

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
HENRIQUE DE ANDRADE TEIXEIRA

POLÍTICA ANTITRUSTE E REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL:
UM ESTUDO SOBRE O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

UBERLÂNDIA
2011

HENRIQUE DE ANDRADE TEIXEIRA

POLÍTICA ANTITRUSTE E REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL:
UM ESTUDO SOBRE O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia do Instituto de Economia da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Economia.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Paula Macedo de Avellar.

Uberlândia
2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

T266p Teixeira, Henrique de Andrade, 1982-
 Política antitruste e regulação da concorrência no Brasil [manuscrito] :
 um estudo sobre o setor de telecomunicações / Henrique de Andrade
 Teixeira. - 2011.
 176 f. : il..

Orientadora: Ana Paula Macedo de Avellar.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Economia.

Inclui bibliografia.

1. Concorrência - Brasil - Teses. 2. Telecomunicações - Brasil - Teses. 3. Direito antitruste - Brasil - Teses. 4. Política de telecomunicações – Teses. 5. Agências reguladoras de atividades privadas – Teses. I. Avellar, Ana Paula Macedo de. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Economia. III. Título.

CDU: 339.137.2(81)

HENRIQUE DE ANDRADE TEIXEIRA

POLÍTICA ANTITRUSTE E REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL:
UM ESTUDO SOBRE O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia do Instituto de Economia da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Economia.

Uberlândia, 18 de maio de 2011

Banca Examinadora

Profa. Dra. Ana Paula Macedo de Avellar
Instituto de Economia / UFU

Prof. Dr. Paulo Furquim de Azevedo
EESP / FGV

Prof. Dr. Germano Mendes de Paula
Instituto de Economia / UFU

Para minha mãe, meus
irmãos e meu pai.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que estiveram ao meu lado. À minha mãe por todo o apoio e amor. Aos meus irmãos pelo companheirismo. Ao meu pai pelo incentivo ao estudo. Aos meus amigos pelos momentos de alegria. E a Deus por tudo!

Agradeço ainda à Profa. Dra. Ana Paula Macedo de Avellar pela orientação sempre segura, disponibilidade e grande paciência, que foram fundamentais para a elaboração deste trabalho. Ao Prof. Dr. Germano Mendes de Paula pelo auxílio e valorosas sugestões, que acrescentaram muito a este trabalho. Ao Prof. Dr. Paulo Furquim de Azevedo pela participação na banca examinadora e, antecipadamente, por todas as sugestões e críticas. E à CAPES pelo apoio financeiro, que possibilitou uma maior dedicação ao mestrado.

Enfim, agradeço aos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desta dissertação.

RESUMO

As autoridades antitruste e as agências reguladoras atuam sobre as questões concorrenciais nos mercados regulados e, desta forma, ambas podem apresentar posicionamentos harmoniosos e conflitantes. Portanto, a aplicação da política de defesa da concorrência brasileira em mercados regulados se mostra como um objeto de investigação interessante. Dentro dessa perspectiva, o setor de telecomunicações é o que apresenta a maior presença das duas autoridades no âmbito concorrencial, em especial nos atos de concentração entre as empresas atuantes no setor. É possível adicionar a esse cenário o forte movimento de constantes inovações tecnológicas e o fenômeno de convergência tecnológica e de serviços, que conferem ao setor de telecomunicações características muito particulares. Desse modo, o trabalho tem o objetivo de analisar a aplicação da política de defesa da concorrência no setor de telecomunicações do Brasil. Para tanto, foi avaliada a atuação da agência reguladora e da autoridade antitruste nos processos de defesa da concorrência do setor de telecomunicações, em especial nos atos de concentração ocorridos entre os anos de 1998 a 2010, ou seja, desde a instalação do atual marco regulatório. As análises foram realizadas basicamente sob duas perspectivas. Primeiro, se os entendimentos de ambas as autoridades estavam em consonância com a atual realidade do setor. Segundo, se os posicionamentos do órgão antitruste e da agência reguladora eram coerentes. A conclusão foi que os entendimentos ainda guardam certa consonância com a realidade, mas correm o risco de se afastarem do atual cenário do setor devido às rápidas mudanças tecnológicas. Acerca da coerência entre as autoridades, percebe-se significativa concordância, mas com divergências nos casos mais complexos. Enfim, os posicionamentos se mostram ainda muito atrelados às regulamentações da agência reguladora, apesar de seguidos questionamentos por parte da autoridade antitruste. Isto indica a necessidade de uma revisão do arcabouço legal e, em certa medida, do modelo institucional de análise dos processos de defesa da concorrência.

Palavras-chave: Política Antitruste; Regulação Econômica; Telecomunicações; Brasil.

ABSTRACT

Antitrust authorities and regulatory agencies address competition issues in regulated markets and in this way both may present conflicting and harmonious opinions. Therefore, the application of antitrust policy in regulated markets in Brazil is an interesting object of investigation. Within competitive context, the telecommunications is the industry with the largest presence of these authorities, chiefly within mergers between companies in this sector. Moreover, constant technological innovations and the phenomenon of convergence of technology and services give the telecommunications industry very specific characteristics. Thus, this study intends to examine the application of antitrust policy in the telecommunications industry in Brazil. For this purpose, the study evaluated the performance of the regulator and the antitrust authority in antitrust proceedings within mergers occurring since the installation of the current regulatory framework, between the years 1998 to 2010. Analyses were performed primarily from two perspectives. First, if the understandings of both authorities were in-line with the current reality of the industry, and second, if the rulings of both the antitrust authority and the regulatory agency were consistent. The conclusion is that the understandings still retain certain applicability to current industry realities. There remains a risk, however, of the rulings moving away from the current industry conditions due largely to the rapid changes in technology. As to the consistency between the authorities, the study finds significant agreement, but with differences within interpretations of more complex cases. Finally, the rulings appear to be still very tied to the regulations of the regulatory agency, despite continued questioning from the antitrust authority. This indicates the necessity of a revision of the legal framework and, to some extent, of the institutional model of analysis of antitrust cases.

Keywords: Antitrust Policy; Economic Regulation; Telecommunications; Brazil.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 –	Áreas de concessão de telefonia móvel em 1996	71
FIGURA 2 –	Regiões dos serviços de telefonia fixa em 1998	73
FIGURA 3 –	Regiões do STFC local	80
FIGURA 4 –	Áreas de concessão de telefonia celular e operadoras em 2010	87

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 –	<i>Efficient rationing</i>	27
GRÁFICO 2 –	Poder de mercado técnico	44
GRÁFICO 3 –	<i>Market share</i> do STFC local – 2010	82
GRÁFICO 4 –	Embratel (acessos em serviço) X Net Fone (assinantes) – 2009 ao 3º trimestre de 2010	83
GRÁFICO 5 –	<i>Market share</i> em minutos tarifados de LDI – 2007 a junho de 2010 ...	85
GRÁFICO 6 –	<i>Market share</i> em minutos tarifados de LDN – 2007 a junho de 2010 ..	85
GRÁFICO 7 –	<i>Market share</i> da Tim em % - Minutos Tarifados X Receita Bruta - 2009 a 2010	86
GRÁFICO 8 –	<i>Market share</i> do SMP – 2010	88
GRÁFICO 9 –	<i>Market share</i> da TV por Assinatura – 2010	90
GRÁFICO 10 –	<i>Market share</i> da Internet Banda Larga – 2010	93
GRÁFICO 11 –	Adições líquidas de terminais de dados em milhares – jan-nov/2010 ..	94
GRÁFICO 12 –	Preço do minuto tarifado da Embratel para chamadas LDI e LDN – 2009 a 2010	118
GRÁFICO 13 –	Participação percentual com base nos minutos tarifados de LDN da Tim no mercado nacional – 2007 a jun/2010	120
GRÁFICO 14 –	Adições líquidas de assinantes de TV por Assinatura em milhares – 2004 a nov/2010	123
GRÁFICO 15 –	Evolução trimestral de pedidos e números de telefone portados – 2009 a 2010	131
GRÁFICO 16 –	Evolução das participações de mercado para a telefonia fixa em % – 2005 a 2010	132

