O fato de as investigações realizadas pelos órgãos defensores da concorrência nesses mercados terem acontecido simultaneamente, entre 2003 e 2004, revela o quanto o assunto é atual e pertinente.

O objetivo desse trabalho é apresentar as diferentes abordagens de cada órgão antitruste – a Suprema Corte norte-americana, a Comissão Européia e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) brasileiro – a respeito de possíveis condutas anticoncorrenciais no mercado de provimento de acesso local no setor de telecomunicações. Conforme ficará evidente ao final da leitura, cada órgão adotou uma postura diferente a respeito da interação entre Direito da Concorrência e regulação. Definir os limites, o alcance e a eficácia do antitruste em setores regulados é uma das principais missões que têm sido atribuídas aos órgãos de defesa da concorrência nas principais economias mundiais. E esse trabalho se propõe a explorar essa dimensão na discussão sobre os casos concretos apreciados recentemente sobre o tema.

Este artigo está estruturado em seis seções, sendo que esta Introdução constitui a primeira. A Seção 2 apresenta os fundamentos econômicos da integração vertical e o conjunto de incentivos existentes para o desenvolvimento de práticas anticompetitivas.

Na Seção 3 é apresentada a decisão da Suprema Corte norte-americana sobre o caso *Verizon v. Trinko*, que em janeiro de 2004 afastou do campo do Direito da Concorrência a conduta da empresa incumbente *Verizon* de oferecer acesso em piores condições a suas concorrentes. A discussão envolvendo os limites do antitruste perante a regulação é a tônica desse polêmico julgamento.

Ao contrário do veredicto emitido nos Estados Unidos, a opinião dos órgãos de defesa da concorrência da União Européia e do Brasil retomam a tese da complementaridade entre os campos do antitruste e da regulação. No caso *Deutsche Telekom*, julgado pela Comissão Européia em maio de 2003 e discutido na Seção 4, a multa aplicada à incumbente sinaliza que apenas a regulação não é suficiente para conter abusos de poder econômico.

A Seção 5 mostra que a concessão do CADE de uma Medida Preventiva em fevereiro de 2003 contra a empresa Telefônica, detentora da rede de telefonia no principal centro econômico brasileiro, situa-se no mesmo diapasão, com a particularidade de ter desencadeado um processo de revisão do arcabouço regulatório destinado a eliminar distorções no ambiente concorrencial do setor de telecomunicações.

O trabalho é encerrado com as considerações finais.

2. A INTEGRAÇÃO VERTICAL NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E SEUS DESAFIOS PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A literatura econômica revela que quando se combinam a existência de uma empresa verticalmente integrada e o provimento de um insumo ou infra-estrutura essencial para suas concorrentes, tem-se o ambiente propício para a ocorrência de práticas anticoncorrenciais. E essa é justamente a configuração do setor de telecomunicações na maior parte dos países que implementaram sua liberalização a partir da década de 1980.

Na maioria dos casos em que as autoridades de defesa da concorrência têm sido convocadas a opinar sobre o setor de telecomunicações, a raiz dos problemas reside na existência de uma infra-estrutura essencial (*essential facility*), sem a qual não é possível atender o mercado consumidor com serviços e produtos finais. Essa característica é comum também a outros setores, como eletricidade e transportes, dentre outros. Logo, assim como a distribuidora de energia elétrica depende das redes de transmissão que ligam as geradoras até as cidades, a empresa de telefonia que oferece acesso à Internet ou chamadas telefônicas depende da rede física de circuitos que leva os impulsos elétricos até a residência de seus clientes.

A propriedade de um bem essencial atribui poder de mercado a seu produtor por dois motivos principais: (i) devido à sua baixa elasticidade de oferta, pois demandam elevados investimentos – *sunk costs* – e não existem substitutos próximos, devido a limitações tecnológicas; e (ii) pela também baixa elasticidade de demanda, pois são insumos essenciais a outras indústrias (Laffont & Tirole, 2001).

Quando o monopolista produtor desse insumo essencial também atua no mercado de um bem a ele complementar (mercado *downstream*, ou a jusante, ou ainda mercado alvo), têm-se incentivos suficientes para essa firma abusar de seu poder dominante. No extremo, essa situação levaria ao fechamento do mercado (*foreclosure*). Nas palavras de Rey and Tirole (1997, p. 1),

“(...) foreclosure refers to any dominant firm’s practice that denies proper access to an essential input it produces to some users of this input, with the intent of extending monopoly power from one segment of the market (the bottleneck segment) to the other (the potentially competitive segment). The excluded firms on the competitive segment are then said to be ‘squeezed’ or to be suffering a secondary line injury.”

Ou seja, tomando o caso do setor de telecomunicações, o que acontece na maioria dos casos é que a empresa proprietária da infra-estrutura essencial eleva o preço do acesso ou piora suas condições de provimento com o objetivo de favorecer sua própria subsidiária no mercado de serviços finais. Essa utilização do poder de monopólio no mercado *upstream* ou de origem (acesso à rede local) com o objetivo de prejudicar suas concorrentes no mercado *downstream* ou alvo (serviços de telecomunicações a consumidores finais) pode levar, ao extremo, à exclusão das rivais do mercado. Isso configura o fechamento do mercado (*foreclosure*) efetuado pela empresa verticalmente integrada, que assim pode estender a sua posição de monopólio no mercado atacadista ao mercado varejista.

As formas pelas quais a empresa integrada exerce, de maneira abusiva, esse poder de mercado são várias. As práticas mais comuns acontecem via preços e condições de acesso, discriminando em detrimento das empresas rivais. Os casos mais comuns são discriminação de preços, subsídios cruzados, *price squeezes* e preços excessivos. Mas as condutas também podem ser qualitativas, como a negação ou demora de oferta de acesso aos concorrentes, ou sua limitação em termos de quantidade e qualidade (OfTel, 2000, p. 20-31).

Na literatura econômica, o conjunto de condutas anticompetitivas descrito acima recebeu o nome geral de “*raising rivals’ cost*” ou “elevando o custo dos rivais”. Uma agenda de pesquisa relativamente extensa tem sido explorada nos últimos anos, aplicada sobretudo aos setores de comunicações, energia, informática e transportes¹. De maneira geral, entende-se que a existência de insumos essenciais produzidos em regime de monopólio gera incentivos suficientes para que essa empresa, atuando de forma integrada, procure estender esse poder ao mercado a jusante, eliminando os concorrentes.

Nota:

1 Dentre vários trabalhos realizados recentemente sobre o tema, encontram-se Economides (1998), Biglaiser & DeGraba (2001), Choi (2002), Carter & Wright (1999) e Sibley & Weisman (1998).

A literatura econômica aborda a questão das práticas de discriminação de preços num contexto em que existe um único fornecedor (o monopolista *upstream*) que cobra pelo acesso das firmas *downstream* à sua rede física. No caso do setor de telecomunicações, o monopolista *upstream* é a firma detentora dos acessos locais – denominados na literatura especializada pelos termos sinônimos de *local loop*, par metálico, pares de cobre ou última milha. Por sua vez, as firmas *downstream* podem ser operadoras de chamadas de longa distância, provedores de Internet ou prestadoras de serviços de comunicação de dados.

Nesse contexto, as condutas anticompetitivas ocorrem quando a empresa detentora da rede local também atua no mercado alvo ou *downstream*. O que a literatura indica é que pode fazer parte da estratégia desse grupo a utilização do preço do acesso local (considerado um insumo essencial) para prejudicar os seus concorrentes no mercado alvo. Sendo assim, a firma *upstream* estabelece, para os rivais de sua subsidiária no mercado *downstream*, um preço de acesso alto o suficiente para tornar sua participação nesse mercado inviável. O resultado limite é a extensão do poder de monopólio do grupo de um mercado para outro.

Essa é a essência das acusações apresentadas pelas empresas concorrentes a agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência em diferentes países. A partir da própria seção, será apresentada a postura desses órgãos em três diferentes economias ao redor do mundo: Estados Unidos, União Européia e Brasil.

3. O CASO TRINKO V. VERIZON: RETROCESSO OU PRAGMATISMO NA ABORDAGEM DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO E DO ANTITRUSTE?

Em 13 de janeiro de 2004 a Suprema Corte americana surpreendeu o mercado e o meio acadêmico ao decidir um importante caso envolvendo a interação entre regulação e antitruste no mercado de telecomunicações, a disputa *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*².

Nota:

2 Disponível em: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/02-682.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2006.

O cerne da questão analisada pela Suprema Corte refere-se ao alcance que as decisões antitruste podem assumir em relação a um mercado intensamente controlado por um órgão regulador. Em sua decisão, questões como o efeito anticoncorrencial do descumprimento de exigências regulatórias e a capacidade dos órgãos antitruste de fiscalizar e fazer cumprir suas decisões são colocadas, tendo provocado um intenso debate acadêmico sobre a interface entre regulação e antitruste nos últimos dois anos.

A ação foi movida por um escritório de advocacia, *Law Offices of Curtis V. Trinko*, contra a empresa de telefonia local *Verizon Communications Inc.*, detentora da rede física de telefonia na cidade de Nova York. Como cliente da empresa telefônica *AT&T*, *Trinko* alegou que a *Verizon* praticava tratamento discriminatório contra a *AT&T*, o que acarretava uma prestação de serviços de telefonia local com qualidade inferior para o escritório de advocacia.

O questionamento da *Trinko* coloca em evidência a configuração do mercado americano de telefonia após a sua liberalização em 1996. Com a promulgação da Lei de Telecomunicações de 1996 (*The Telecommunications Act of 1996*), os monopólios legais de telefonia local foram quebrados, com a divisão do mercado em quatro grandes áreas. Na região de Nova York, a empresa *Nynex* – que após um ciclo de fusões e incorporações tornou-se posteriormente *Bell Atlantic* e, finalmente, *Verizon* – herdou a rede física construída ao longo de décadas pelo monopólio estatal. De acordo com o marco regulatório introduzido em 1996 para o setor de telecomunicações, essas empresas herdeiras do antigo monopólio em sua área geográfica – denominadas empresas incumbentes³ – deveriam assumir uma série de responsabilidades para limitar o seu poder de mercado e, assim, estimular a concorrência.

Nota:

3 Literalmente, incumbent local exchange carriers (ILECs).

O pilar central dessa política regulatória destinada a estimular a concorrência no mercado de serviços de telefonia reside na exigência, presente na Lei de Telecomunicações de 1996, de que as incumbentes devem proporcionar a seus concorrentes o adequado acesso à sua rede física. Por meio dessa medida, uma empresa concorrente (no caso, a *AT&T*) pode oferecer serviços de telefonia fixa a seus clientes (o escritório de advocacia *Curtis V. Trinko*) porque a regulação americana lhe assegura utilizar-se da rede instalada da incumbente (*Verizon*).

É importante destacar que o espírito da complementaridade entre regulação e concorrência aflora já no preâmbulo da Lei de Telecomunicações de 1996. Naquele dispositivo legal a concorrência é vista como um instrumento basilar para se alcançar os objetivos de redução de preços, melhoria da qualidade dos serviços e estímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias de telecomunicações⁴. Para atingir tal intento, a própria legislação estabelece uma série de medidas destinadas a assegurar a preservação do ambiente concorrencial em todos os mercados.

Nota:

4 O preâmbulo da referida lei estabelece: "To promote competition and reduce regulation in order to secure lower prices and higher quality services for American telecommunications consumers and encourage the rapid deployment of new telecommunications technologies".

Com o intuito de estimular o desenvolvimento de mercados competitivos, o art. 251 da Lei de Telecomunicações estabelece as obrigações das empresas em relação à interconexão. Como regra geral, o item 251(a)(1) estabelece que cada empresa de telecomunicações tem a obrigação de interconectar direta ou indiretamente com a rede e o equipamento de outras companhias.

Como obrigações específicas, o item 251(b) exige uma série de comportamentos pró-competitivos, como a liberdade de acesso aos dutos, postes e galerias que conduzem os circuitos elétricos (o chamado *access to rights-of-way*), a portabilidade de números telefônicos, a compensação recíproca entre chamadas efetuadas e terminadas e o acesso não-discriminatório às listagens de números telefônicos.

Com relação ao acesso à rede de telecomunicações instalada, o art. 251 estabelece duas possibilidades: a revenda de serviços ao consumidor final (*resale*) e o compartilhamento de elementos da rede (*unbundling*).

De acordo com o item 251(c)(4), o *resale* consiste na obrigação que a empresa incumbente tem de vender a suas concorrentes, a preço de atacado, todos os serviços que ela oferece para seus clientes finais⁵. Isso significa que uma empresa concorrente pode adquirir, por exemplo, pacotes de ligações locais ou de longa distância da empresa detentora das redes (a incumbente) com descontos pelo volume da compra e revendê-los para um consumidor final em condições competitivas. Segundo os itens 251(b)(1) e 251(c)(4)(B) a empresa incumbente não pode proibir ou impor condições ou limitações desarrazoadas ou discriminatórias à revenda de serviços telefônicos. Trata-se, portanto, de uma importante medida para estimular a concorrência pelo provimento de serviços telefônicos ao consumidor final, pois os concorrentes podem buscar expandir sua base de clientes mediante o repasse dos descontos obtidos da empresa líder pela compra no atacado.