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 –	Agências reguladoras brasileiras	32
QUADRO 2 –	Características do desenho institucional das agências reguladoras brasileiras	33
QUADRO 3 –	Estrutura, conduta e desempenho	35
QUADRO 4 –	Isenção Antitruste	58
QUADRO 5 –	Competências Concorrentes	58
QUADRO 6 –	Competências Complementares	59
QUADRO 7 –	Regulação Antitruste	59
QUADRO 8 –	Operações de fusão e aquisição nas telecomunicações brasileiras - 2006-2010	104
QUADRO 9 –	Etapas de análise econômica de atos de concentração horizontal	110
QUADRO 10 –	Mercados relevantes nas telecomunicações	112
QUADRO 11 –	Redes e serviços convergentes no Brasil	138

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 –	Quantidade de acessos fixos em serviço da telefonia local fixa em milhares (dados trimestrais) – 2009 ao 3º trimestre de 2010	81
TABELA 2 –	Assinantes de telefonia fixa VoIP no Brasil em milhares (dados trimestrais) – 2008 ao 3º trimestre de 2010	83
TABELA 3 –	<i>Market share</i> em Receita Bruta de LDN em % (dados trimestrais) – 2009 ao 3º trimestre de 2010	86
TABELA 4 –	Adições líquidas de celulares das operadoras em milhares – 2007 a 2010	88
TABELA 5 –	Quantidade de acessos e adições líquidas da Nextel em milhares (dados trimestrais) – 2009 ao 3º trimestre de 2010	89
TABELA 6 –	Quantidade de assinantes de TV por Assinatura em milhares (dados trimestrais) – 2009 ao 3º trimestre de 2010	91
TABELA 7 –	Quantidade de acessos à Internet Banda Larga em milhares (dados trimestrais) – 2009 ao 3º trimestre de 2010	92
TABELA 8 –	Quantidade de pedidos e de números de telefone portados – set/2008 a dez/2010	100
TABELA 9 –	Quantidade de acessos fixos e assinantes VoIP em milhares – 2009 a 2010	115
TABELA 10 –	Quantidade de acessos fixos em serviço e assinantes VoIP por operadora em milhares – 2009 a 2010	116
TABELA 11 –	Quantidade de acessos fixos em serviço e celulares em milhares – 2009 a 2010	116
TABELA 12 –	Participações de mercado por região para o LDN em % – jun/2010	119
TABELA 13 –	Quantidade de acessos de banda larga fixa e móvel em milhares – 2009 a 2010	124
TABELA 14 –	HHI para alguns mercados relevantes em telecomunicações – 2010	129
TABELA 15 –	ACs em que ocorreu ou não a análise dos principais elementos antitruste	144
TABELA 16 –	ACs em que ocorreu a análise do mercado relevante	145
TABELA 17 –	ACs em que ocorreu a análise da possibilidade do exercício do poder de mercado	147
TABELA 18 –	ACs em que ocorreu a análise das eficiências econômicas	148
TABELA 19 –	ACs em que ocorreu a recomendação de restrições para a aprovação da operação	149
TABELA 20 –	Análise geral da coerência entre a ANATEL e o CADÊ	151
TABELA 21 –	Decisões judiciais - 2005-2009	154

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

3G	Terceira geração de tecnologia de telefonia móvel
4G	Quarta geração de tecnologia de telefonia móvel
AC	Ato de Concentração
ADSL	<i>Asymmetric Digital Subscriber Line</i>
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional de Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APRO	Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação
AT&T	<i>American Telephone and Telegraph</i>
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
BrT	Brasil Telecom
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDMA	<i>Code Division Multiple Access</i>
CONTEL	Conselho Nacional de Telecomunicações
CPQD	Centro de Pesquisa e Desenvolvimento
CSP	Código de Seleção de Prestadora
CTC	<i>Companhia de Teléfonos Chile</i>
DDD	Discagem direta à distância
DEE	Departamento de Estudos Econômicos
DOJ	<i>Department of Justice</i>
DTH	Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (<i>Direct To Home</i>)
e-c-d	Estrutura-Conduta-Desempenho
Embratel	Empresa Brasileira de Telecomunicações
FNT	Fundo Nacional de Telecomunicações

FTC	<i>Federal Trade Comission</i>
GSM	<i>Global System Móbile</i>
HHI	Índice de Herfindahl-Hirschman
IDB	<i>Inter-American Development Bank</i>
IP	<i>Internet Protocol</i>
IPTV	<i>Internet Protocol TV</i>
LDI	Longa Distância Internacional
LDN	Longa Distância Nacional
LGT	Lei Geral de Telecomunicações
MMDS	Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal
NGN	<i>Next Generation Networks</i>
OCDE	Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos
OECD	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
Paste	Programa de Recuperação e Ampliação do Sistema de Telecomunicações
PGA	Plano Geral de Autorizações
PGO	Plano Geral de Outorgas
PMS	Poder de Mercado Significativo
RGI	Regulamento Geral de Interconexão
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SCM	Serviço de Comunicação Multimídia
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SMC	Serviço Móvel Celular
SME	Serviço Móvel Especializado
SMP	Serviço Móvel Pessoal
SNT	Sistema Nacional de Telecomunicações
STFC	Serviço Telefônico Fixo Comutado
TCU	Tribunal de Contas da União
Telebrás	Telecomunicações Brasileiras S/A
Telesp	Companhia de telefonia de São Paulo
Telmex	Teléfonos de México S.A.
TVA	Serviço Especial de Televisão por Assinatura
VoIP	<i>Voice over Internet Protocol</i>
WiMax	<i>Worldwide Interoperability for Microwave Access</i>
xDSL	<i>x Digital Subscriber Line</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 REGULAÇÃO E ANTITRUSTE	19
1.1 Teoria da Regulação	21
1.1.1 Conceitos da Regulação Econômica	25
1.1.1.1 Eficiências	25
1.1.1.2 Custos irrecuperáveis, riscos, incertezas e assimetria de informação	28
1.1.1.3 Perigo da captura	29
1.1.1.4 Controle de entrada e saída	30
1.1.2 Agências reguladoras	31
1.2 Política Antitruste	34
1.2.1 Conceitos da Política Antitruste	37
1.2.1.1 Regra da razão e análise <i>per se</i>	38
1.2.1.2 Mercado relevante	39
1.2.1.3 Poder de mercado	42
1.2.1.4 Participações e concentrações de mercado	44
1.2.1.5 Probabilidade do exercício do poder de mercado	47
1.2.1.6 Eficiências	51
1.3 A defesa da concorrência e a regulação	55
2 O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E SEU MARCO REGULATÓRIO	63
2.1 O setor de telecomunicações no Brasil	66
2.1.1 O início das telecomunicações no Brasil e o Sistema Telebrás	66
2.1.2 A evolução do marco regulatório e o modelo atual	69
2.1.3 A ANATEL	77
2.2 O panorama do modelo atual e suas configurações	79
2.2.1 A telefonia fixa local	80
2.2.2 A telefonia de longa distância	84
2.2.3 A telefonia móvel	87
2.2.4 TV por Assinatura	90
2.2.5 Internet Banda Larga	91
2.3 Elementos determinantes da concorrência no setor de telecomunicações na atualidade	94

2.3.1 <i>Essential facilities, unbundling</i> e as regras de interconexão	96
2.3.2 Portabilidade	99
2.3.3 Convergência	100
3 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS ..	104
3.1 As configurações do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	105
3.2 Mercado relevante nas telecomunicações	111
3.2.1 A telefonia fixa local	114
3.2.2 A telefonia de longa distância	117
3.2.3 A telefonia móvel	120
3.2.4 TV por Assinatura	122
3.2.5 Internet Banda Larga	123
3.3 Possibilidade do exercício do poder de mercado	126
3.3.1 Concentrações e determinação da parcela de mercado	127
3.3.2 Rivalidade	129
3.3.3 Barreiras à entrada	133
3.4 Eficiências econômicas	137
4 A COERÊNCIA ENTRE OS POSICIONAMENTOS DO CADE E DA ANATEL E SEUS DESDOBRAMENTOS	141
4.1 A coerência entre a ANATEL e o CADE nas análises dos atos de concentração	143
4.2 Previsibilidade e segurança jurídica na defesa da concorrência do setor de telecomunicações brasileiro	152
4.3 As possíveis modificações institucionais para o aprimoramento dos julgamentos	157
CONSIDERAÇÕES FINAIS	161
REFERÊNCIAS	165
ANEXO A – Atos de concentração escolhidos (104)	175