Nota:

5 O resale é assim definido no art. 251(c)(4)(A):

"(4) RESALE - The duty

(A) to offer for resale at wholesale rates any telecommunications service that the carrier provides at retail to subscribers who are not telecommunications carriers;"

A outra forma de estimular a competição no mercado *downstream* é a imposição da comercialização, pela empresa incumbente aos seus concorrentes, não somente dos serviços finais prestados ao consumidor, mas do uso de seus equipamentos e de sua rede física quando forem necessários para se atingir a residência ou o estabelecimento do cliente final. Essa forma de comercialização apenas do acesso (ou seja, um serviço individualizado, fora da cesta, *unbundled*) deve ser realizada quando for tecnicamente viável e em termos e condições justas, razoáveis e não-discriminatórias, conforme negociação entre as partes⁶.

Nota:

6 A definição legal do unbundling encontra-se assim expressa na Lei de 1996:

“(3) UNBUNDLED ACCESS - The duty to provide, to any requesting telecommunications carrier for the provision of a telecommunications service, nondiscriminatory access to network elements on an unbundled basis at any technically feasible point on rates, terms, and conditions that are just, reasonable, and nondiscriminatory in accordance with the terms and conditions of the agreement and the requirements of this section and section 252. An incumbent local exchange carrier shall provide such unbundled network elements in a manner that allows requesting carriers to combine such elements in order to provide such telecommunications service.”

A partir desses dois instrumentos a legislação americana introduziu os meios necessários – embora muitas vezes não suficientes – para que uma empresa concorrente drible a ausência de rede própria e ofereça serviços de telefonia aos consumidores finais até então atendidos somente pela incumbente. De acordo com Thorne (2005), isso significou a passagem, após a Lei de Telecomunicações de 1996, de um modelo em que as novas entrantes eram proibidas de construir suas redes próprias para outro em que não apenas elas têm autorização legal para implementá-las como também podem alugar a rede das incumbentes a preços com desconto (p. 291).

Mas, conforme mencionado acima, a previsão da livre interconexão entre as redes e a possibilidade de *resale* e *unbundling* não são condições suficientes para um ambiente plenamente concorrencial no setor de telecomunicações. E o histórico de negociações entre a AT&T e a Verizon para obter acesso à sua rede retrata bem as dificuldades enfrentadas pelos órgãos reguladores americanos em lidar com essa questão.

Logo após a entrada em vigor da Lei de Telecomunicações de 1996, AT&T e Verizon entraram em processo de negociação para definição dos termos de um contrato de interconexão visando estabelecer o preço e as condições de acesso à rede da incumbente Verizon. Como as partes não chegaram a nenhum acordo, recorreu-se à arbitragem compulsória do órgão regulador de infra-estrutura do estado de Nova York, a *Public Services Commission* – PSC . Após a intervenção do órgão, o contrato foi firmado em 1997.

Em dezembro de 1999, surge a primeira disputa entre as empresas relacionadas às condições do *unbundling* . De acordo com uma representação apresentada pela AT&T simultaneamente aos órgãos reguladores estadual (PSC) e federal (*Federal Communications Commission* – FCC), o *software* utilizado pela Verizon (à época chamada Bell Atlantic) para proceder à interconexão entre a rede de sua propriedade e os sistemas das suas concorrentes, dentre elas a AT&T, estava apresentando defeitos que comprometiam a qualidade da interconexão e muitas vezes impediam que ela fosse efetivada. Como resultado, a AT&T reclamava que esse problema estava gerando insatisfação entre seus clientes e, conseqüentemente, perdas na sua capacidade de competir com a Verizon.

Tanto a PSC quanto a FCC abriram investigações para verificar se a queixa da AT&T procedia. A PSC realizou inspeções durante três meses e concluiu que o *software* realmente apresentava problemas que comprometiam a qualidade dos serviços providos pelas concorrentes da Verizon. Sendo assim, impôs em 11.02.2000 uma ordem exigindo a tomada de providências, com a elaboração de relatórios diários sobre o funcionamento do sistema e seu envio à PSC. Como foi identificado que as concorrentes estavam incorrendo em significativos prejuízos, em 15.03.2000 a PSC determinou a aplicação de uma indenização de US\$ 10 milhões a ser distribuída entre as concorrentes da Verizon (como a AT&T, a MCI e a MetTel, dentre outras), conforme o dano sofrido por cada empresa ⁷ .

Nota:

7 Sobre a disputa regulatória travada na Public Service Commission – PSC de Nova York, pesquisar sobre os casos 00-C-008 – Complaint of MCI Worldcom, Inc. against Bell Atlantic-New York concerning Billing Completion Notices e 00-C-0009 – Complaint of AT&T Communications of New York, Inc. against Bell Atlantic-New York concerning Acknowledgements, Completion Notices and Pre-Order Outages em [http://www3.dps.state.ny.us/pscweb/WebFileRoom.nsf/ArticlesByCategory/ED8B31525312519B85256DF100756FA1/\\$File/doc8265.pdf?OpenElement](http://www3.dps.state.ny.us/pscweb/WebFileRoom.nsf/ArticlesByCategory/ED8B31525312519B85256DF100756FA1/$File/doc8265.pdf?OpenElement), conforme pesquisa realizada em 20.09.2006.

A FCC, por sua vez, estabeleceu um acordo com a Verizon em 09.03.2000 em que essa empresa se comprometeu com o cumprimento de diversas exigências de desempenho no serviço e ainda efetuou uma contribuição “voluntária” de US\$ 3 milhões ao Tesouro Americano como pena pelos problemas com o *software* . Além disso, foi exigido o envio de relatórios semanais para o *Enforcement Bureau* da FCC, que passou a monitorar o cumprimento da medida ⁸ .

Nota:

8 Conforme nota à imprensa divulgada em http://www.fcc.gov/eb/News_Releases/bellatlet.html (acesso realizado em

20.09.2006) – Enforcement Bureau Announces that Bell Atlantic has Satisfied Consent Decree Regarding Electronic Ordering Systems in New York , June 20, 2000 .

Em 20.06.2000, depois de verificar que os serviços de *unbundling* prestados pela Verizon já haviam retornado a um patamar aceitável de qualidade, a FCC anunciou sua decisão de finalizar seu trabalho de supervisão sobre a empresa, livrando-a da obrigação de remeter relatórios periódicos sobre o cumprimento das metas de desempenho. Da mesma forma, em 19.07.2000 a PSC também encerrou o caso, concluindo que os problemas com o *software* haviam sido substancialmente reduzidos depois da implementação de uma nova versão do programa. Mas mesmo tendo aliviado a obrigação de apresentar relatórios diários sobre a sua *performance*, a Verizon ainda foi obrigada a pagar uma indenização de US\$ 100 mil à AT&T para ressarcir danos causados pela demora no fornecimento da nova versão do *software* .

Mas a resolução da disputa na seara regulatória não foi suficiente para encerrar o clima de litígio entre as duas partes. No dia seguinte ao estabelecimento do acordo de cessação da prática com a FCC, o escritório de advocacia Trinko, cliente da AT&T, entrou com uma ação antitruste perante a *District Court for the Southern District of New York* .

De acordo com a requerente Trinko, a Verizon ofereceu tratamento discriminatório no processamento dos pedidos de *unbundling* realizados pela AT&T. Segundo ela, enquanto a Verizon atendia prontamente os pedidos de ligação provenientes de seus próprios clientes finais, as solicitações provenientes de clientes da AT&T não eram resolvidas no tempo adequado. A falha no *software*, motivo da abertura dos processos nos órgãos regulatórios, seria na verdade uma estratégia para prejudicar os clientes de seus concorrentes. Ao relatar a alegação inicial da Trinko, o juiz Antonin Scalia assim a descreveu:

“The complaint [...] alleged that Verizon had filled rivals’ orders on a discriminatory basis as part of an anticompetitive scheme to discourage customers from becoming or remaining customers of competitive LECs [local exchange carriers], thus impeding the competitive LECs’ ability to enter and compete in the market for local telephone service.” (US Supreme Court, 2003, p. 4)

Essa estratégia comercial, segundo a petição da Trinko, configuraria uma agressão ao art. 2º do *Sherman Act* , que penaliza a tentativa de monopolização do mercado ⁹ .

Nota:

9 No original:

“§ 2. Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

Embora em primeira instância o pleito tenha sido desconsiderado, sob a alegação de que não havia embasamento suficiente para enquadrar a conduta da Verizon no âmbito do art. 2º do *Sherman Act* , essa decisão foi revista pela Corte de Apelação do Segundo Circuito. A segunda instância aplicou a doutrina das *essential facilities* e concluiu que a prática era passível de condenação antitruste. O caso então foi submetido à Suprema Corte.

A análise do caso, feita pelo juiz Antonin Scalia e aprovada pela Suprema Corte, traça uma interessante e polêmica discussão sobre se o descumprimento de uma obrigação regulatória é passível de uma condenação antitruste. Em outras palavras, se a falha da Verizon em oferecer acesso à sua rede em condições “justas, razoáveis e não-discriminatórias” foi uma infração ao Direito Concorrencial de não tentar monopolizar o mercado de serviços de telefonia.

Para responder a essa questão, o juiz Scalia coloca três pontos em discussão: (i) se as exigências da Lei de Telecomunicações de 1996 relativas ao estímulo à concorrência autorizam ou não a abertura de um processo antitruste; (ii) se a conduta da Verizon configura uma violação das normas antitruste e (iii) o alcance das medidas antitruste sobre o marco regulatório norte-americano. A seguir passaremos a discutir cada um deles separadamente, trazendo à luz parte da polêmica acadêmica que se criou a partir desse caso paradigmático.

3.1.AS EXIGÊNCIAS DA LEI DE TELECOMUNICAÇÕES DE 1996 RELATIVAS AO ESTÍMULO À CONCORRÊNCIA AUTORIZAM OU NÃO A ABERTURA DE UM PROCESSO ANTITRUSTE?

Para o juiz Scalia, a elaboração de um estatuto tão detalhado e com tantas medidas destinadas ao fomento da competição como a Lei de Telecomunicações de 1996 a princípio não deveria autorizar automaticamente a abertura de um processo antitruste. Isso porque o risco de conflito entre as decisões judiciais com base na legislação antitruste e o marco regulatório nacional seriam consideráveis, o que lançaria grave incerteza para a condução dos negócios e geraria dúvidas sobre os reais objetivos da política pública.

Mas acontece que o Congresso norte-americano, preocupado em estimular a competição no setor de telecomunicações, impôs uma cláusula na Lei de 1996 que elimina qualquer aspiração de se conferir imunidade antitruste à referida regulação. De acordo com o item 601(b)(1), nada na legislação introduzida em 1996 deve modificar, impedir ou superar a aplicação de

qualquer norma antitruste ¹⁰ .

Nota:

10 No original:

“Section 60 . (...)”

(b) ANTITRUST LAWS -

(1) SAVINGS CLAUSE - Except as provided in paragraphs (2) and (3), nothing in this Act or the amendments made by this Act shall be construed to modify, impair, or supersede the applicability of any of the antitrust laws.

(2) REPEAL - Subsection (a) of section 221 (47 U.S.C. 221(a)) is repealed.

(3) CLAYTON ACT - Section 7 of the Clayton Act (15 U.S.C. 18) is amended in the last paragraph by striking ‘Federal Communications Commission’.

Essa cláusula de proteção das medidas antitruste, portanto, garante o recurso ao Direito da Concorrência sempre que uma parte se sentir lesada por uma tentativa de domínio do mercado. Sendo assim, o juiz Scalia passa então a analisar se a ação da Verizon enquadra-se como uma prática anticoncorrencial.

3.2.A CONDUTA DA VERIZON CONFIGURA UMA VIOLAÇÃO DAS NORMAS ANTITRUSTE?

Uma vez tendo reconhecido que há legitimidade em uma ação antitruste contra o desrespeito a uma norma regulatória determinada pela Lei de Telecomunicações de 1996, a Suprema Corte passou então a verificar se a prática da Verizon constituiu uma infração ao art. 2º do *Sherman Act* .

O juiz Scalia inicia essa parte de seu voto reiterando que a detenção de poder de monopólio não é um ilícito antitruste *per se* . De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte, consolidada no caso *United States v. Grinnell Corp.* , de 1966, a conduta somente pode ser reconhecida como ilícita quando a obtenção ou a tentativa de obtenção do poder de monopólio resulta de meios outros além do desenvolvimento de um produto superior, de uma maior habilidade de negócios ou de um puro acidente histórico (como um processo de privatização de serviços públicos, por exemplo).

Para o juiz, condenar a busca do monopólio como um ilícito antitruste *per se* significa comprometer a obtenção do objetivo final do próprio Direito Concorrencial; afinal, a busca capitalista pelo lucro e pelo crescimento de negócios constitui a própria essência do processo de desenvolvimento e inovação que gera produtos cada vez melhores e menores preços. Desde que ausentes práticas anticoncorrenciais, o direito antitruste não pode constituir-se num obstáculo ao desenvolvimento capitalista. Nas palavras do juiz:

“The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct.” (US Supreme Court, 2003, p. 7, destaque no original)

Diante disso, teria sido a conduta da Verizon de restringir o acesso de seus rivais à sua rede uma conduta anticompetitiva? Para o juiz Scalia, é preciso muito cuidado antes de se condenar qualquer negativa de compartilhamento de rede como uma agressão ao Direito Concorrencial. Para ele, antes que uma Corte classifique automaticamente a negativa ao acesso como anticompetitiva, devem ser levados em conta três fatores: (i) em certas circunstâncias, exigir o compartilhamento compulsório pode reduzir os incentivos ao investimento na construção e no melhoramento das redes; (ii) os órgãos antitruste devem evitar assumir o papel de planejadores centrais, arbitrando a todo momento condições de preço, quantidade e outras condições de acesso entre concorrentes; e (iii) mediar a negociação entre concorrentes pode levar à colusão, grande mal a ser evitado pelo direito antitruste. Logo, a Suprema Corte deve ser sempre conservadora ao julgar alegações como a apresentada pela Trinko, um caso clássico de recusa a negociar (*refusal to deal*) .