INTRODUÇÃO

As políticas de defesa da concorrência têm se constituído em um dos principais pilares da regulação do livre mercado nas economias mais desenvolvidas e, também, de forma cada vez mais proeminente, nas economias emergentes. Segundo um documento do Banco Mundial em conjunto com a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), pode-se afirmar que as políticas de concorrência podem ser concebidas como o quarto alicerce do sistema de políticas econômicas de determinado país, estando ao lado das políticas monetária, fiscal e de comércio exterior. (OECD; THE WORLD BANK, 2003)

Elas integram, atualmente, o conjunto fundamental de instituições necessárias à promoção do crescimento, e tais instituições são o resultado da busca natural das sociedades por arranjos mais eficientes. Estes arranjos devem ser construídos, inclusive caminhando muitas vezes na direção contrária às forças naturais da sociedade. Essa é uma constatação feita por North (1990), que conclui que boa parte da estagnação na história econômica mundial e, em especial, nos países subdesenvolvidos é explicada pelo fato dessas sociedades favorecerem, em grande medida, atividades que criam condições de monopólio ao invés de competitivas e que restringem oportunidades ao invés de expandi-las. É nesse sentido que se mostra necessária uma política de defesa da concorrência bem formulada e capaz de lidar com esses problemas.

Dentro dessa perspectiva, o presente estudo tem o objetivo de analisar a aplicação da política de defesa da concorrência no setor de telecomunicações do Brasil, utilizando como base econômica os fundamentos teóricos dessa política. Mais especificamente, será avaliada a atuação da agência reguladora e da autoridade antitruste nos atos de concentração do setor de telecomunicações, ocorridos desde a instalação do atual marco regulatório.

A partir desse objetivo, duas hipóteses podem ser levantadas. Primeiro, acredita-se que as análises dos atos de concentração estejam em plena sintonia com a atual realidade do setor de telecomunicações, considerando todas as recentes questões tecnológicas. Especialmente as análises realizadas pela agência reguladora, pelo fato desse órgão deter grande quantidade de informações técnicas sobre os agentes do setor. Em seguida, espera-se que os entendimentos da agência reguladora e da autoridade antitruste apresentem expressiva consonância.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) já tem experiência de mais de 16 anos de efetiva atuação. Foi um período de aprendizado e evolução institucional, no qual a análise econômica ficou expressivamente mais refinada. A aplicação das políticas antitruste no Brasil, por meio da legislação atual e da atuação do SBDC, está em relativa

sintonia com as melhores práticas internacionais.

No entanto, problemas de ordem burocrática ainda afetam esse sistema. A tramitação dos processos em três órgãos distintos, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), corresponde a uma divisão excessiva de funções em vários órgãos, o que dificulta a comunicação entre eles. Além disso, é possível somar ainda a esse problema as situações em que as agências reguladoras funcionam na instrução dos processos de defesa da concorrência. Outro problema verificado é o tempo excessivo que muitos processos levam até a sua conclusão. Neste caso, a judicialização da política antitruste brasileira contribui para estender os processos e adiar a aplicação das sanções ou remédios constantes das decisões do CADE. (OECD; IDB, 2010)

Para solucionar esses entraves, o SBDC constantemente realiza estudos, debates, encontros e elabora novos guias de análise, com o intuito de melhorar as análises processuais. Ademais, pode-se mencionar o Projeto de Lei 3.937 de 2004 que reestrutura o SBDC, como sendo uma das ações que objetivam a otimização da política antitruste brasileira.

É natural que se perceba que essas mudanças institucionais mais profundas não acontecem, e nem devem acontecer, de forma abrupta. É preciso que sua concepção seja discutida e amadurecida dentro e fora do governo. Mais do que qualquer coisa, as reformas institucionais com maior probabilidade de êxito são aquelas cujo objetivo e regras são razoavelmente bem aceitas e compreendidas pela maioria dos agentes afetados direta e indiretamente. Tal grau de consenso apenas é obtido após um período suficiente de tempo.

De qualquer forma, é claro que a busca pelo aprimoramento das políticas antitruste é exercício contínuo, visto que a dinâmica das economias modernas tem sempre gerado arranjos e práticas comerciais novos que podem ou não ter impactos sobre a concorrência. Aqui, novamente destacando o supracitado documento do Banco Mundial e OCDE, entende-se que, embora a política de concorrência tenha por objetivo corrigir as falhas de mercado resultantes da concorrência deficiente, é praticamente impossível que leis precisas sobre todos os tipos de situações anticompetitivas reais ou potenciais sejam formuladas. (OECD; THE WORLD BANK, 2003)

Sobre a interação entre autoridades antitruste e agências reguladoras, o relatório de 2005 da OCDE e do BID (OECD; IDB, 2005) apontava uma tendência entre os países da OCDE de permitir a responsabilidade conjunta de ambas as autoridades na tomada de decisão em assuntos concorrenciais. Essa constatação da OCDE/BID denota a convergência de esforços entre a missão das agências reguladoras e dos órgãos integrantes do SBDC. Uma

possível melhora na celeridade do trâmite e na qualificação técnica da instrução dos processos em análise por estes órgãos é factível, tendo em vista o alto nível de especialização e conhecimento exigido para atuar no âmbito dos diversos setores regulados da economia (energia, aviação, telecomunicações, combustíveis). A especialização e o domínio de grande volume de informações técnicas são componentes essenciais para as agências contribuírem para a inibição das práticas e condutas anticoncorrenciais, desde que atuem em perfeita harmonia com os órgãos de defesa da concorrência. Enfim, a interação entre essas autoridades se mostra como uma situação desejável e, desta maneira, os acordos e convênios firmados entre as agências reguladoras e o CADE se tornam pertinentes.

É nesse sentido que a aplicação da política antitruste brasileira em mercados regulados se mostra como um objeto de investigação interessante. E uma especial atenção ao setor de telecomunicações, com maior ênfase nos atos de concentração entre as empresas atuantes no setor, se descortina como um caminho frutífero em um estudo mais apurado. É possível mencionar, ainda, que a presença de contínuas inovações tecnológicas e do fenômeno de convergência tecnológica e de serviços confere ao setor de telecomunicações características muito particulares.

Desse modo, o primeiro capítulo tem o objetivo de apresentar os fundamentos da regulação econômica e da política antitruste, com ênfase nos principais conceitos que norteiam essas doutrinas e a suas formas de interação. Desse modo, essa primeira parte busca estruturar um arcabouço teórico capaz de auxiliar na análise empírica dos demais capítulos.

O segundo capítulo tem o intuito de descrever o setor de telecomunicações brasileiro, destacando os seus elementos históricos e legais, os principais serviços oferecidos e os atuais elementos relacionados à concorrência, sem que sejam esgotados, contudo, todos os aspectos relacionados ao setor. Portanto, diante da variedade de serviços oferecidos no âmbito das telecomunicações e da extensão que a caracterização desses serviços demandaria, opta-se por focar o estudo apenas nos principais serviços ofertados à população, quais sejam, telefonia fixa e móvel, TV por Assinatura e Internet Banda Larga.

O terceiro capítulo tem o objetivo de analisar o entendimento do SBDC e do órgão regulador (ANATEL) em relação aos principais elementos analisados nos processos de defesa da concorrência no setor de telecomunicações, com ênfase nos atos de concentração. Nestes termos, tem-se a intenção de avaliar o mercado relevante, a possibilidade do exercício do poder de mercado e as eficiências econômicas. Novamente, a análise se limita apenas aos principais serviços de telecomunicações: telefonia fixa e móvel, TV por Assinatura e Internet Banda Larga.

O quarto capítulo busca avaliar a coerência entre os posicionamentos do CADE e da ANATEL nos atos de concentração referentes ao setor de telecomunicações e verificar os possíveis desdobramentos dessa análise. Em especial, o estudo dos desdobramentos versará sobre a previsibilidade e segurança jurídica, bem como sobre as possíveis modificações institucionais que contribuiriam para o aprimoramento dos julgamentos.

Por último, serão tecidas as considerações finais, perpassando as principais conclusões obtidas ao longo dos capítulos anteriores.