A opção do juiz Scalia ao julgar o caso Trinko foi aplicar, como *leading case* , as condições estabelecidas na disputa *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* Nesse julgamento, o complexo de esqui *Aspen Skiing* foi condenado pela Suprema Corte por negar-se a negociar com a estação contígua *Aspen Highlands* com o objetivo de excluí-la do mercado. Naquele caso ficou configurado que a *Aspen Skiing* estava abrindo mão de receita no curto-prazo, ao não aceitar a continuação de negociação de um tíquete comum com sua concorrente que desse acesso a todas as estações, em favor da obtenção de lucros de monopólio depois da provável saída de sua concorrente do mercado.

Seria então esse o caso da Verizon, que estaria negando-se a prover acesso a sua rede com o objetivo de excluir a AT&T do mercado e monopolizar a venda de serviços telefônicos aos clientes finais?

Para o juiz Scalia, existe uma diferença significativa entre os casos *Aspen* e *Trinko* . No primeiro caso, o complexo de esqui *Aspen Skiing* durante muito tempo negociou voluntariamente com sua concorrente *Aspen Highlands* , promovendo a venda de tíquetes que ofereciam o acesso a todas as pistas de esqui e elevadores das duas empresas. A partir de um determinado momento, a *Aspen Skiing* passou a recusar-se a ofertar ao público o tíquete comum, fazendo valer sua vantagem de possuir três pistas de esqui, em detrimento da sua concorrente que só possuía uma. Desesperada pela queda das vendas de seus bilhetes, a *Aspen Highlands* chegou mesmo a oferecer-se a pagar o preço cheio do bilhete da *Aspen Skiing* para não perder seu público. Para a Suprema Corte americana, a recusa da *Aspen Skiing* de aceitar até mesmo o

preço cheio do bilhete comprado pela sua concorrente configurou sua vontade de excluir a concorrente do mercado.

Para o juiz Scalia, no caso *Trinko* não havia elementos que demonstrassem que a *Verizon* voluntariamente negociaria com seus clientes se não existisse a obrigação regulatória. Por isso não havia como afirmar se as falhas da *Verizon* em cumprir com as determinações regulatórias tinham ou não a intenção de prejudicar a concorrência¹¹. A própria exigência do compartilhamento da rede com os rivais tornaria ainda mais incerto afirmar que a *Verizon* perseguia objetivos de monopolizar o mercado de telefonia, pois não interessaria à *Verizon* perder essa fonte de receita.

Nota:

11 De acordo com a opinião do juiz Scalia: “The refusal to deal alleged in the present case does not fit within the limited exception recognized in *Aspen Skiing*. The complaint does not allege that Verizon voluntarily engaged in a course of dealing with its rivals, or would ever have done so absent statutory compulsion. Here, therefore, the defendant’s prior conduct sheds no light upon the motivation its refusal to deal – upon whether its regulatory lapses were prompted not by competitive zeal but by anticompetitive malice”. (US Supreme Court, 2003, p. 9)

O voto-vencedor do juiz Scalia conclui que a conduta da *Verizon* não se enquadra nos pré-requisitos estabelecidos na jurisprudência daquela Corte sobre o *refusal to deal*. Além disso, o caso também não seria amparado pela doutrina das *essential facilities* – que, aliás, para o juiz, nunca foi reconhecida pela Suprema Corte. Segundo o magistrado, citando uma passagem de um trabalho de *Areeda & Hovenkamp*, não há que se falar em essencialidade de um insumo cujo órgão regulador tem condições de obrigar o seu compartilhamento e regular os termos desse acesso. Com essas palavras, o juiz excluiu a aplicação do art. 2º do *Sherman Act* às falhas regulatórias cometidas pela *Verizon*.

Essa decisão da Suprema Corte despertou diversas críticas de advogados e economistas especialistas em Direito Concorrencial. De uma maneira geral, os trabalhos elaborados depois do caso *Trinko* sustentam que a Suprema Corte desconsiderou parte relevante da sua Jurisprudência sobre estratégias anticoncorrenciais de exclusão de rivais do mercado e ainda extrapolou as recomendações existentes na citada disputa *Aspen Skiing v. Aspen Highlands*.

De acordo com Bessing (2005), a Suprema Corte não foi efetuada a escolha mais adequada quando adotou o caso *Aspen* como paradigmático para julgar a acusação contra a *Verizon*. Para o autor, a principal característica presente no caso *Trinko* – a integração vertical de uma firma que é monopolista no mercado de origem e compete com suas rivais no mercado alvo – não se verifica no caso *Aspen*.

Além disso, a quase obsessiva busca do juiz Scalia em desqualificar a doutrina das *essential facilities* não se justifica perante a Jurisprudência daquela Corte. Aliás, segundo Bessing (2005, p. 27), a declaração de que essa doutrina nunca foi reconhecida pela Corte não é amparada pelos fatos. Ao longo do século XX pelo menos seis casos relevantes podem ser citados como tendo sido aplicada a *essential facilities doctrine*, ainda que em circunstâncias limitadas¹². Isso sem citar o caso *MCI v. AT&T*, que consistiu no primeiro passo para a quebra do monopólio no setor de telecomunicações americano – e que serviu como guia para a aplicação da Medida Preventiva contra a Telefônica na análise feita pelo Conselheiro Relator do CADE, conforme será visto adiante na Seção 5. Em todos esses casos o domínio da produção de um bem essencial para o provimento de um serviço ao consumidor final foi reconhecido como propício ao desenvolvimento de práticas anticoncorrenciais nesses mercados. Fato que a Suprema Corte não levou em conta na sua decisão sobre a *Verizon*.

Nota:

12 Segundo Bessing (2005), esses casos seriam: *United States v. Terminal Rail-Road Association* (1912), *Eastman Kodak v. Southern Materials Co.* (1927), *Associated Press v. United States* (1945), *Lorain Journal v. United States* (1951), *Otter Tail Power v. United States* (1973) e *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.* (1992).

Mas mesmo que o afastamento da aplicação da doutrina das *essential facilities* pela Suprema Corte não fosse séria o suficiente, os críticos daquela decisão também se revoltaram com o próprio tratamento dado naquele julgamento às condições estabelecidas no caso *Aspen*. Para Schoen (2005), o juiz Scalia considerou como relevante para a determinação do objetivo de sua conduta a inexistência de intenção da *Verizon* em monopolizar o mercado final, e não critérios objetivos. O correto seria discorrer sobre a racionalidade econômica da ação da *Verizon*, inferindo se a empresa possuía incentivos para ingressar em uma política de sacrifício de lucros no curto prazo para auferir lucros de monopólio posteriormente. Para o autor, esse foi o verdadeiro espírito perseguido pela Suprema Corte no julgamento do caso *Aspen*, e assim deveria ser feito em relação à *Verizon*.

De acordo com Bessing (2005), não há fundamento em se utilizar o fato de a *Verizon* ter ou não voluntariamente negociado previamente com suas concorrentes como o cerne da questão sobre sua intenção ou não de excluir as rivais. Isso seria uma extrapolação às exigências impostas pela Suprema Corte no *leading case Aspen*. Nas palavras do autor:

“In addition to the two elements recognized in all case precedents for a Section 2 violation – (1) defendant’s possession of monopoly power in the relevant market, and (2) defendant’s willful acquisition or maintenance of that power to injure, impede or exclude a competitor – the Scalia court would add a third element, that (3) defendant engaged in prior voluntary dealings with plaintiff and then terminated those dealings. No case, other than *Trinko*, imposes that third element – not even *Aspen Skiing*, where defendant’s termination of its prior voluntary lift ticket arrangement with plaintiff

was found to be evidence of element (2) above, was not a third, independent element of proof. (p. 25)”

Sendo assim, a decisão do juiz Scalia no caso *Trinko* feriu gravemente os fundamentos do Direito Concorrencial, tendo sido uma vitória do receio de se tomar medidas estruturais para estimular a competição no mercado de telecomunicações nos Estados Unidos. E essa preocupação de parte do meio acadêmico com um possível retrocesso no julgamento de ações antitruste em setores regulados ficou ainda mais evidente após as considerações do juiz Scalia sobre os limites institucionais à atuação do Direito da Concorrência.

3.3. EXISTEM LIMITES À ATUAÇÃO DO ANTITRUSTE SOBRE O MARCO REGULATÓRIO?

Depois de descaracterizar a conduta de *Verizon* como anticoncorrencial, o juiz Scalia apresentou interessantes considerações sobre o alcance das medidas antitruste em face de um arcabouço regulatório destinado a estimular a competição no mercado. Em face de um sistema tão preocupado com a concorrência como o implementado após a Lei de Telecomunicações de 1996, o direito da concorrência teria muito pouco a acrescentar, sendo até mesmo possível introduzir imperfeições ao sistema.

Segundo a sua opinião, aceita pela Suprema Corte, o regime regulatório de telecomunicações nos Estados Unidos é uma grande garantia para o direito da concorrência. Como exemplo, o juiz cita as investigações efetuadas pelos órgãos reguladores FCC e PSC no próprio caso do *software* da *Verizon* que processava os pedidos de *unbundling* – motivo da queixa antitruste apresentada pela *Trinko*. Para o juiz, a rápida resposta dos órgãos reguladores, ao exigir a elaboração de relatórios periódicos sobre a resolução do problema e impor pesadas multas à empresa, demonstra o quanto essas agências permanecem atentas à questão da concorrência no mercado de telefonia.

O juiz ainda apresenta como um limitador à aplicação irrestrita de medidas antitruste em mercados regulados o risco dos “falsos positivos”, ou seja, condenar práticas que não necessariamente apresentam conteúdo anticompetitivo. Esse seria justamente a situação de uma empresa demorar a prover o acesso via *unbundling* a seus rivais. Para o juiz, a Justiça antitruste enfrenta grandes dificuldades institucionais para avaliar um tema com tamanho conteúdo técnico, dada a imensa complexidade tecnológica envolvendo as negociações de interconexão de redes de telecomunicação. E o envolvimento da Justiça aplicando normas antitruste nessa seara geraria tanto litígio entre concorrentes que levaria ao efeito deletério de introduzir insegurança e desestimular investimentos no setor.

Segundo o juiz Scalia, mesmo que não existisse a possibilidade de condenações de “falsos positivos”, o custo da supervisão da aplicação das medidas antitruste a serem impostas às incumbentes seria praticamente impraticável. Afinal de contas, o controle *ex-post* de definir termos e condições “justas, razoáveis e não-discriminatórias” e supervisionar o seu cumprimento em cada pedido de *unbundling* exigiria dos órgãos antitruste o desenvolvimento de capacidades institucionais muito específicas e altamente demandadas.

Concluindo o seu voto, o juiz Scalia estabelece que, ainda que reconheça que o *Sherman Act* é a “Carta Magna da livre iniciativa”, ela não confere aos juízes “carta branca” para condenar um monopólio na sua forma de conduzir os seus negócios a menos que outra alternativa favoreça mais o ambiente concorrencial. Com essas palavras, ele encerra o seu voto absolvendo a *Verizon* da acusação de infringir o *Sherman Act*.

Essa postura do juiz Scalia relativa às limitações à atuação dos órgãos antitruste em setores regulados pelo poder público despertou diversas reações negativas pelos defensores de um maior protagonismo da defesa da concorrência. Besing (2005) argumenta que muito antes de serem concorrentes, as funções do antitruste e da regulação são complementares – uma visão ressaltada tanto na decisão da Comissão Européia em condenar a *Deutsche Telekom* como do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de impor uma Medida Preventiva contra a Telefônica no Brasil.

De acordo com Besing (2005), a visão mais apropriada para o caso *Trinko* seria aquela exposta pela Corte de Apelação do Segundo Circuito, que julgou a questão em segunda instância. Para aquele órgão jurisdicional, multas regulatórias e sanções antitruste devem estar em sintonia, pois enquanto as primeiras indenizam prejuízos privados, de concorrentes, as últimas devem atender à perda coletiva, de todos os consumidores. Citando expressamente a decisão daquela instância julgadora, Besing (2005) ilustra assim o problema:

“The defendant contends that its conduct should only be viewed as a breach of its interconnection agreement with AT&T that should exclusively be remedied by the regulatory process. However, there is no authority for the proposition that entering into an interconnection agreement exempts a telecommunications carrier from the antitrust laws. To the contrary, if the defendant's conduct did violate the antitrust laws, the fact that the regulatory commission also condemned the conduct of the defendant [which occurred here] may indicate that the purposes of the two schemes are in synch, reinforcing our conclusion that there is no “plain repugnancy” between the statutes. As the plaintiff points out, the breach of such an agreement may in some cases be a means by which the ILEC improperly excludes competition from the market. In this case, the main difference in the two frameworks is that AT&T may seek remedy through the regulatory process while the consumer may seek remedy under the antitrust laws. The two schemes complement rather than contradict each other. (p. 21-22)”

Mas essa visão de complementaridade não é pacífica na literatura produzida após a decisão do caso *Trinko*. Thorne (2005), um dos artífices da defesa da empresa *Verizon* no processo, destaca a propriedade da decisão da Suprema Corte argumentando que uma decisão em contrário, aplicando o estatuto antitruste ao caso, poderia causar mais dano do que benefício ao mercado. Para ele os custos administrativos e de transação provenientes de uma condenação da *Verizon* sobre o mercado de telecomunicações americano seriam maiores do que os benefícios de se aplicar uma multa por conduta anticoncorrencial.

O principal ponto levantado por Thorne (2005) seria a insegurança jurídica a ser criada a partir do momento em que as Cortes passassem a se imiscuir na tarefa de arbitrar contratos entre agentes privados. Para o autor, os litígios daí decorrentes aumentariam sobremaneira os custos de transação, pois a abertura de processos complexos, detalhados e demorados, em várias instâncias, fatalmente desestimularia investimentos no setor. Além disso, os órgãos antitruste não dispõem da capacidade técnica e da estrutura administrativa para realizar a supervisão do mercado após a aplicação de medidas antitruste, o que poderia colocá-los em descrédito perante o mercado.

Apesar do pessimismo dessa visão, não se pode deixar de atribuir certo valor ao pragmatismo levantado pelo juiz Scalia

em seu voto. Conforme poderá ser observado no caso brasileiro, ainda que o órgão antitruste assumia uma função complementar de estimular a concorrência nos setores regulados, e muitas vezes ser o agente motor da ação do órgão regulador, sua capacidade institucional para lidar com o *day after* da ação antitruste ainda deixa a desejar, correndo o risco de tornar inócua a medida aplicada.

O caso *Trinko* é visto por muitos autores (Economides, 2005; Besing, 2005; Schoen, 2005) como uma derrota do Direito Concorrencial na sua saga por tornar efetivamente competitivo o setor de telefonia nos Estados Unidos. O posicionamento da Suprema Corte constituirá um forte empecilho para a condenação de condutas de exclusão de concorrentes naquele mercado, seja pela adoção da doutrina das *essential facilities* ou por qualquer argumento de aumento dos custos dos rivais ou discriminação de preços do tipo *price squeeze*. No entanto, as esperanças do antitruste ainda resistem, como será analisado nas duas seções seguintes, em que os órgãos de defesa da concorrência da União Européia e do Brasil aplicaram penas a incumbentes do setor de telecomunicações em processos muito similares à disputa entre *Verizon* e *AT&T* nos Estados Unidos.

4. DEUTSCHE TELEKOM : O DIREITO ANTITRUSTE COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DOS OBJETIVOS REGULATÓRIOS NA VISÃO DA COMISSÃO EUROPÉIA

Enquanto a decisão do caso *Trinko* pela Suprema Corte americana lançou dúvidas sobre a eficácia da legislação antitruste de coibir abusos de poder econômico em setores regulados, a investigação da Comissão Européia a respeito de práticas anticoncorrenciais da *Deutsche Telekom* no mesmo mercado relevante – o provimento de acesso à rede de telefonia local – indica uma direção diametralmente oposta. A condenação de uma incumbente por executar uma política de discriminação de preços contra seus rivais, reduzindo suas margens de lucro, revela o potencial da política antitruste em garantir a eficácia da política regulatória.

Como na experiência americana, a liberalização do mercado alemão de telecomunicações ocorreu em 1996. Como resultado, a antiga estatal *Deutsche Telekom* passou ao controle privado, tendo herdado a rede física do sistema de telefonia desenvolvido pelo investimento público ao longo de décadas. Para contrabalançar essa vantagem competitiva, a regulação setorial foi sendo construída nos últimos anos para coibir possíveis abusos ao bem-estar social, inclusive introduzindo uma série de exigências concorrenciais. Como resultado, de acordo com a decisão da Comissão Européia, a *Deutsche Telekom* tem enfrentado graus variados de competição nos diferentes mercados onde atua (*European Commission* , 2003, p. 10).

O presente caso foi iniciado em 18 de março de 1999, quando a empresa *Mannesmann Arcor AG & Co.* , atuante em diversos mercados de telefonia, acusou a incumbente *Deutsche Telekom* (DT) de efetuar uma política de preços em relação a seus concorrentes que inviabilizava a competição nos mercados de telefonia. Segundo a alegação, a DT se valia de sua condição de proprietária dos circuitos físicos que conectam a rede de suas concorrentes à residência dos assinantes dos serviços de telefonia (a chamada última milha ou *local loop*) para prejudicar a concorrência no mercado de serviços de telefonia. Conforme explicado anteriormente, o *local loop* é um insumo fundamental para a oferta de serviços de telefonia (voz, dados, Internet, fax, etc.); sem ele, o consumidor final não obtém acesso ao sistema telefônico de sua região. Dada a sua importância para o sistema, o compartilhamento do acesso à última milha tem sido intensamente regulamentado no mercado europeu. Mas diversas queixas das concorrentes argumentam que essa regulação não tem sido suficiente para tornar o mercado plenamente competitivo.

A suposta prática anticoncorrencial da *Deutsche Telekom* funcionaria da seguinte maneira: como a empresa atua tanto no mercado de fornecimento de acesso à última milha para seus concorrentes quanto no oferecimento de serviços de telefonia para os consumidores finais, ela executava uma política de preços que coibia a concorrência. Segundo a *Mannesmann* , no mercado *upstream* , onde era monopolista, a DT cobrava de seus concorrentes um alto preço de acesso à última milha, o que inviabilizava a competição em condições de igualdade com a própria DT no mercado de serviços ao consumidor final. Para a empresa reclamante, a DT utilizava o preço de acesso ao *local loop* como forma de pressionar a margem que ela poderia obter com a venda de serviços de telefonia para o consumidor final. Em poucas palavras, ela elevava o preço do insumo para diminuir a lucratividade de seus concorrentes do produto final. Essa prática, conforme foi visto anteriormente, é chamada pela literatura econômica de *price squeeze* (ou *margin squeeze*).

Nos meses seguintes à apresentação, pela *Mannesmann* , do pedido de investigação dessa suposta conduta anticoncorrencial na Comissão Européia, outras 14 empresas locais e regionais de telecomunicações na Alemanha se juntaram como partes ao pleito. Mas àquela altura escrevia-se apenas mais um capítulo na disputa entre as novas empresas de telefonia e a incumbente *Deutsche Telekom* pela garantia de condições equânimes de competição no mercado alemão.

Logo após a entrada em vigor da nova legislação sobre telecomunicações na Alemanha, em 01.08.1996, as empresas *Mannesmann* e DT iniciaram negociações para firmar um contrato de compartilhamento do acesso à rede de propriedade da DT. As negociações se arrastaram por meses, sem sucesso, até que a *Mannesmann* recorreu ao então Ministério Federal de Correios e Telecomunicações em maio de 1997. À época não havia nenhuma regulação comunitária tornando obrigatório o *unbundling* – a Regulação da Comunidade Européia nº 2887/2000, que tornou o *unbundling* compulsório, só entraria em vigor em 1º de janeiro de 2001. Mesmo assim, o Ministério alemão determinou que a DT oferecesse a seus concorrentes o completo compartilhamento dos circuitos físicos de telefonia (a última milha, ou *local loop*). Como resultado da imposição governamental, as duas empresas finalmente assinaram um acordo de compartilhamento da rede em 30 de agosto de 1998.

Pouco mais de seis meses depois a *Mannesmann Arcor* deu entrada ao processo antitruste na Comissão Européia, sendo seguida por uma leva de 14 outras concorrentes da DT em diferentes mercados regionais e locais.

A defesa da *Deutsche Telekom* pautou-se primeiramente no questionamento de que a Comissão Européia não possuía legitimidade para levar adiante uma investigação num setor tão intensamente regulado como o provimento de acesso a redes de telecomunicações. Segundo os advogados da DT, como ambas as tarifas de acesso (*unbundling*) e de conexão (analógica e digital) são definidas pela agência reguladora, a empresa não possuía liberdade para implementar sua política comercial. Sendo assim, no lugar de processar a empresa segundo os arts. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia, a Comissão Européia deveria dirigir seu foco para a agência reguladora alemã, com base no art. 226 do mesmo tratado, que era quem definia os preços naquele mercado ¹³ .

Nota:

13 O art. 226 do Tratado da Comunidade Européia tem o seguinte conteúdo: Article 226 - If the Commission considers that a Member State has failed to fulfil an obligation under this Treaty, it shall deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations. If the State concerned does not comply with the opinion within the period laid down by the Commission, the latter may bring the matter before the Court of Justice.

A Comissão Européia, por seu turno, discordou dessa alegada imunidade dos setores regulados da aplicação dos dispositivos relativos à defesa da concorrência. Para isso, a Comissão recordou que a própria Corte de Justiça e a Corte de Primeira Instância da Comunidade Européia já haviam decidido que as regras concorrenciais podem se aplicar quando a legislação específica do setor não evita que seus regulados efetuem condutas autônomas que previnem, restringem ou distorcem a concorrência ¹⁴.

Nota:

14 Essa opinião já havia sido expressada nos casos *Commission and France v Ladbroke Racing*, *Irish Sugar v Commission* e *Consiglio Nazionale deli Spedizionieri Doganali*.

Para a Comissão Européia, esse era justamente o caso da *Deutsche Telekom*. Embora a empresa tenha argumentado que sua política de preços era totalmente imposta pelo órgão regulador, o sistema de tarifação adotado na Alemanha, segundo a Comissão, permitia a execução de uma política autônoma que poderia ter implicações anticoncorrenciais.

Para entender o sistema de tarifação alemão é preciso destacar que a agência reguladora de telecomunicações possuía políticas distintas para o acesso (mercado de acesso, por *unbundling*, aos pares de cobre que chegam ao consumidor final) e para o mercado de varejo, que é a conexão propriamente dita, seja analógica, digital ou por banda larga (ADSL).

Enquanto no mercado de atacado (*upstream*) o preço do acesso é regulado diretamente, no mercado de varejo (*downstream*) por conexão analógica ou digital, o modelo tarifário alemão é do tipo *price cap*. Segundo esse sistema, os serviços não são precificados individualmente, mas por meio de uma cesta de produtos e serviços. Isso significa que a empresa tem uma considerável margem de manobra para implementar sua política comercial, pois os preços não são regulados individualmente e seguindo um modelo baseado em custos ¹⁵. Sendo assim, a empresa pode, por exemplo, aumentar o preço da conexão digital, compensando com uma redução nos preços das tarifas locais, de forma a manter o preço da cesta de serviços dentro dos limites estabelecidos pela regulação.

Nota:

15 À época da investigação efetuada pela Comissão Européia, o Ministério de Correios e Telecomunicações definia como referenciais duas cestas de serviços, uma para o mercado residencial e outra para o mercado comercial. Nessas cestas estavam incluídos serviços de conexão analógica e digital e uma variada gama de serviços telefônicos, como chamadas locais, regionais, de longa distância e internacionais, ligações por satélite e outros serviços. Essas cestas eram definidas para um período de dois anos, sendo reavaliadas posteriormente.

Em 01.01.2002, entrou em vigor um novo sistema de *price cap* no setor de telecomunicações alemão, em que as cestas de serviços foram redefinidas. Em lugar da divisão entre mercados residencial e comercial, foram introduzidas quatro novas cestas: consumidores finais (envolvendo assinatura residencial e conexão), chamadas locais, chamadas de longa distância e chamadas internacionais. Em todas também foi introduzido um fator X destinado a incentivar o aumento de produtividade e a redução dos subsídios cruzados nos mercados residenciais. Mas o importante a destacar é a manutenção da possibilidade que a *Deutsche Telekom* possuía de ajustar os preços individualmente de um serviço específico, sem comprometer o preço da cesta exigido pela regulação (European Commission, 2003, p. 13-17).

Quanto à interação entre regulação e concorrência a Comissão decidiu, portanto, que apesar de ter seus preços regulados, o sistema imposto pelo órgão regulador conferia à *Deutsche Telekom* espaço para estabelecer seus preços de forma consideravelmente livre, o que significa dizer que a DT está sujeita sim a uma investigação antitruste a respeito de suas práticas comerciais.

É preciso destacar aqui que a Comissão Européia não levantou nenhuma das questões suscitadas pela Suprema Corte

americana no caso *Trinko*, como o risco de se condenar um “falso positivo” ou os custos da supervisão após a aplicação da medida antitruste. O posicionamento da Comissão Européia, menos pragmático que o esposado pelo órgão julgador norte-americano, pautou-se principalmente pela complementaridade entre as funções antitruste e regulatória na condução das políticas públicas.

Vencida a questão preliminar da interação entre a regulação e o Direito Concorrencial, a Comissão Européia parte a analisar a prática comercial da *Deutsche Telekom*, com o objetivo de verificar se houve uma tentativa de esmagamento da lucratividade de suas concorrentes (*margin squeeze*) e se isso pode ser condenado com base no art. 82 (a) do Tratado da Comissão Européia. Esse dispositivo condena os abusos de posição dominante de mercado que impõe ao mercado preços ou condições de negociação indevidos ¹⁶.