1 REGULAÇÃO E ANTITRUSTE

O presente capítulo tem o objetivo de apresentar os fundamentos da regulação econômica e da política antitruste, destacando os principais conceitos que norteiam essas doutrinas e a suas formas de interagir, de modo que se estruture um arcabouço teórico suficiente para o desenvolvimento dos demais capítulos.

Inicialmente, as políticas de regulação e de defesa da concorrência têm se confirmado como um dos principais pilares das economias de livre mercado dos países desenvolvidos e com relevância cada vez maior nos emergentes. As primeiras manifestações dessas políticas, com o intuito de garantir ao Estado a capacidade de controlar a competição e a atividade econômica exercida por agentes privados e que tiveram uma repercussão mais significativa, ocorreram nos Estados Unidos durante o final do século XIX.

Por volta da década de 1870, a sociedade norte-americana, em especial os agricultores, começou sentir uma forte influência das grandes ferrovias, devido à falta de regras que pudessem limitar as ações dessas ferrovias. Algumas medidas de abrangência estadual foram tomadas na tentativa de se implementar algum tipo de regulação, no entanto elas acabaram sendo derrubadas pela suprema corte dos EUA. Então, em 1887, o Congresso aprovou o *Interstate Commerce Act*, que criou a *Interstate Commerce Commission*, que foi verdadeiramente a primeira agência reguladora daquele país. De acordo com Carlton e Picker (2007, p. 20), essa lei tinha a intenção de controlar a indústria ferroviária, limitando as taxas ao que se acreditava ser razoável e justo e proibindo a concessão de descontos secretos. Ademais, ela tinha o intuito de tentar impedir qualquer tipo de discriminação ou preferência que se mostrasse indevida ou injustificada. Essa lei também buscava regular diretamente a competição entre as empresas ferroviárias, barrando os contratos entre concorrentes que visassem à partilha do tráfego de mercadorias.

Três anos depois, em 1890, foi aprovado o *Sherman Act*, a primeira lei antitruste dos Estados Unidos, que foi o resultado de uma intensa campanha contra os grandes conglomerados econômicos. Em setores como o ferroviário, o petrolífero e o siderúrgico, foi iniciado um processo de formação de cartéis. No entanto, essa forma de organização apresentava um problema intrínseco, era altamente instável, pois os acordos firmados não possuíam legitimidade suficiente para que os participantes fossem legalmente obrigados a cumpri-lo. Desta forma, a vontade de desrespeitá-lo era significativa, em muitas situações irresistível. A solução para tal problema foi a adoção de um instituto tradicional do direito

anglo-saxão, o *trust*. Forgioni (2005, p.75) explica que:

O industrial transferia a um *trustee* o poder derivado de suas ações, recebendo em contrapartida um *trust certificate*.¹ Os trusts, então, proporcionavam a administração centralizada dos agentes econômicos que atuavam no mesmo mercado, impedindo, de uma maneira segura e estável, que a concorrência se restabelecesse entre eles.

A reação àquela nova situação que se apresentava aos norte-americanos foi imediata. Os consumidores, trabalhadores, agricultores e pequenos empresários se colocaram contrários à concentração de poder nas mãos de poucos. Aos *trusts* eram atribuídas as responsabilidades pelos principais males que acometiam à sociedade norte-americana na época. Por outro lado, os grandes empresários sustentavam que a concentração do poder econômico proporcionava uma expansão da indústria e o aumento da produção. Nesse sentido, foram iniciadas as discussões na esfera política e já nas eleições de 1888 o antitruste era um dos principais assuntos da campanha presidencial. Como resultado, em 1890, o *Sherman Act* entrou em vigor, mas a forma, em até certo ponto, genérica desta lei levou os legisladores à criação de uma nova, o *Clayton Act*, promulgado em 1914 e constituído de uma capacidade muito maior de detalhamento e exemplificação de práticas restritivas da concorrência. Com as funções de vigiar e aplicar a legislação antitruste, também foi criada em 1914 a *Federal Trade Commission* (FTC) que atuaria em conjunto com o *Department of Justice* (DOJ).

Carlton e Picker (2007, p. 20) entendem que esse período, entre o final do século XIX e início do século XX, ilustra bem a interação entre o antitruste e a regulação. A história, que apresenta inicialmente o antitruste e a regulação como substitutos entre si, também reconhece que os dois poderiam interagir por caminhos ainda desconhecidos. Enfim, tal interação, que, em alguns momentos, se mostrou colaborativa e, em outros, mais conflituosa, moldou os caminhos para o desenvolvimento das políticas de concorrência ao longo do século.

A título de ilustração, no Brasil, o histórico da interação entre essas duas políticas é muito recente. Apesar das primeiras manifestações efetivas de caráter antitruste no Brasil terem surgido na década de 30 e a primeira lei antitruste brasileira (Lei nº 4.137), claramente baseada no *Sherman Act*, ter entrado em vigor em 1962, a inoperância do arcabouço de defesa da concorrência impossibilitou, até a década de 90, qualquer tipo de interação entre essas

¹ Segundo Carvalhosa (1967 apud FORGIONI, 2005, p. 75-76) “[...] caracteriza-se o truste pela transferência de capitais e valores econômicos de uma determinada pessoa física ou jurídica, que tem como objetivo gerir e administrar aqueles capitais e valores; exerce esta última o papel de agente fiduciário, *trustee*, cabendo-lhe, com plena autonomia, aplicar tais bens e valores da melhor forma, no interesse do agenciador. Ao *trustee* cabe a direção, de maneira uniforme do conjunto de negócios que lhe são confiados”.

políticas. Segundo Forgioni (2005), a ineficácia material da política antitruste ocorreu, principalmente, por problemas de interpretação jurídica da legislação, o que gerou contradições no julgado, denotando certa insegurança e imprevisibilidade. Ademais, a própria estrutura do Estado, autoritário, intervencionista e fomentador da formação de monopólios e oligopólios, se tornou incongruente com os objetivos de uma política de concorrência. Somente no final da década de 1990, com a criação das agências reguladoras pelo Estado e com a efetiva atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) desde 1994, é que foi possível constatar as primeiras situações em que ambas as políticas puderam interagir.

Na sequência, serão apresentados os principais aspectos e conceitos da regulação econômica e da política antitruste, bem como os modos de interação entre as duas. Mais especificamente, na seção 1.1, é inicialmente definida a Teoria da Regulação e, em seguida, foca-se na regulação econômica. Na seção 1.2, é apresentada em linhas básicas a política antitruste. E, na seção 1.3, busca-se demonstrar as formas como ambas as doutrinas interagem.

1.1 Teoria da Regulação

A regulação pode ser entendida, em sentido amplo, como qualquer ato do Estado que visa a, de alguma maneira, controlar as ações dos entes privados. Segundo Pinto Junior e Fiani (2002, p. 515),

Define-se regulação como qualquer ação do governo no sentido de limitar a liberdade de escolha dos agentes econômicos. Dessa forma, quando um agente regulador (uma agência responsável por algum setor da economia como eletricidade, telecomunicações etc.) fixa tarifa para determinado serviço, está restringindo a liberdade que uma empresa tem de estabelecer o preço pela sua atividade.

Desse modo, toda tentativa do Estado de interferir sobre o livre-arbítrio dos agentes privados, seja por meio de preços, qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços oferecidos, seja pela determinação de regras de concorrência, de segurança no trabalho, de acesso aos mercados, é uma forma de regulação.

O conceito de regulação pode ser dividido em alguns tipos distintos. Primeiro, segundo Valério (2006, pp. 212-213), tem-se a “regulação técnica” que estabelece padrões e metas de qualidade a serem adotados pelos agentes econômicos atuantes em determinado

mercado regulado. Tal regulação teria o objetivo de garantir a compatibilidade, a segurança e a proteção dos sistemas e infraestruturas tecnológicas. Ademais, a questão técnica, dependendo da situação, pode ou não ter uma significância competitiva. Um segundo tipo seria a “regulação econômica”. Esta se caracteriza pela adoção de sistemas de controle de tarifas, taxas e quantidade dos bens ou serviços ofertados no mercado regulado. Aqui também são englobadas outorgas de licença, autorizações e concessões de funcionamento das empresas. O objetivo dessa regulação é garantir a prestação adequada dos serviços dos atores privados, por meio do controle da rentabilidade desses agentes, afastando a ocorrência de preços de monopólio. É possível constatar ainda a “regulação antitruste” que seria a ação estatal com o intuito de analisar os atos de concentração, impedindo ou impondo restrições àquelas situações que apresentem riscos à concorrência. Além disso, existe o controle repressivo das condutas anticompetitivas, através de processos administrativos das práticas supostamente anticoncorrenciais, com a possível condenação dos agentes econômicos envolvidos.