Nota:

16 O referido dispositivo legal está assim expresso:

“Article 82 - Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;”

Outra diferença entre as decisões da Suprema Corte no caso *Trinko* e da Comissão Européia em relação à *Deutsche Telekom* refere-se ao método da análise antitruste. Em razão de se tratar de um órgão especializado em Direito Concorrencial, a Comissão Européia desenvolveu um raciocínio mais sistematizado, definindo primeiramente as condições de competição do mercado estudado antes de se debruçar sobre a conduta propriamente dita.

Segundo suas diretrizes de análise antitruste, a Comissão Européia partiu da definição dos mercados relevantes envolvidos, fundamental para a verificação se a *Deutsche Telekom* possuía posição dominante, conforme exige o art. 82. Seguindo a sua experiência ao tratar de setores de infra-estrutura regulados em que há a presença de gargalos (*bottlenecks*), a Comissão Européia tem caracterizado dois mercados de produto distintos: um mercado de atacado (*upstream*) em que os proprietários da infra-estrutura vendem as condições de acesso à sua rede para distribuidores, e um mercado de varejo (*downstream*), em que os distribuidores vendem produtores e serviços para os consumidores finais. É o que acontece no setor de energia, em que a atividade de transmissão é considerada o mercado *upstream* e a distribuição para os clientes finais, o mercado *downstream*. O mesmo vale para o setor de gás natural, em que os dutos que transmitem o gás das refinarias até os *city gates* são o mercado atacadista, enquanto a distribuição às empresas e residências constitui o mercado varejista.

No caso de telecomunicações, o mercado *upstream* é definido como o mercado de acesso *unbundled* à rede da empresa incumbente, enquanto no mercado *downstream* são oferecidos serviços de telefonia (chamadas locais ou de longa distância, acesso à Internet, etc.) aos consumidores residenciais ou comerciais. De acordo com a Comissão Européia, esses dois mercados estão umbilicalmente relacionados após a liberalização do mercado de telecomunicações em 1996:

“The two markets, in wholesale and retail access, are closely linked to each other. Infrastructure owners provide access services both to their end-users, either directly or through an associated undertaking, and to other operators who have no networks of their own or whose networks are geographically restricted. These competing operators need network access as an input to their business, in order to be able to offer access and services to their own end-users.” (European Commission, 2003, p. 18)

De acordo com a Comissão, a liberalização do mercado alemão na década de 1990 gerou uma configuração de mercado em que a *Deutsche Telekom*, uma grande empresa verticalmente integrada, atua tanto no mercado *upstream* quanto no mercado *downstream*. A análise do padrão de competição em cada um desses mercados revela que a empresa detém um considerável poder de mercado em cada um deles, possuindo posição dominante.

No mercado a montante (*upstream*), a posição dominante da DT é demonstrada pelas imensas barreiras à entrada no setor de redes de acesso. Afinal de contas, a DT adquiriu no programa de privatizações uma rede de telefonia com imensa capilaridade, construída mediante pesados investimentos ao longo de décadas pelo governo alemão. Os custos de se duplicar essa rede de pares de cobre são inviáveis para uma nova entrante no mercado. A única alternativa seria a implantação de um sistema em que os sinais telefônicos seriam transmitidos por meio de novas tecnologias, como fibra ótica, redes *wireless*, satélites, TV a cabo ou rede elétrica. A Comissão Européia estudou essas alternativas e verificou que nenhuma delas faz frente à capilaridade e aos baixos custos das redes de fios de cobre já instalados.

No atual estágio de desenvolvimento técnico, as fibras ópticas só são viáveis em grandes corredores de transmissão de dados (os chamados *backbones* que transmitem sinais de ligações de longa distância ou Internet, por exemplo) ou em nichos do mercado de varejo muito concentrados geograficamente, como grandes centros financeiros ou centros empresariais. É o mesmo caso das redes *wireless*, que a Comissão acredita que no curto prazo terão grande aplicação para grandes clientes, mas permanecerão inviáveis economicamente para a grande maioria da população. A transmissão por satélites, por sua vez, é tão cara que fica fora de questão para atender a clientes residenciais. E a transmissão pela rede elétrica ainda se encontra em desenvolvimento técnico. Por fim, o uso da TV a cabo como alternativa exige um investimento considerável na sua adaptação para transmitir sinais telefônicos, o que justifica o fato de, à época da investigação, apenas 30 mil famílias em duas regiões alemãs a utilizarem como acesso ao sistema telefônico.

Diante da constatação de que as tecnologias alternativas só são viáveis em espaços geográficos e nichos de mercado muito específicos, e que não há viabilidade econômica para a duplicação da rede de pares de cobre, a Comissão Européia reconheceu que a DT possuía posição dominante no mercado de acesso *unbundled* à sua rede, o que a torna passível de aplicação do art. 82(a) do Tratado.

Com relação ao mercado a jusante (*downstream*), a Comissão Européia resolveu subdividi-lo em dois setores distintos, devido às diferentes tecnologias envolvidas: de um lado, a conexão por banda estreita (analogica ou digital), e de outro a conexão em banda larga (via tecnologia ADSL). Características específicas de cada uma delas, tanto pelo lado da demanda como pelo lado da oferta, justificam trabalhar como se fossem dois mercados distintos.

Pelo lado da oferta, enquanto a conexão por banda estreita apresenta velocidades de transmissão de dados de até 64 kilobits por segundo (kbit/s), a banda larga possibilita velocidades muito superiores a 128 kbit/s. Isso significa que enquanto a primeira tem capacidade apenas para a transmissão de sinais de voz, deixando a desejar para o transporte de grandes volumes de dados, a qualidade, a rapidez e a capacidade de transmissão de dados da banda larga são significativamente superiores.

Essas diferentes características da oferta têm forte influência na distinção do perfil de usuário de cada uma das conexões. Enquanto a banda estreita atende principalmente clientes residenciais que a utilizam predominantemente para realizar ligações telefônicas e eventualmente o acesso à Internet discada, a banda estreita atende a um público mais exigente, como empresas e clientes residenciais que utilizam Internet rápida. A prova cabal de que as duas conexões constituem mercados distintos, segundo a Comissão Européia, é o movimento unidirecional de migração de um sistema para outro: os consumidores migram da banda estreita para a banda larga, mas não o contrário:

“A growing number of end-users are having their connections upgraded from analogue or ISDN lines to broadband ADSL lines in order to improve the speed and quality of transfer. But the contrary form of consumer behaviour, a downgrading from broadband to narrowband connections, does not occur to any appreciable extent, so that substitutability between the two categories of service can be said to be one-way.” (European Commission, 2003, p. 20)

Definidos os mercados relevantes de produto a jusante (banda estreita e banda larga), a Comissão Européia passou a verificar se a *Deutsche Telekom* também detinha poder dominante nesses mercados. Em relação à conexão de banda estreita, somando os números de assinantes das redes analógica e digital, o domínio da DT é absoluto: enquanto em 2003 ela contabilizava 51,37 milhões de linhas, seus 64 concorrentes em todo o território alemão, somados, detinham apenas 2,35 milhões de clientes. Em outras palavras, em sete anos de abertura do mercado, a concorrência tinha angariado apenas 4,4% desse mercado.

Em relação ao mercado de conexão banda larga, o cenário não era muito diferente. Em outubro de 2002 a DT dispunha de 2,58 milhões de clientes, enquanto todas as outras 34 empresas que ofereciam esse serviço eram responsáveis por não mais do que 161 mil linhas.

Diante desse quadro, a Comissão conclui que a DT possuía poder de mercado suficiente para implementar práticas anticoncorrenciais, fato comprovado não apenas pela sua alta parcela de participação nos três mercados de produto definidos – acesso, banda estreita e banda larga – mas também pela inexistência de concorrência potencial que pudesse vir, a curto e a médio prazo, fazer frente a esse domínio:

“Given the size of the investment required, the cost to a competitor of building a network reaching as large a proportion of the population as DT’s existing local networks is a barrier to entry. The building of a comparable infrastructure is uneconomic using existing technologies, and to extend one over the whole country will remain difficult for the foreseeable future. This prevents competitors from competing with DT on an equal footing, and confines them to building networks of their own covering regional or local markets only. It is highly improbable that the alternative networks taken together will be able to match DT’s countrywide local networks and reach a comparable clientele within the foreseeable future.” (European Commission, 2003, p. 23)

Analisada a configuração dos mercados relevantes e constatado que a DT tem poder de monopólio, a Comissão Européia dirigiu seu foco para a verificação se houve abuso desse poder dominante, ou seja, se houve o esmagamento de margens (*margin squeeze*) de seus concorrentes nos mercados *downstream* .

Para a Comissão Européia, o *margin squeeze* é verificado quando a empresa produtora do insumo estabelece um preço tão alto que força seus concorrentes no mercado do produto final a cobrar um preço mais alto do que a própria empresa dominante pratica para seus clientes finais. Em outras palavras, os concorrentes têm sua lucratividade pressionada quando não conseguem cobrar no varejo um preço igual ou maior do que o preço do insumo no atacado.

Para comprovar se a DT pratica o *margin squeeze* , a Comissão Européia aplicou um teste: comparar os preços que a própria DT cobra de seus clientes finais nos mercados de banda estreita e banda larga com o preço do acesso (*unbundling*) que ela aplica sobre seus concorrentes. Caso essa margem seja negativa, significa que, dados os preços do insumo (acesso à última milha), mesmo se os concorrentes forem muito eficientes eles não conseguirão ter lucro na sua atividade, pois a DT no mercado final pressiona os preços para baixo. Nas palavras da Comissão:

“In such a situation, anticompetitive pressure is exerted on competitors’ trading margins, which are non-existent or too narrow to enable them to compete with the established operator on retail access markets. An insufficient spread between a vertically integrated dominant operator’s wholesale and retail charges constitutes anticompetitive conduct especially where other providers are excluded from competition on the downstream market even if they are at least as efficient as the established operator.” (European Commission, 2003, p. 24)

Mediante a aplicação de uma sólida metodologia para levantar os custos de operação da DT e os preços de seus serviços nos três mercados relevantes numa base comparável ¹⁷ , a Comissão Européia concluiu que, entre 1998 e o final de 2001, a DT exigiu dos rivais pelo acesso à sua rede um preço maior do que cobrava de seus clientes finais pelo serviço total (acesso mais conexão), o que configurava o *margin squeeze* . Já durante o ano de 2002, o teste revelou que o spread entre o preço de atacado e o de varejo foi positivo, o que exigiu o aprofundamento da análise.

Nota:

17 Como foge ao escopo deste trabalho discutir a metodologia de cálculo empregada pela Comissão Européia, segue a indicação de sua detalhada descrição: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2003/l_263/l_26320031014en00090041.pdf,

Tendo constatado que havia uma margem do preço final sobre o preço de acesso, a Comissão seguiu a análise investigando se essa diferença seria suficiente para cobrir outros preços que uma empresa tem arcar para oferecer serviços de conexão a seus clientes, como despesas de *marketing*, manutenção da rede, bilhetagem e emissão de cobrança, além de equipamentos adicionais exigidos no caso de banda larga. Embora não tenha divulgado os preços na versão pública de sua decisão, preservando a confidencialidade das informações prestadas pelas empresas, a Comissão concluiu que a diferença não seria suficiente para cobrir esses custos, o que indica que também em 2002 a DT praticou *margin squeeze* contra seus concorrentes.

Interesse notar o posicionamento da Comissão perante a argüição, elaborada pelos representantes da *Deutsche Telekom*, de que para ser configurado um abuso de posição dominante nos termos do artigo 82(a), a Comissão deveria não apenas demonstrar a existência do *margin squeeze*, mas também o dano provocado à concorrência. Para aquele órgão antitruste europeu, tal prova não seria necessária, pois o teste aplicado já seria uma prova objetiva do abuso, ou seja, que a empresa utilizou métodos ilegais para manter ou ampliar a sua participação de mercado em detrimento da concorrência. Segundo a Comissão, por ter uma posição dominante nos três mercados, a DT teria a responsabilidade especial de não permitir condutas que prejudicassem um ambiente de competição não-distorciva no mercado comum europeu.

Além disso, a Comissão afirma que, ainda que fosse imprescindível a demonstração de dano à concorrência, os números de participação do mercado da DT revelam o quanto a liberalização comercial no setor de telecomunicações alemão deixou a desejar no campo da concorrência. E isso se deve às altas barreiras à entrada no mercado e à atuação de forma verticalmente integrada da empresa incumbente, a *Deutsche Telekom*.

Diante de todos esses argumentos, a Comissão Européia conclui que a DT abusou de seu poder econômico ao praticar durante pelo menos cinco anos uma política de *price squeeze* nos setores de acesso aos *local loops* e conexão via bandas estreita e larga. Levando em consideração a gravidade da conduta e a sua duração, critérios de dosimetria adotados pela Comissão Européia, a *Deutsche Telekom* foi multada em €\$ 12,6 milhões.

Essa decisão da Comissão Européia é louvada por *Klotz and Fehrenbach* (2003) como a primeira condenação supranacional de uma empresa de telecomunicações desde a abertura do mercado em 1996. A aplicação da legislação antitruste a um setor tão intensamente regulado *ex ante* por órgãos governamentais foi uma sinalização de que a elaboração da regulação na Europa deve se ater a questões concorrenciais.

De acordo com esses autores, logo após a decisão da Comissão Européia, exarada em 21.05.2003, o órgão regulador alemão convocou a *Deutsche Telekom* para negociar um realinhamento de tarifas com vistas a reduzir o potencial de *margin squeeze*. Como resultado, as tarifas no mercado de acesso aos *local loops* foram reduzidas em quase 20%, enquanto o sistema de *price cap* no mercado varejista foi reajustado em torno de 10%. Isso permitiu reduzir a pressão de custos exercida sobre os concorrentes quando defrontados com a atuação verticalmente integrada da DT. Para os autores,

“This modified tariff structure of DT offers a better basis for more competition in the local loop. DT’s competitors now have to pay less at wholesale level and will thus be able to offer more attractive retail access prices. This will help them to better compete with DT for local loop access, especially since DT’s retail access prices have been increased.” (Klotz and Fehrenbach, 2003, p. 10)

Esse papel indutor do sistema de defesa da concorrência em relação à autoridade reguladora ficou ainda mais evidente na experiência brasileira, em que uma decisão do CADE levou a uma completa reformulação do arcabouço regulatório que disciplina o acesso à rede local.

5. A MEDIDA PREVENTIVA DO CADE CONTRA A TELEFÔNICA NA LICITAÇÃO DA PRODAM/SP: O PAPEL INDUTOR DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM RELAÇÃO À ATIVIDADE REGULATÓRIA

Paralela e independentemente às investigações dos casos *Trinko*, nos Estados Unidos, e *Deutsche Telekom*, na União Européia, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE dedicava atenção especial a um fato muito semelhante ocorrido no mercado de telecomunicações brasileiro: a acusação apresentada pela Embratel contra a Telefônica de valer-se de sua posição de detentora do acesso à rede local para beneficiar sua subsidiária numa licitação pública.

O pedido de abertura de processo administrativo apresentado à Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e posteriormente ao CADE argumentava que a Telefônica, adquirente da rede de telecomunicações da antiga Telesp no leilão de privatização ocorrido em 1998, praticava discriminação de preços de acesso à sua rede, cobrando um valor mais elevado para suas concorrentes (dentre elas a Embratel) do que para a sua própria subsidiária no mercado final, a Telefônica Empresas.

Para comprovar o seu argumento, a Embratel apresentou à Anatel e ao CADE os preços de acesso apresentados pela Telefônica Empresas em uma licitação para o provimento de serviços de exploração industrial de linhas dedicadas (EILD) realizado pela Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo – Prodam em 2002. Esses preços de acesso para diferentes velocidades cotados no certame licitatório estavam substancialmente acima daqueles cobrados à época, para o mesmo serviço, para atender à demanda da Embratel. De acordo com os representantes da Embratel, estaria assim configurada a discriminação de preços.

Como resultado dessa discriminação, que a Embratel caracterizava como uma estratégia de elevação de custos dos rivais (*raising rivals’ costs*), a Telefônica teria exercido seu poder de monopólio sobre a rede local para estabelecer um preço da interconexão que impediu a Embratel de oferecer um preço competitivo na concorrência pública. Essa prática teria sido determinante para o resultado final do processo, que resultou na vitória da subsidiária da empresa, a Telefônica Empresas.

De acordo com a Embratel, a divulgação da cotação de preços no processo licitatório da Prodam permitiu que ficasse clara a conduta discriminatória da Telefônica, razão pela qual protocolou uma “Representação com Pedido de Medida Preventiva para Imediata Cessação de Prática Anticompetitiva” na Anatel em 06.09.2002. Na mesma data, a empresa

apresentou ao CADE uma cópia do documento registrado na Anatel, solicitando as providências de competência do órgão guardião da concorrência no Brasil. No CADE, o processo foi distribuído para o Conselheiro Cleveland Prates Teixeira.

Diante da falta de movimentação da Anatel diante dos fatos, a Embratel solicitou em 08.10.2002 a concessão de uma Medida Preventiva ao Conselheiro-Relator do processo no CADE. Seguiu-se um intenso processo de investigação realizado pelo CADE, ouvindo as partes interessadas em diversas audiências e reuniões e com uma intensa produção de memoriais descrevendo as circunstâncias do caso, muitos deles elaborados por consultores externos contratados tanto pela Embratel quanto pela Telefônica.

No dia 27.02.2003 o Conselheiro do CADE Cleveland Prates Teixeira concedeu a Medida Preventiva contra a Telefônica, alegando a existência de fortes indícios de que uma conduta anticompetitiva estava sendo executada pela empresa incumbente (*fumus boni iuris*), o que teria poder de distorcer as condições de competição no fornecimento de acesso de linhas dedicadas nos mercados público e privado (*periculum in mora*). É importante destacar que a decisão do CADE ocorreu somente dois dias após a Anatel comunicar que estava abrindo um processo administrativo para investigar a suposta prática anticompetitiva denunciada pela Embratel.

A partir da leitura do Despacho da Medida Preventiva concedida pelo Conselheiro Cleveland Prates, podem ser identificadas duas vertentes principais relevantes para os objetivos do presente trabalho: (i) a discussão sobre a interação entre regulação e defesa da concorrência e (ii) a análise antitruste aplicada ao caso. A seguir cada uma delas será brevemente apresentada.

5.1.DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO: EXCLUDENTES OU COMPLEMENTARES?

De modo semelhante ao ocorrido nos casos *Trinko* e *Deutsche Telekom* , a decisão do Conselheiro Cleveland Prates em aplicar uma Medida Preventiva contra uma empresa concessionária de um serviço público e intensamente regulada por uma autoridade estatal exigiu diversas considerações sobre os limites de atuação entre a defesa da concorrência e a regulação.

A defesa da Telefônica levantou essa questão ao alegar que o CADE não possuía competência para analisar um pedido de Medida Preventiva antes que a Anatel, órgão que foi o primeiro a ser procurado com tal intento, se pronunciasse sobre o assunto. Ao CADE cumpriria executar uma função de instância recursal, e se não agisse dessa forma acabaria por provocar uma supressão ilegal da competência daquele órgão regulador.

Essa opinião não foi aceita pelo Conselheiro-Relator Cleveland Prates. Trazendo à luz o art. 52 da Lei nº 8.884/1994, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o Conselheiro apresentou longas considerações sobre o instituto da Medida Preventiva no arcabouço legal brasileiro: (i) a competência do Conselheiro-Relator do CADE, do Secretário de Direito Econômico ou, no caso, do Conselho Diretor da Anatel para adotá-la; (ii) a possibilidade de ser adotada em qualquer fase do processo administrativo, com a finalidade de minimizar os perigos decorrentes da demora da análise completa do processo administrativo; (iii) seu objetivo de preservar a eficácia da decisão sobre o mérito do processo; (iv) a necessidade de demonstração de seus pressupostos básicos, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; (v) seu caráter provisório; e (vi) a revogabilidade a qualquer tempo, desde que demonstrada a extinção dos seus pressupostos básicos.

Para o Conselheiro Cleveland Prates, a competência para a concessão da Medida Preventiva é exercida concorrentemente pelo Conselheiro-Relator do CADE e pelo Conselho Diretor da Anatel. E que a sua decisão em tomar para si a responsabilidade de atender ao pleito da Embratel deveu-se à demora da Anatel em proceder à abertura do processo administrativo e à existência de fortes indícios de conduta anticoncorrencial obtidos em suas diversas averiguações realizadas junto a cada uma das partes.

A decisão de aplicar a Medida Preventiva mesmo sem a manifestação prévia do órgão regulador foi assim justificada pelo Conselheiro do CADE:

“Para analisar essa questão é preciso considerar o papel do CADE na repressão a condutas contrárias à ordem econômica. Ao CADE compete, por determinação legal, punir as condutas anticoncorrenciais, sendo-lhe necessário para tanto contar com poderes para que assim possa proceder. Dessa forma, não é correto supor que, em face da demora do órgão regulador para analisar a Medida Preventiva, fique o CADE submetido ao risco de ter suas decisões por ineficazes em razão da prática realizada pelo agente econômico não ter sido cessada no momento oportuno. Mesmo que não houvesse qualquer pedido formulado, poderia, de ofício, o Conselheiro-Relator adotar Medida Preventiva quando presente os requisitos autorizadores (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) em razão da necessidade de resguardar e preservar a utilidade do processo administrativo como a eficácia da decisão final.” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 17)

Para o Conselheiro-Relator, o caso Prodam não envolveria apenas uma questão estritamente regulatória referente à definição de tarifas de interconexão. Se assim fosse, o assunto competiria exclusivamente à Anatel. O ponto central, no entanto, era a potencialidade de ocorrência de práticas lesivas à concorrência derivada da liberdade de negociação permitida pela Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/1997. E nesse quesito a participação do CADE era essencial.

De acordo com o Conselheiro, o marco regulatório do setor de telecomunicações no Brasil, como também foi verificado nos casos norte-americano e europeu discutidos nas seções anteriores, prevê o estímulo à livre negociação e à competição nesse mercado. Esses princípios, relativos especificamente à questão das tarifas de interconexão à rede das empresas incumbentes (como é o caso da Telefônica), estão expressos nos arts. 152 e 153 da citada Lei Geral das Telecomunicações:

“Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço¹⁸ .

Nota:

18 É interessante notar a semelhança entre os dispositivos que tratam dos serviços de interconexão previstos na legislação americana (art. 251(b)(3)) e na brasileira (art. 152). Ambos tratam de condições não discriminatórias,

preços justos e condições técnicas adequadas.

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.”

Para o Conselheiro Cleveland Prates, o objetivo de não-discriminação nas condições de acesso entre a empresa incumbente verticalmente integrada e suas concorrentes não necessariamente pode ser alcançado nesse regime regulatório em que estão combinados a livre negociação e o estabelecimento de preços máximos¹⁹. Essa estrutura regulatória abria considerável margem para a promoção de ações anticompetitivas pela empresa incumbente, dentre elas a discriminação de preços visando o *price squeeze* alegado pela Embratel contra a Telefônica.

Nota:

19 A Norma Anatel 303/1996 era quem regia as condições de interconexão nos serviços de exploração industrial de linha dedicada (EILD) à época em que o Despacho da Medida Preventiva foi exarado. Além de destacar os princípios de não-discriminação e livre negociação previstos na Lei Geral de Telecomunicações, a norma também estabelecia preços limites para o acesso, de acordo com a tecnologia (analógica ou digital) e as velocidades de transmissão.

O Conselheiro-Relator deixa claro, nesse ponto, que não é favorável a uma política governamental de controle de preços no setor de telecomunicações como solução para o problema. Pelo contrário, para ele não haveria contradição entre um modelo regulatório de liberdade de negociação e a preservação da concorrência. O equilíbrio seria alcançado quando tanto o CADE quanto a Anatel recorressem à Lei de Defesa da Concorrência para coibir condutas anticompetitivas que pudessem eventualmente aflorar dessa liberdade de negociação.

Nesse caso fica clara a posição do Conselheiro-Relator em relação à complementaridade entre as funções do órgão de defesa da concorrência e da agência reguladora. É interessante destacar que tal postura apresenta total consonância com a visão desenvolvida pela Comissão Européia no caso *Deutsche Telekom*, decidido poucos meses após a Medida Preventiva do CADE contra a Telefônica.

“Nessa linha, há que ficar claro que a existência de possíveis condutas anticompetitivas discriminatórias, quando houver, não decorre de uma falha da regulação, mas sim do abuso de um suposto poder dominante de uma firma que explora sua vantagem no mercado de origem para estender seu poder sobre o mercado alvo. Note-se ainda que assuntos como a adequação dos preços de acesso aos custos de provimento dos serviços para diferentes velocidades pertencem à esfera regulatória, e não demandam, portanto, posicionamento dos órgãos de defesa da concorrência. A atuação desses últimos circunscreve-se à análise das possíveis condutas anticompetitivas realizadas no ambiente concorrencial do mercado, esse sim definido pelo órgão regulador. São, portanto, atribuições complementares, e não excludentes.” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 25-26, sem grifos no original)

Por fim, e em linha com a defesa da complementaridade entre concorrência e regulação exposta acima, o Conselheiro-Relator enfatiza que a aplicação do Direito Antitruste deve se ater à proteção dos interesses difusos, e não dos interesses particulares de empresas. Em outras palavras, deve amparar a concorrência, e não os concorrentes. Trata-se de uma postura nem sempre absorvida pelos órgãos reguladores, haja vista a decisão da *Public Services Commission* de Nova York em exigir da *Verizon* o pagamento de uma indenização pelos prejuízos causados às suas concorrentes por problemas no fornecimento de acesso via *unbundling*. Para a defesa da concorrência, a eficiência de mercado obtida por meio da competição entre os interessados é o bem maior a ser alcançado, e não a proteção de uma ou outra parte individualmente.

5.2.A ANÁLISE ANTITRUSTE DO CASO PRODRAM

Após apresentar diversos argumentos presentes na teoria econômica e na experiência internacional sobre os incentivos econômicos para a prática de condutas anticoncorrenciais no setor de telecomunicações, o Conselheiro-Relator da Medida Preventiva apresenta as evidências coletadas ao longo do processo para justificar a sua decisão de punir a empresa Telefônica por sua conduta anticompetitiva.

Da mesma forma que a Comissão Européia ao considerar o caso *Deutsche Telekom*, o Conselheiro Cleveland Prates procedeu a uma segmentação dos mercados relevantes em um mercado de origem (mercado *upstream* ou a montante) e um mercado alvo (mercado *downstream* ou a jusante).