Para Cabeza e Cal (2009, p. 7), existe, ainda, um quarto tipo, a “regulação não-econômica”. Para as autoras, ela “[...] está relacionada às intervenções na produção de forma a reduzir, prevenir ou remediar possíveis danos sociais, danos à saúde e ao meio ambiente provenientes de riscos produzidos na produção de determinados bens.”

A intervenção estatal na economia teria como objetivo regular os desequilíbrios do mercado e promover o desenvolvimento econômico por meio da maximização da utilidade coletiva, da redistribuição de renda e do fomento ao crescimento econômico. Nesse sentido, percebe-se que a regulação teria o intuito de promover a justiça social, na busca de uma melhor repartição e da proteção do consumidor, e garantir a igualdade de condições nas relações econômicas, por meio da definição das regras de concorrência.

O que se verifica das experiências ao redor do mundo quanto à mudança do papel do Estado, por meio das privatizações dos serviços de infraestrutura, é que estas sempre devem ser acompanhadas da criação de um marco regulatório capaz de promover a concorrência e a eficiência dos mercados. De acordo com Motta (2009, p. 88), existem certas atividades que

[...] exigem marco regulatório que crie mecanismos que, indiretamente, gerem incentivos à eficiência por meio de política tarifária que considere não só o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, mas também inclua penalizações e prêmios para decréscimo ou aumento de produtividade e sua repartição com os usuários. Assim, os benefícios do monopólio – por exemplo, as economias de escala – seriam também desfrutados pelos seus usuários com maior quantidade e qualidade dos serviços e modicidade nas

tarifas.

Mas essa necessidade de marco regulatório não é somente para proteger o consumidor. Ela também visa a manter a estabilidade das regras de operação do mercado, através de uma governança regulatória com autonomia e sem ingerência política ou corporativa, de modo a garantir os direitos e as obrigações das empresas concessionárias.

Para Salgado (2003, p. 3),

Políticas regulatórias pró-competitivas e de defesa da concorrência são hoje ferramentas indispensáveis na construção de mercados saudáveis, uma vez que, como demonstram os recém-laureados, o *laissez-faire* mostrou-se incapaz de garanti-los. É hoje consabido que um dos fatores mais importantes para a atração do investimento direto é a confiança depositada no ambiente regulatório.

Desse modo, pode-se inferir que as principais funções da regulação são: incentivar os investimentos necessários ao desenvolvimento econômico; promover o bem-estar de consumidores e usuários; e propiciar a eficiência econômica. A regulação que tenha como meta o bem-estar da sociedade não deve diferenciar a prestação direta ou indireta, nem a pública ou privada. Ela necessita buscar o respeito pelos contratos e o uso adequado dos seus artifícios técnicos.

Segundo Fiani (1998, p. 10), até a década de setenta, as principais ações em termos de regulação econômica eram fundamentadas na teoria do bem-estar, que tornou possível para a teoria econômica lidar com a intervenção estatal de forma verdadeiramente formalizada. O entendimento, desde o livro *A Riqueza das Nações* de Adam Smith até o surgimento da teoria do bem-estar com o livro *The Economics of Welfare* de Arthur Cecil Pigou, era de que a análise econômica negava qualquer necessidade de intervenção do Estado. As atividades regulatórias que estabelecessem preços, quantidades, padrões de qualidade ou metas de investimento seriam exemplificações de uma interferência inútil ou nociva na busca do auto-interesse. Ainda de acordo com Fiani (1998, p. 10),

[...] a menos que existissem circunstâncias específicas em que a busca do interesse privado não conduzisse, necessariamente, ao bem comum. Em termos muito gerais (e de forma pouco rigorosa), pode-se afirmar que a análise do bem estar busca definir sob que condições a busca do auto-interesse na atividade econômica conduz ao bem comum e sob que condições ela não o faz.

Para Fiani (1998, pp. 11-12), o teorema fundamental da teoria do bem-estar social

afirma que, se existirem mercados em número suficiente, se todos os agentes privados (produtores e compradores) se comportarem de modo competitivo e se existir um equilíbrio, a economia se encontra em equilíbrio de Pareto e a alocação dos recursos é a melhor possível. Nesse sentido, entende-se que a condição de existência de mercados em número suficiente está diretamente relacionada ao problema das externalidades. A externalidade está presente sempre que um agente, por meio de sua atividade econômica, gera um custo ou benefício que não pode ser pago ou recebido por este agente. Ocorre uma inexistência de um mercado que possa alocar esses custos ou benefícios, surgindo a externalidade. Diante dessa incapacidade de se minimizar ou maximizar os custos e benefícios, acontece uma falha do mercado em sua função de gerar um equilíbrio ótimo de Pareto. Por isso, sobrevém a necessidade de intervenção do estado através de alguma forma de regulação, com o intuito de promover um nível superior de bem estar social.

Em seguida, com a ideia de comportamento competitivo, tem-se a análise convencional de monopólio natural. Por monopólio natural entende-se a situação em que um único ofertante no mercado, na presença de retornos crescentes de escala, é capaz de atender toda a demanda por um preço que cubra os custos de oportunidade. Desta feita, a função reguladora do Estado seria a de discriminar custos e determinar uma taxa de retorno que garantisse a sobrevivência do monopolista, sem permitir que ocorram danos sociais. Segundo Salgado (2003, p. 2)

Na presença de falhas, os mercados não fornecem sinais suficientes para garantir escolhas adequadas, que levem ao equilíbrio entre ofertantes e demandantes. O grande desafio para a regulamentação econômica é encontrar o ponto ótimo que viabilize a lucratividade, de um lado (e, portanto, a operação e o investimento das empresas), e o bem-estar dos consumidores, de outro, na forma de disponibilidade de bens e serviços de qualidade e a preços razoáveis.

Salgado (2003, pp. 2-3) também verifica que o problema do acesso à informação é um dos pontos fundamentais no funcionamento dos mercados. Na teoria, a existência de perfeita informação para os consumidores e produtores é um dos pressupostos para que ocorra a livre concorrência nos mercados, a alocação eficiente dos recursos e, consequentemente, a satisfação dos agentes. Por outro lado, empiricamente, observa-se na realidade uma situação diversa. Os produtores têm acesso a melhores informações dos produtos e serviços do que os consumidores. Os demandantes de crédito possuem melhores informações acerca de sua capacidade de pagamento do que as instituições financeiras. E os executivos das empresas

têm um maior conhecimento sobre as perspectivas das empresas do que os acionistas. Enfim, a ideia de informação assimétrica é, atualmente, um dos principais focos da teoria econômica para entender o comportamento dos agentes e o funcionamento dos mercados, transformando-se em uma das justificativas para a regulação dos mercados por parte dos governos.

Ademais, fica clara a necessidade da regulação econômica na procura de reproduzir as condições de concorrência ideais, nas quais os consumidores tenham acesso a produtos e serviços com a qualidade e o preço que obteriam em ambientes competitivos. E, para compreender melhor como construir um marco regulatório capaz de realizar as intenções já mencionadas da regulação econômica, é necessário conhecer alguns conceitos.

1.1.1 Conceitos da Regulação Econômica

Os diversos mercados que necessitam da intervenção estatal para propiciar a defesa da concorrência e dos consumidores e garantir a sobrevivência das empresas concessionárias, apresentam características muito específicas entre si. Nesse sentido, existem conceitos da regulação econômica que permitem a sua adequação a diversos mercados, na busca de benefícios para a sociedade.

1.1.1.1 Eficiências

Segundo Possas (2004, p. 74), praticamente toda a análise normativa em economia baseia-se na relação biunívoca estabelecida entre bem-estar social e eficiência econômica. Dentre os conceitos de eficiência econômica, é possível identificar três tipos de eficiência: alocativa, produtiva e distributiva.