Com relação ao mercado de origem, a metodologia aplicada pelo órgão de concorrência brasileiro foi idêntica à aplicada pela Comissão Européia. O Conselheiro Cleveland Prates estudou a viabilidade de acesso com diferentes tecnologias para verificar se a interconexão à rede da Telefônica era essencial ao provimento de serviços de telecomunicações para o consumidor final. Segundo a justificativa apresentada em seu despacho, o acesso local, principalmente a baixas velocidades, não é economicamente viável a não ser utilizando a rede de pares metálicos adquirida pela Telefônica no leilão de privatização de 1998. Já para velocidades superiores, demandadas geralmente por clientes corporativos, a utilização de outras tecnologias já se torna atrativa, dadas a concentração geográfica desses clientes e a maior lucratividade associada a um serviço de maior valor agregado. Sendo assim, características pelo lado da oferta e da demanda justificariam a divisão do mercado de acesso em dois segmentos distintos: o acesso a baixa velocidade (abaixo de 2 Mbps) e a alta velocidade (superior a 2 Mbps), cada qual com uma configuração concorrencial diferentes, conforme atesta o próprio Conselheiro Relator:

“Diante dessas características (i) técnicas, envolvendo diferentes capacidades e velocidades; (ii) de custo, em que a

duplicação da rede de pares metálicos é praticamente inviável economicamente, ao contrário dos acessos por fibra óptica, rádio enlace e outros; e (iii) da inexistência de potenciais concorrentes para baixa velocidade, sendo que o mesmo não acontece no acesso por alta velocidade, considero necessário **segmentar o mercado de origem em dois mercados relevantes de produtos distintos**. De um lado tem-se o **acesso a baixa velocidade (abaixo de 2 Mbps)**, que se utiliza praticamente de pares metálicos e atende usuários de pequeno porte (residencial), ou maiores (corporativo) que se encontram geograficamente esparsos em uma dada região (a chamada demanda difusa). Nesse mercado não há opções viáveis à rede da concessionária do serviço local. Por outro lado, situa-se o **acesso a alta velocidade (acima de 2 Mbps), em que existem tecnologias alternativas (fibra óptica, rádio enlace, satélites, etc.)** e visam atender a usuários que desejam alta capacidade para lidar com um elevado tráfego de informações, e que em geral estão concentrados espacialmente (o chamado mercado corporativo concentrado). Sob essa segunda circunstância, a duplicação é possível e existem concorrentes potenciais no provimento do acesso.” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 35-36, grifos no original)

Por sua vez, no mercado *downstream* o Conselheiro-Relator optou por considerar apenas o mercado de comunicação de dados corporativos, pois a análise se fazia com base em dados fáticos apresentados com relação à licitação da Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo – Prodam.

É válido destacar, nesse ponto, as aparentes diferenças envolvendo a definição dos mercados relevantes efetuada pela Comissão Européia e pelo Conselheiro do CADE. À primeira vista pode parecer que as opiniões são divergentes, dado que no caso da *Deutsche Telekom* o órgão europeu definiu apenas um mercado de origem (acesso à rede), e dois mercados alvo (conexão com banda estreita e larga). No caso Prodam, o Conselheiro Cleveland Prates diferenciou o mercado *upstream* em baixa e alta velocidade, enquanto no *downstream* foi considerado apenas o mercado de comunicação de dados corporativos.

Na verdade, as duas análises estão em sintonia. No mercado de origem, a Comissão Européia refletiu exaustivamente sobre a possibilidade de concorrência por tecnologias alternativas, mas dada a quase total ubiqüidade da rede da *Deutsche Telekom*, inclusive com relação a outras tecnologias, não julgou necessário segmentar o mercado de acesso. O Conselheiro Cleveland pensou de modo semelhante. Apesar de considerar a existência de dois segmentos distintos, mais adiante em sua análise ele conclui que, para o caso em questão, o mercado que realmente interessa é o de acesso via par metálico. Já em relação ao mercado alvo, o Conselheiro do CADE considerou que, por tratar-se de uma investigação a respeito de uma licitação pública, não havia porque investigar o segmento residencial, principal cliente da conexão por banda estreita. Sendo assim, percebe-se uma sincronia de pensamento entre as duas análises antitruste.

Definidos os mercados relevantes, o Conselheiro Cleveland Prates seguiu uma estratégia diferente daquela empreendida pela Comissão Européia. Enquanto o órgão antitruste europeu especulou a respeito da existência de poder dominante da DT em cada um dos mercados relevantes e depois aplicou um teste para verificar se a prática de *price squeeze* vinha sendo efetuada, o Conselheiro do CADE seguiu o roteiro desenvolvido pela Suprema Corte norte-americana no caso *MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.* para identificar se o acesso local provido pela Telefônica poderia ser considerado como um insumo essencial e se as evidências apresentadas pela Embratel caracterizariam a discriminação de preços.

Esse teste empregado pelo Conselheiro Cleveland Prates consistia à resposta a quatro perguntas cumulativas envolvendo a caracterização do mercado relevante e a política comercial empreendida pela Telefônica. A seguir é apresentada a argumentação do Relator para cada uma delas.

(i) Há controle de um insumo essencial por um monopolista?

Para o Conselheiro Relator, a Telefônica argumentou, ao longo de diversas audiências e nos memoriais apresentados, que para o mercado de acesso a alta velocidade há diversas opções de atendimento da demanda por outros concorrentes. No entanto, parcela majoritária da demanda da Prodam em sua licitação (88,5% dos acessos solicitados) concentrava-se em velocidades abaixo de 512 kbps, setor em que a própria Telefônica reconhece que possui domínio absoluto. Sendo assim, o acesso a baixas velocidades ofertado pela Telefônica foi considerado pelo Relator como um insumo essencial.

(ii) Há viabilidade de duplicação desse insumo essencial ou possibilidade de provimento por outros meios?

Conforme constatado na definição dos mercados relevantes, a possibilidade de duplicação da rede da incumbente no mercado difuso (residencial e comercial de baixa demanda de capacidade de transmissão de dados) é economicamente inviável diante das opções tecnológicas à época disponíveis no mercado. Logo, sob essas condições as concorrentes da incumbente no mercado alvo são totalmente dependentes da rede construída ao longo das últimas décadas.

Segundo o Despacho que concedeu a Medida Preventiva, essa inviabilidade de duplicação é patente no caso da Telefônica por diversas razões: (i) a Prodam exigia acesso a 490 pontos espalhados pelo município de São Paulo, o que é um sinal de que a oferta deveria ser difusa territorialmente; (ii) dados de diversas concorrentes da Telefônica Empresas no mercado corporativo de telecomunicações revela uma baixa taxa de cobertura da área do município de São Paulo (em média, 17,5%), o que mostraria a sua incapacidade de oferecer acesso com sua rede própria para atender a demanda da Prodam e (iii) as mesmas informações também revelam que as concorrentes não têm capacidade de atender à sua demanda com rede própria (em média, isso só acontece em 68,5% das linhas), sendo inevitável recorrer à Telefônica para executar seus serviços.

Diante dessas evidências, o Conselheiro Relator concluiu que não existem outros meios para se oferecer serviços de telecomunicações ao consumidor final no mercado de São Paulo sem recorrer à infra-estrutura da Telefônica. Nas palavras do próprio Relator:

“Do exposto acima se conclui, portanto, que as condições presentes na licitação, bem como os custos proibitivos de duplicação e a inexistência de competidores estabelecidos ou potenciais, determinam que o segmento de baixa velocidade no mercado de origem não pode ser provido por outros meios, a não ser pela concessionária de telefonia local. Tem-se, assim, uma resposta afirmativa à segunda pergunta do teste de essencialidade do insumo” (Conselho

Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 43).

(iii) Houve recusa de provimento desse insumo a um competidor no mercado downstream?

Nesse ponto o Conselheiro Relator deteve-se sobre a acusação da Embratel: havia razão suficiente para afirmar que a Telefônica praticava uma discriminação de preços com efeito negativo sobre a concorrência no mercado?

É importante destacar que a Telefônica em nenhum momento esquivou-se de reconhecer que havia uma diferença significativa dos preços de acesso cobrados à sua subsidiária Telefônica Empresas e à Embratel. Ela justificava essa discrepância na aplicação de critérios objetivos, autorizados pela norma regulamentadora da Anatel, baseados no volume de contratações, prazo de duração do contrato e topologia das redes a serem interconectadas. Segundo a Telefônica, em todos os quesitos a Telefônica Empresas apresentava vantagem sobre a Embratel, o que explicava seus preços mais favoráveis.

O Conselheiro Cleveland Prates descartou a princípio o reconhecimento desses três critérios, preferindo deixar a sua análise para momento posterior, quando seria feita uma instrução detalhada sobre o mérito de cada um deles. Levando em conta a urgência da apreciação do pedido de Medida Preventiva, o Relator considerou que, sob uma primeira aproximação, não haveria elementos para considerar válidos os argumentos da Telefônica. Isso porque, na questão do volume, a Embratel era a líder no provimento no mercado de comunicação de dados em São Paulo, o que deveria indicar um tratamento mais benéfico por parte da Telefônica. Além disso, a Telefônica não apresentou evidências materiais de que a topologia de rede da Telefônica Empresas naquele município era mais favorável do que a pertencente à Embratel. Por fim, quanto ao prazo dos contratos, a magnitude das diferenças entre os preços cobrados à Telefônica Empresas e aqueles presentes numa Proposta Comercial para um vínculo de negócios de médio prazo com a Embratel (5 anos) indica um tratamento diferenciado a favor da subsidiária da Telefônica.

Para o Relator, não haveria explicação técnica ou econômica para o tratamento diferenciado produzido pela Telefônica, o que representa um sério indício de que a discriminação de preços era anticompetitiva:

“Dessa forma não posso aceitar, **por enquanto**, que os critérios apresentados (volume, topologia de rede e prazo) sejam considerados objetivamente não lesivos à concorrência. Ainda mais se observarmos as diferenças de preços praticados pela Telesp [Telefônica] à Embratel e à sua subsidiária Telefônica. **Sendo assim, também respondo afirmativamente à pergunta do teste de essencialidade do insumo que inquiri sobre a existência de condições diferentes de acesso oferecidos aos concorrentes**.” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 47, grifos no original)

(iv) O provimento desse insumo para um novo competidor comprometeria a qualidade do acesso para as empresas que já têm acesso?

A última pergunta do teste foi cabalmente respondida pelo Conselheiro Relator depois de constatar que em nenhum momento a Telefônica argumentou que o provimento de acesso à Embratel poderia comprometer a qualidade de seus serviços prestados a outros clientes ou concorrentes.

Diante do atendimento de todos os requisitos exigidos no teste de essencialidade de um insumo, o Conselheiro Cleveland Prates julgou suficientes as evidências materiais (*fumus boni iuris*) para a concessão da Medida Preventiva. De acordo com seu despacho, “essa medida se justifica pela existência de um insumo essencial controlado por um monopolista (Telesp), que foi ofertado em condições aparentemente desfavoráveis de preço a uma concorrente (Embratel) de sua subsidiária no mercado alvo (Telefônica Empresas)” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 47).

O outro requisito legal para a concessão da Medida Preventiva, o chamado *periculum in mora*, foi justificado pelo Relator com base na possibilidade de que a política de discriminação de preços da Telefônica estivesse sendo estendida a outras concorrentes e a outras licitações públicas e privadas realizadas não apenas no município de São Paulo, mas em toda a sua área de concessão (o Estado de São Paulo).

Concluindo seu despacho, o Conselheiro Relator adotou a Medida Preventiva para eliminar essa política de preços anticoncorrencial, aplicando as seguintes determinações à Telefônica:

- a) aplicar nos novos contratos de serviços de EILD de baixa velocidade (até 2048 kbps) celebrados com seus concorrentes a partir daquela data, 27.02.2003, os mesmos preços praticados com sua subsidiária Telefônica Empresas;
- b) explicitar os preços estabelecidos nos contratos, para aumentar a transparência nesse segmento e facilitar a fiscalização por parte do CADE e da Anatel;
- c) encaminhar ao CADE cópia dos contratos assinados a partir daquela data envolvendo o provimento de serviços de EILD de baixa velocidade (até 2048 kbps); e
- d) aplicar multa diária de R\$ 6.384,00 pelo descumprimento da Medida Preventiva.

A concessão da Medida Preventiva provocou uma intensa movimentação no setor de telecomunicações brasileiro. Afinal de contas, era a primeira vez que o órgão de concorrência contestava com tamanha profundidade as condições de competição no modelo de telecomunicações adotado pelo Brasil a partir de 1997. A partir daí tanto o CADE quanto a Anatel se tornaram palco de uma verdadeira guerra de pareceres apresentados pelos principais *players* do mercado brasileiro a respeito do mérito levantado pelo Conselheiro Cleveland Prates.

Nesse momento ficou evidente que as previsões do juiz da Suprema Corte norte-americana Antonin Scalia a respeito dos limites de atuação do Direito Antitruste sobre matérias regulatórias, apesar de bastante criticadas pela literatura especializada, não são totalmente desprovidas de valor. Apesar da importância da atitude do Conselheiro Cleveland Prates em assumir um papel protagonista e pioneiro na defesa da competição no setor de telecomunicações brasileiro, o CADE não foi capaz de assegurar o efetivo *enforcement* de sua decisão. Prova disso é que apesar da argumentação de diversas empresas de que a Medida Preventiva vinha sendo descumprida, nenhuma providência efetiva foi tomada para investigar e aplicar as multas previstas.