Primeiramente a alocativa, que é a mais utilizada nas ciências econômicas, até porque supõe-se que ela implique todas as demais. A eficiência alocativa refere-se à aplicação a uma economia competitiva do conceito de eficiência de Pareto, através dos chamados teoremas fundamentais do bem-estar, apresentados originalmente por Pareto e, posteriormente, desenvolvidos em aparatos formalizados, em paralelo aos modelos de equilíbrio geral. Mais especificamente, a eficiência alocativa é a alocação de recursos de forma que eles sejam distribuídos da melhor maneira possível, isto é, que diferentes insumos, como pessoal, materiais, equipamento, tecnologia, sejam combinados de modo que ocorra a maximização do resultado final. De acordo com Azevedo, Farina e Picchetti (1998, p. 48), a eficiência alocativa é

[...] atingida pela equalização dos preços de mercado de bens ou serviços aos seus custos marginais de produção. Qualquer desvio em relação a essa situação traduz-se em uma perda de excedente do consumidor, o que, dado o critério escolhido de bem-estar social, acarreta uma diminuição direta neste.

Para Possas (2004, p. 74), a eficiência produtiva diz respeito, basicamente, à eficiência na utilização dos insumos para cada nível de produto, realizando a melhor aplicação da tecnologia disponível. Em outros termos, o conceito de eficiência produtiva está relacionado à capacidade de um agente econômico de produzir o máximo possível aos menores custos, utilizando uma determinada tecnologia. A ocorrência de eficiência alocativa garante a existência de uma eficiência produtiva máxima, pois ocorreria a produção máxima de produtos com os menores custos possíveis, representando, assim, a capacidade de minimizar custos econômicos. Desse modo, percebe-se que na eficiência produtiva, a partir de uma tecnologia e fatores de produção disponíveis na economia, caso não seja possível produzir mais de um determinado bem sem sacrificar a produção de um outro, a economia está sobre a sua fronteira de possibilidades de produção.

Segundo Azevedo, Farina e Picchetti (1998, p. 48), a eficiência produtiva

[...] pode ser ainda subdividida entre uma dimensão estática e uma dinâmica. Eficiência produtiva estática é atingida quando as empresas de um setor são levadas, quer por competição, quer por um sistema de incentivos apropriado, a escolher o processo produtivo de menor custo disponível. A eficiência produtiva dinâmica, por sua vez, é atingida quando as empresas de um setor, novamente a partir das forças competitivas ou de uma estrutura de incentivos adequada, são levadas à busca de adoção de tecnologias mais avançadas, possivelmente envolvendo a introdução de novos produtos. A falha no insucesso para se atingir este último tipo de eficiência introduz distorções alocativas dinâmicas, com efeitos negativos potencialmente maiores que os decorrentes de distorções alocativas estáticas.

Na teoria antitruste, segundo Possas (2004, p. 74), utiliza-se também o conceito de eficiência distributiva. Esta corresponderia à eliminação de ganhos supracompetitivos, com o intuito de se maximizar o excedente do consumidor em dado mercado. Como esse resultado não é assegurado pela eficiência alocativa, surge a necessidade de fatores normativos e de política nessa área. De acordo com Catermol (2004, p. 129), a eficiência distributiva está associada

[...] à existência de retornos normais para os recursos empregados em uma atividade produtiva. O critério de eficiência distributiva avaliaria a função estática dos mercados de eliminar rendas ou lucros excepcionais. Esse seria um critério próximo ao proposto pela teoria clássica, em que a concorrência levaria à equalização das taxas de lucro, ou seja, haveria uma taxa normal de lucro que representaria um estado natural da economia. Essa lei da tendência

de uniformidade nas taxas de lucro seria admitida como existente mesmo que não fosse alcançada como resultado, ao menos como uma tendência à qual o processo da concorrência se dirigisse.

No âmbito da regulação econômica, de acordo com Church e Ware (2000, p. 750), as justificativas de interesse público para a intervenção estatal regulatória são baseadas no ideal de melhoria do bem-estar social. Nesse sentido, entende-se que as falhas de mercado levariam a situações de ineficiência e a regulação seria uma resposta legítima para tais falhas, de modo que os ganhos oriundos das intervenções regulatórias poderiam compensar as eventuais perdas.

Ainda segundo Church e Ware (2000, p. 750), uma característica importante de uma produção eficiente seria a *efficient rationing*. Esta ocorreria quando uma quantidade fixa de produção é distribuída entre aqueles com a maior disposição de pagar pelo produto, de modo a maximizar o excedente do consumidor. Essa situação é demonstrada no Gráfico 1, que representa o caso hipotético de rede de tubulações com uma oferta fixa de 100 unidades de capacidade de transporte de gás natural.

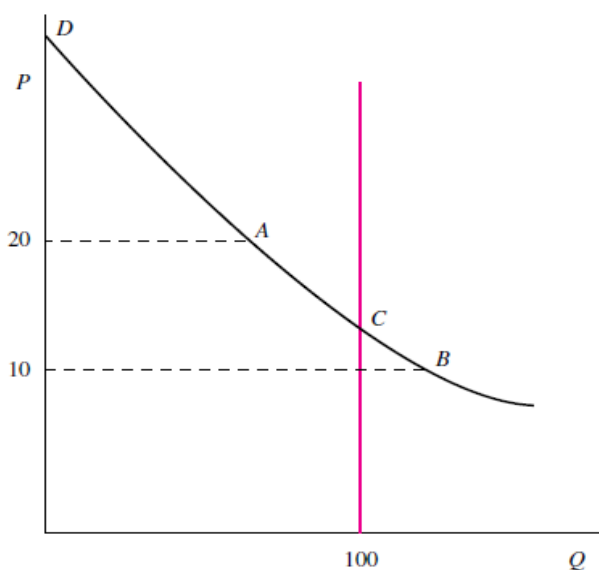


Gráfico 1 – *Efficient rationing*

Fonte: CHURCH; WARE (2000, p. 751).

No Gráfico 1, as 100 unidades devem ser alocadas entre empresas transportadoras de gás que compõem o segmento DC da curva de demanda. Supõe-se que a empresa localizada em B esteja disposta a pagar \$10 e a empresa em A pagaria \$20 pela unidade de capacidade de transporte de gás natural. As empresas A e B podem realizar acordos de troca, de modo a melhorar a situação de ambas, desde que o preço da unidade de capacidade pago por A fique entre \$20 e \$10. Desta feita, as duas empresas podem obter ganhos com os acordos.

Enfim, o conceito de eficiência mais comumente utilizado na regulação econômica é a eficiência produtiva, pois está relacionada à possibilidade do concessionário de produzir a maior quantidade possível, atendendo melhor à demanda do mercado, e também leva a empresa a produzir aos menores custos, auxiliando na redução dos preços.

1.1.1.2 Custos irrecuperáveis, riscos, incertezas e assimetria de informação

Segundo Motta (2009, p. 91), os custos irrecuperáveis ou custos afundados (*sunk costs*) são aqueles irreversíveis ou que possuem um valor residual nulo, por causa do alto custo de reaproveitamento desses ativos ou pelo fato de só poderem ser utilizados em determinado setor, como, por exemplo, as tubulações enterradas. Deste modo, o preço desses ativos em períodos de recessão seria muito baixo, devido à dificuldade de se encontrar compradores. Por outro lado, alguns setores, apesar de terem altos custos fixos, como imóveis, material de informática, ou veículos, têm a vantagem de reaproveitar os ativos de maneira mais fácil, pois eles são reversíveis de uma atividade para outra.

Os custos irrecuperáveis têm uma relação direta com as incertezas do mercado. As incertezas, presentes em atividades com altos custos afundados, são uma das razões da ocorrência de assimetria de risco. De acordo com Motta (2009, pp. 91-92), nessas atividades as perdas nos choques negativos são maiores do que os ganhos nos choques positivos. Deste modo, os investidores teriam um valor de opção para postergarem suas inversões para momentos de menor incerteza. Por outro lado, nos setores competitivos e com baixos custos irrecuperáveis ocorre o contrário, os ganhos nos momentos de expansão econômica seriam mais elevados do que as perdas na recessão. Assim, ocorreria um investimento excessivo na tentativa de capturar tais ganhos quando estes surgissem.