Além da incapacidade institucional de fazer cumprir as suas determinações, o caso brasileiro também revela que a medida tomada também teve o papel de acirrar o clima de litigância entre as partes envolvidas, o que, segundo o juiz Scalia, produz incerteza e diminui incentivos para novos investimentos em manutenção e expansão da rede. A demora do Conselho do CADE em ratificar a aplicação da Medida Preventiva é uma grande evidência desse efeito deletério da ação antitruste.

A concessão da Medida Preventiva somente foi referendada pelo Conselho do CADE após o julgamento do voto exarado pelo Conselheiro Fernando de Oliveira Marques em sede de pedido de reconsideração apresentado pela Telefônica (Recurso Voluntário nº 08700.000727/2003-62). Além de concordar com a análise feita pelo Conselheiro Relator, o Conselheiro Fernando Marques ainda sugeriu a majoração da multa a ser aplicada em caso de descumprimento da Medida Preventiva em dez vezes, levando em conta: (i) a situação econômica da Telefônica, (ii) os valores em geral estabelecidos pela Anatel em casos de Medidas Preventivas relativas a aspectos regulatórios, (iii) os valores normalmente pagos em contratações de EILD e (iv) os precedentes do próprio CADE em aplicar multas por descumprimento de decisões cautelares.

O Conselho do CADE decidiu por unanimidade manter a Medida Preventiva em vigor, com a única alteração relativa à majoração da multa proposta pelo Conselheiro Fernando Marques, na sua 325ª Sessão Ordinária, ocorrida em 01.07.2004. Chama-se a atenção para o fato de que a Medida Preventiva havia sido aplicada em 27.02.2003, quase um ano e meio antes.

Mas apesar dos problemas relacionados à falta de *enforcement* da ação tomada pelo CADE e do incremento do litígio entre as partes, a decisão do órgão antitruste brasileiro merece ser louvada pelo papel de propulsora de mudanças significativas no marco regulatório sobre provimento de acesso no Brasil. Assim como a decisão da Comissão Européia no caso *Deutsche Telekom* forçou indiretamente a agência reguladora alemã a rever sua política tarifária para os mercados de atacado e varejo envolvendo comunicação de dados, a concessão da Medida Preventiva contra a Telefônica pelo CADE movimentou a Anatel no sentido de resolver os obstáculos regulatórios à concorrência no setor.

Pouco mais de dois anos depois da adoção da Medida Preventiva questionando os incentivos regulatórios à prática de discriminação injusta de preços, o Conselho Diretor da Anatel editou a Resolução nº 402, de 27 de abril de 2005, que regulamenta a exploração industrial de linha dedicada no Brasil. Esse novo dispositivo legal estabelece condições para a elaboração de contratos entre companhias de telecomunicações, relativos ao compartilhamento de redes necessárias para o acesso local (*local loops*). Nesse quesito é determinada a elaboração de contratos mais completos, detalhados e transparentes do que os exigidos mediante a antiga Norma nº 303/1996.

Mas a grande inovação da Resolução nº 402/2005 foi a possibilidade de definição, pela Anatel, das empresas detentoras de “poder de mercado significativo” (PMS), definido como “posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do mercado relevante”. A introdução dos conceitos de “poder de mercado” e de “mercado relevante” é consequência direta da absorção de conceitos típicos do Direito Concorrencial após a aplicação da Medida Preventiva pelo CADE.

Para levar em conta a detenção desse poder de mercado significativo, o Regulamento estabelece:

“Art. 13. Para determinar quais são os Grupos detentores de PMS na oferta de EILD a Anatel pode avaliar, entre outros:

- I – participação no mercado de linhas dedicadas;
- II – existência de economias de escala;
- III – existência de economias de escopo;
- IV – controle sobre infra-estrutura cuja duplicação não é economicamente viável;
- V – ocorrência de poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços;
- VI – ocorrência de integração vertical;
- VII – existência de barreiras à entrada de competidores; e
- VIII – acesso a fontes de financiamento.”

Observa-se que os critérios selecionados estão diretamente relacionados com o roteiro de análise desenvolvido pelo Conselheiro Cleveland Prates no despacho da Medida Preventiva, como a viabilidade econômica da duplicação da rede e a existência de barreiras à entrada, a ocorrência de integração vertical, o balanço de poder de negociação entre as partes, a participação de mercado dos envolvidos e questões de eficiência, como a existência de economias de escala e de escopo.

De acordo com essa Resolução, as empresas detentoras do poder de mercado significativo deverão definir o preço de acesso com base num modelo de custos incrementais de longo prazo (ou LRIC, conforme sua expressão em inglês). Esse modelo prevê o desenvolvimento, pela Anatel, de uma metodologia em que são confrontados cálculos de custo das prestadoras de serviço com simulações realizadas pela Anatel sobre o que seria esperado de uma prestadora de serviços perfeitamente eficiente. Com isso, pretende-se buscar mais objetividade na definição dos preços, eliminando a possibilidade de discriminação indevida de preços.

A influência da Medida Preventiva referendada pelo CADE também pode ser observada na vedação a uma empresa detentora de poder de mercado significativo de conceder descontos em função do volume de linhas dedicadas contratado, do prazo de contratação e do valor total do contrato (art. 18). Lembre-se que a racionalidade econômica desses critérios, apresentados pela Telefônica como justificativa para os preços melhores oferecidos à sua subsidiária, foram postos em dúvida pelo Conselheiro Cleveland Prates em seu despacho.

Após a entrada em vigor da Resolução nº 402/2005, a Anatel iniciou um processo de consultas públicas para definir os grupos econômicos detentores de poder de mercado significativo em cada uma das regiões geográficas. Antes disso, porém, o Conselho Diretor da Anatel aprovou em 22.08.2005 a assinatura de um Termo de Cessão de Prática aceito pela Telefônica e pela Embratel, sugerindo o encerramento do processo administrativo aberto tanto na Anatel quanto no CADE. Por meio dele, a Telefônica se comprometeu a encerrar a política de discriminação de preços presente nos seus contratos estabelecidos com a Telefônica Empresas e suas concorrentes.

O resultado das audiências públicas realizadas pela Anatel para a definição das empresas detentoras de PMS foi consolidado na Resolução nº 437, de 8 de junho de 2006. Essa resolução coroa o processo de busca por maior concorrência efetiva no setor de telecomunicações brasileiro iniciado com as primeiras audiências realizadas no CADE para investigar a acusação de discriminação de preços apresentada pela Embratel em 2002.

A seção preliminar da Resolução constitui uma louvação aos princípios da concorrência elaborada pelo órgão regulador de telecomunicações brasileiro:

“AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – RESOLUÇÃO Nº 437, DE 8 DE JUNHO DE 2006 – DOU 20.06.2006 (Seção 1, p. 52) Determina os Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo (PMS) na oferta de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD).

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelos arts. 17 e 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO o disposto no Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada, aprovado por meio da Resolução nº 402, de 27 de abril de 2005, em especial no art. 10, que prevê a determinação pela Anatel dos Grupos detentores de PMS na oferta de EILD;

CONSIDERANDO que a EILD é insumo à prestação dos serviços de telecomunicações que impacta os preços oferecidos ao usuário;

CONSIDERANDO que o conceito de PMS é instrumento a serviço da Administração em sua atividade de estimular a competição ampla e justa no setor de telecomunicações;

CONSIDERANDO que a regulação com base na existência de Grupos detentores de PMS tem por objetivo estabelecer obrigações àqueles que podem atuar de forma anticompetitiva, de modo a incentivar o livre desenvolvimento do mercado e da justa, livre e ampla competição.”

Na definição das empresas detentoras do PMS, novamente pode-se sentir o impacto da Medida Preventiva do CADE: o foco da Anatel, segundo o art. 3º da Resolução, é a “oferta de EILD para velocidades de transmissão menores ou iguais a 2.048 kbps”, justamente o mercado relevante de baixa velocidade definido na medida cautelar antitruste, considerado monopolístico. De acordo com a Anatel, ficaram definidos os seguintes mercados geográficos com as respectivas empresas detentoras de PMS:

- (i) Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima: Grupo Telemar;
- (ii) Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre: Grupo Brasil Telecom;
- (iii) São Paulo: Grupo Telesp (Telefônica);
- (iv) Entre áreas locais que possuam população maior ou igual a 100 mil habitantes: Embratel;
- (v) Entre áreas locais em que a Embratel possua presença com infra-estrutura própria: Embratel.

Nos três primeiros casos, prevaleceu a opinião de que as incumbentes, adquirentes da rede telefônica pública no leilão de privatização de 1998, possuem poder de mercado para influenciar o padrão de concorrência na região. Nas duas últimas situações, prevaleceu o entendimento de que a Embratel, por ser líder no mercado de comunicação de dados no país e deter considerável rede própria em algumas regiões, também pode exercer seu poder de mercado contra concorrentes.

A conclusão a que se chega após o acompanhamento desse longo processo no âmbito do CADE e da Anatel é que, a despeito das deficiências institucionais, a ação do órgão guardião da concorrência foi fundamental para a alteração no quadro regulatório referente ao acesso local no Brasil. Ficou evidente que o Direito Concorrencial tem não apenas um papel complementar ao exercido pela regulação, mas muitas vezes um papel de indutor de mudanças que são essenciais para o aumento da eficiência e o desenvolvimento econômico do país.

CONCLUSÃO

A discussão travada ao longo desse trabalho sobre a interação entre as políticas de regulação e de defesa da concorrência no setor de telecomunicações em três importantes jurisdições revela que o assunto está longe de ser resolvido. O processo de liberalização implementado na década de 1990 ainda não atingiu o seu ápice, e o intenso desenvolvimento tecnológico desse setor indica que a configuração do mercado pode ser seriamente alterada ao longo dos próximos anos.

Principalmente diante de tantas perspectivas de adoção de novas tecnologias, os órgãos reguladores e de proteção à concorrência devem redobrar a sua atenção para que a existência de falhas de regulação não estimule a adoção de estratégias anticompetitivas que venham a abortar esse surto de concorrência no setor.

Enquanto a decisão da Suprema Corte americana mostra que ainda há muito ceticismo quanto à capacidade técnica dos órgãos antitruste de se imiscuírem nos complexos detalhes da regulação, as experiências da Comissão Européia e principalmente do Brasil revelam que a defesa da concorrência tem um grande espaço para promover a competição em setores regulados.

A decisão do CADE em condenar liminarmente uma concessionária de serviço público por práticas ilegais contra suas concorrentes despertou a atenção da Agência Nacional de Telecomunicações para o preenchimento de lacunas em seu arcabouço regulatório que permitiam tais condutas. A completa revisão regulatória que se seguiu, incorporando uma série de princípios do Direito Concorrencial às normas de compartilhamento de rede, revela o quão fundamental foi o papel indutor do órgão guardião da concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BESING, Ray G. “The Intersection of Sherman Act Section 2 and the Telecommunications Act of 1996: What should Congress do?” Catholic University of America, *CommLaw Conspectus – The Telecommunication Act of 1996: A Case of Regulatory Obsolescence*, Participant Issue Papers, Summer, 2005.

BIGLAISER, Gary & DEGRABA, Patrick. “Downstream integration by a bottleneck input supplier whose regulated wholesale prices are above costs”. *RAND Journal of Economics*, Vol. 32, n.º 2, 2001.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. *Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19 no Processo Administrativo nº 53500.005770/2002 – Despacho de Medida Preventiva*. Brasília, 27 de fevereiro de 2003.

ECONOMIDES, Nicholas. "The Incentive for Non-price Discrimination by an Input Monopolist". *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 16, p. 271-284, 1998.

_____. "Vertical Leverage and the Sacrifice Principle: Why the Supreme Court got Trinko Wrong". *New York University Annual Survey of American Law 2005*, Participant Article, 2005.

EUROPEAN Commission. *Commission Decision of 21 May 2003 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579) – Deutsche Telekom AG*. Bruxelas, 21 de maio de 2003.

GERADIN, Damien and Robert O'Donoghue. "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze in the Telecommunications Sector". Oxford University Press: *Journal of Competition Law & Economics*, June 2005.

KLOTZ, Robert and Jérôme Fehrenbach. "Two Commission Decisions on Price Abuse in the Telecommunications Sector". European Commission: *Competition Policy Newsletter*, Number 3, Autumn 2003, p. 8-13.

LAFFONTE, Jean-Jacques & TIROLE, Jean. *Competition in Telecommunications*. MIT Press, 2000.

OECD. *Competition and Regulation Issues in Telecommunications*. Working Party n. 2 on Competition and Regulation. 2002.

_____. *The Theory of Access Pricing*. Working Party n. 2 on Competition and Regulation. 2002

OFFICE of Telecommunications – Oftel. *The Competition Act 1998: The Application in the Telecommunications Sector*. London, March 2000.

REY, Patrick and Tirole, Jean. *A primer on foreclosure*, 1997.

SCHOEN, Frank X. "Exclusionary Conduct after Trinko". *New York University Law Review*, November, 2005.

THORNE, John. "A Categorical Rule Limiting Section 2 of the Sherman Act: Verizon v Trinko". *University of Chicago Law Review*, Winter 2005.

UNITED States Supreme Court. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* Washington, 1985.

_____. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*. Washington, 2004.