A própria existência do risco leva à incerteza quanto ao fluxo de receitas e de custos de uma atividade econômica. Nesse sentido, Motta (2009, p. 95) entende que “[...] a variação desses fluxos pode ser positiva ou negativa e pode também ser assimétrica, isto é, perdas no sinistro podem ser muito maiores que ganhos na não-ocorrência.” Portanto, uma alocação eficiente de risco deve ser aquela capaz de alocar o risco no agente econômico que controla o risco com menor custo. E esse custo será tão menor quanto mais completa for a informação a que tal agente tem acesso. É possível destacar, ainda, que o controle do risco terá menor custo quanto mais simétricos forem as perdas e os ganhos resultantes da ocorrência do risco.

Em relação à assimetria de informação, Church e Ware (2000, p. 831) verificam que, no caso em que o agente regulador não possui informações completas e perfeitas sobre o

mercado, as empresas podem atuar estrategicamente para aumentar seus lucros. Tais empresas teriam mais informações acerca dos custos, demanda ou possíveis efeitos de investimentos do que a autoridade reguladora. Nesse sentido, pelo fato de as firmas e o agente regulador possuírem objetivos distintos, as empresas podem elevar seus ganhos ao distorcer informações como, por exemplo, o verdadeiro valor de seus custos. Enfim, diante dessa problemática, a autoridade reguladora necessita construir um modelo de atuação que leve em consideração a assimetria de informação.

1.1.1.3 Perigo da captura

A partir do entendimento de questões como eficiência, custos irrecuperáveis, riscos, incertezas e assimetria de informação, o agente estatal deve estruturar a sua regulação de modo a priorizar a isenção da sua atuação e evitar o perigo da captura por interesses alheios. Motta (2009, pp. 97-98) ressalta que

[...] a governança regulatória será tão mais efetiva quanto menor for a assimetria de informação entre o regulador e o regulado. Isto é, quanto mais informação o regulador tiver do tipo e do desempenho do regulado e quanto mais isenção o regulador tiver para aplicar os princípios e normas regulatórias.

Em relação à isenção, verifica-se que a sua necessidade requer uma autonomia de decisão por parte do agente regulador para evitar a sua “captura” pelos interesses daqueles agentes regulados, ou mesmo pelo próprio governo, através de ações oportunistas e imediatistas.

Acerca do problema da “captura”, Fiani (1998, p. 21) verifica que em determinado momento da história o Estado, representado pelas autoridades reguladoras, deixou de ser visto como uma entidade cuja atuação econômica era essencialmente direcionada para o bem público. Desta maneira, tanto os legisladores encarregados de elaborar as normas que orientam a atividade regulatória, quanto os burocratas responsáveis pela implementação e fiscalização destas normas, estariam sujeitos a cooptação por parte de grupos de interesse, que teriam como objetivo lograr rendas extraordinárias. Estas abordagens do processo regulatório ficaram conhecidas como Teorias da Captura, pelo fato de analisarem as formas e as consequências da “captura” dos agentes reguladores estatais pelos interesses privados.

Quanto à autonomia de decisão das instituições reguladoras, percebe-se que ela é, em boa parte, determinada pelos mandatos dos diretores das agências e pelas decisões colegiadas.

Nesse sentido, o estímulo à transparência e à prestação de contas sistemática à sociedade por parte dos dirigentes dos órgãos é essencial para garantir a autonomia. Ademais, os vários estudos técnicos que contemplam os impactos regulatórios das decisões e as discussões por meio de consultas públicas mostram-se como meios pelos quais se procura incentivar o caráter autônomo e técnico das decisões.

1.1.1.4 Controle de entrada e saída

Salgado (2003, p. 19), explica que a criação de barreiras institucionais à entrada e à saída para os agentes no mercado, através dos mecanismos de concessão, é uma ferramenta fundamental para se garantir, em algumas situações, a eficiência produtiva. Desse modo, os contratos estabelecidos devem estipular prazos de duração da concessão e também disciplinar a saída de investidores do mercado, com intuito de se evitar prejuízos aos consumidores, como no caso de um monopolista que desiste de funcionar em determinado mercado, levando à não prestação de um serviço essencial à sociedade.

Outro ponto importante que deve ser considerado pelo regulador é que existe uma combinação de condicionantes econômicos e tecnológicos, que definem a forma de entrada de novos participantes nos setores de infraestrutura. Deste modo, determinados setores que são mais tecnologicamente dinâmicos, como é o caso das telecomunicações, permitem a presença de mais empresas atuando no mercado, ou seja, uma maior competição.² Por outro lado, outros setores, como o de saneamento básico, possuem um dinamismo tecnológico muito menor, o que leva a uma situação de monopólio natural. Em relação às diferenças entre mercados mais ou menos competitivos, Motta (2009, p. 99) entende que:

Condições de entrada com exclusividade de demanda são importantes para recuperação dos custos afundados em monopólios naturais. Já em ambientes competitivos, o controle de saída pode ser instrumento de controle de conduta anticompetitiva ao impor período de permanência de concorrentes em certos mercados para evitar formas de predação.

Quanto aos critérios de acesso a determinado mercado, Motta (2009, pp. 98-99) ressalta que as condições de entrada por meio de processos licitatórios devem ocorrer em ambiente competitivo, de maneira que o critério de escolha seja pelo menor valor da prestação do serviço. Além disso, os editais de licitação devem ser claros sobre as metas e regras de

² Este ponto será melhor analisado e exemplificado nos capítulos 2 e 3, nos quais poderá se constatar que as inovações tecnológicas e a convergência contribuem decisivamente para o aumento da competição no setor de telecomunicações.

ajustes das tarifas, evitando que as ofertas na licitação sofram desvios causados pela falta de informação e pela incerteza. Do mesmo modo, os contratos de concessão devem descrever abertamente os critérios para saída do mercado e os mecanismos de substituição do operador, com o objetivo de se evitar prejuízos quanto à continuidade da prestação do serviço.

1.1.2 Agências reguladoras

Para Godoy (2008, pp. 18-20), as agências reguladoras foram as formas institucionais encontradas pelo Estado para normatizar os setores de serviços públicos delegados a iniciativa privada e buscar o equilíbrio e harmonia entre o Estado, os consumidores e as empresas concessionárias. A regulação praticada por essas agências possui um papel fundamental no cumprimento dos preceitos constitucionais e de suma importância nos processos de desestatização.

No direito público as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, dotadas de natureza autárquica sob regime especial, com todas as independências inerentes a tal natureza. Deste modo, na situação de ente autônomo, não existe subordinação hierárquica da agência para com a entidade estatal à qual pertence, pois, se tal fato ocorresse, seria anulado o seu caráter autárquico. Na verdade, o que se verifica é uma mera vinculação à sua entidade matriz. A independência das agências é sustentada por cinco independências específicas: a decisória, de objetivos, de instrumentos, financeira e normativa. Em suma, essa situação é essencial para que o agente regulador possa desempenhar as suas funções básicas.

Ainda de acordo com Godoy (2008, pp. 23-24), as funções básicas das agências reguladoras são: fiscalizar, regular, mediar e arbitrar conflitos dentro de suas respectivas áreas de atuação. É possível citar ainda como competências dos entes reguladores: o controle de tarifas, buscando assegurar o equilíbrio econômico e financeiro; a universalização dos serviços; o fomento à concorrência; a fiscalização do cumprimento dos contratos; e o arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas. Enfim, as competências das agências podem ser caracterizadas em executivas, decisórias e normativas.

No início da década de 1990, um processo de transformação se iniciou na economia brasileira por meio da abertura econômica e de mudanças no papel do Estado. Modificações institucionais e privatizações de empresas estatais foram o principal motor desse processo. Segundo Pinheiro (2003, p. 2), o objetivo principal da reforma regulatória e do processo de privatização era atrair investimentos, de modo a reduzir o déficit público e aumentar a eficiência dos vários setores privatizados. Uma maior competição e a atuação dos agentes

privados eram a forma de se adequar as tarifas e elevar a eficiência dos mercados. Além disso, é possível somar o aumento dos investimentos, devido à maior capacidade dos agentes privados em obter crédito e também pelo fato de eles terem uma melhor capacidade administrativa e flexibilidade de decisões, desatreladas dos interesses do Governo, capazes de reduzir o custo dos investimentos.

No entanto, alguns mercados, principalmente os referentes aos setores de infraestrutura, não podiam ser deixados sem nenhuma forma de controle estatal. Nesse sentido, Ramalho (2009, p. 125) entende que

[...] a principal mudança no arranjo das funções e organização do Estado no Brasil foi o surgimento de estruturas autônomas de administração para os assuntos de regulação da economia, as agências reguladoras. Inaugurou-se, dessa forma, novo paradigma de intervenção estatal no domínio econômico, notadamente em setores de infraestrutura. Essas novidades institucionais alteraram significativamente o modus operandi regulatório, impondo novo padrão de relação do Estado com os agentes econômicos da sociedade capitalista brasileira.

Com base nesse novo modelo institucional instalado no Brasil, uma série de agências reguladoras foram criadas, atuando sobre diversos setores. Inicialmente, as primeiras agências eram destinadas a atuar nos setores de infraestrutura mais tradicionais, quais sejam o elétrico, o de telecomunicações e o de combustíveis fósseis (petróleo e gás). E, posteriormente, outros setores também receberam os seus órgãos reguladores, como o de saúde, transporte, cinema e aviação civil, totalizando dez agências reguladoras em uma década. O Quadro 1 relaciona as agências reguladoras criadas até o momento no Brasil.

Agência reguladora	Data de criação
Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.....	26/12/1996
Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.....	16/07/1997
Agência Nacional do Petróleo – ANP.....	06/08/1997
Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.....	26/01/1999
Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.....	28/01/2000
Agência Nacional de Águas – ANA.....	17/07/2000
Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.....	05/06/2001
Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ.....	05/06/2001
Agência Nacional de Cinema – ANCINE.....	06/09/2001
Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.....	27/09/2005

Quadro 1 – Agências reguladoras brasileiras

Fonte: Adaptado de DE PAULA; AVELLAR (2007, p. 4).

De acordo com Ramalho (2009, p. 140), em vários países ocorre uma tendência de

especialização dos agentes reguladores. No caso brasileiro, também é possível constatar tal situação, pois se percebe que as agências foram criadas para atuarem em setores econômicos específicos, regulando mercados setoriais.

Ainda segundo Ramalho (2009, p. 152), o modelo regulatório adotado no Brasil se constitui, na verdade, por uma significativa diversidade de desenhos institucionais, pois cada agência reguladora possui uma lei específica que lhe confere características próprias. Mas, de forma ampla, é possível identificar algumas características comuns entre as agências, conforme é apresentado no Quadro 2.

Característica	Descrição
Origem das agências	Reforma regulatória da década de 1990.
Atividades regulatórias	Regulamentação e normatização; permissão, autorização e licença; fiscalização e controle; definição de tarifas; imposição de sanções e penalidades.
Direção	Colegiada, com um presidente.
Nomeação	Indicação pelo presidente da República, com sabatina no Senado.
Escolha do presidente	Presidente da República.
Decisões sobre matéria regulatória	Por maioria, em regime colegiado.
Independência técnica e decisória	Baseada no mandato fixo estável e na autonomia administrativa e financeira.
Procedimentalização	Previsões gerais na Lei do Processo Administrativo (Lei no 9.784/1999). Tendência à superprocedimentalização.
Audiências e consultas públicas	Diferentes previsões para realização pelas agências.
Controle pelo Executivo e Legislativo	Ministérios supervisores com poucas condições para o acompanhamento. Eventuais convites aos dirigentes para participação em comissões do Congresso. Envio formal de relatório de gestão ao Tribunal de Contas da União – TCU.
Revisão externa dos atos	Possibilidade de revisão pelo Judiciário.
Relação com defesa da concorrência	Relação prevista para determinadas agências.
Reclamações dos agentes e cidadãos	Ouvidorias em algumas agências recebem e encaminham as reclamações aos dirigentes.

Quadro 2 – Características do desenho institucional das agências reguladoras brasileiras

Fonte: RAMALHO (2009, pp. 152-153).

Em suma, o surgimento das agências reguladoras foi resultado da necessidade do Estado brasileiro de manter o controle sobre os mercados, especialmente os de importância estratégica para o país e que tinham acabado de passar por processos de privatização. A

atuação das agências, como a ANATEL³, tem apresentado bons resultados, como a universalização e melhoria dos serviços prestados, o aumento da concorrência e a garantia dos direitos dos usuários.

1.2 Política Antitruste

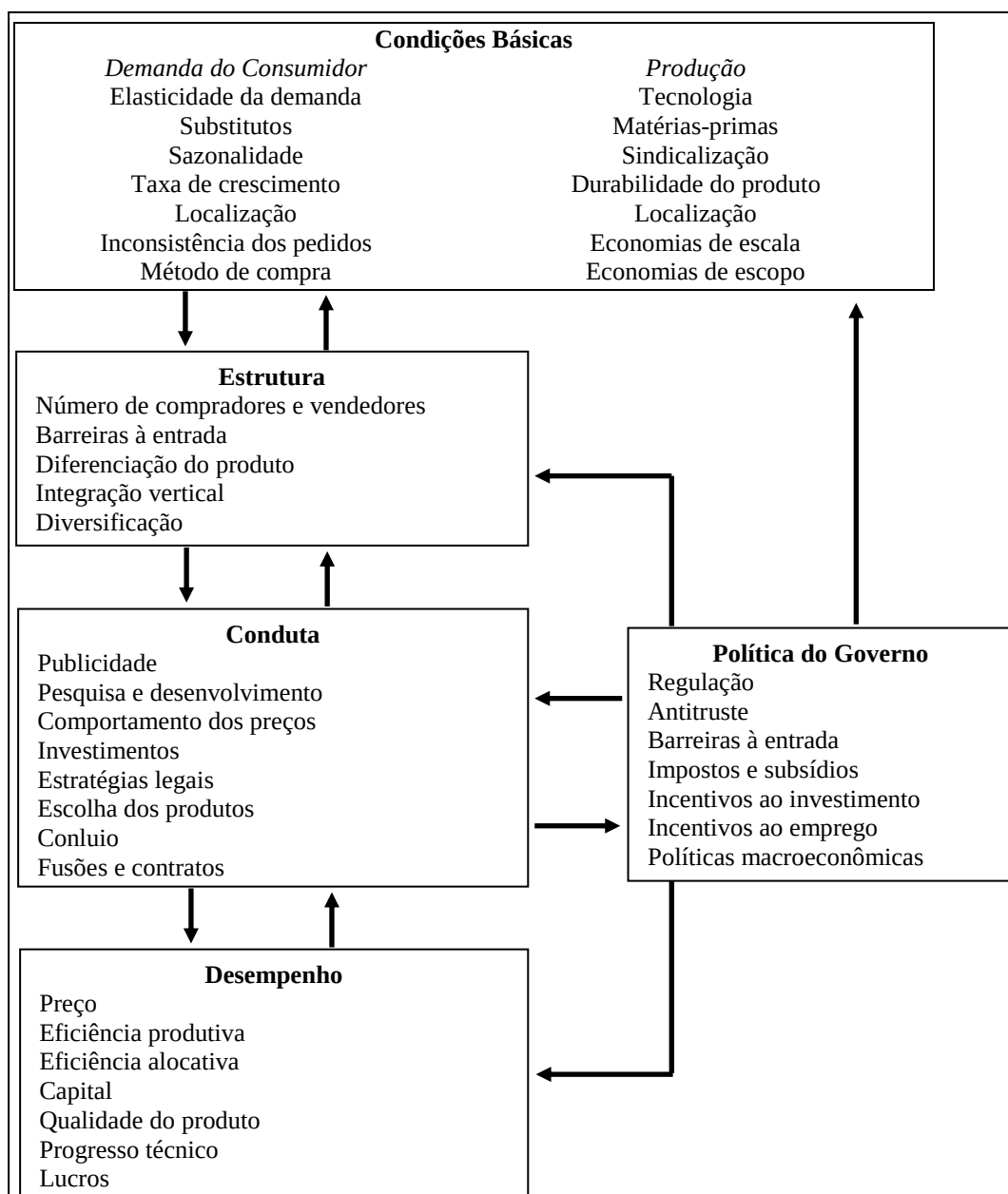
O principal modelo de organização industrial inicialmente utilizado pela política antitruste foi o baseado na abordagem Estrutura-Conduta-Desempenho (e-c-d). Ele foi elaborado por Edward S. Mason por volta dos anos 30 em Harvard e, posteriormente, a partir da década de 50, desenvolvido por outros autores. Durante o período de 1950 a 1960, um dos trabalhos mais importantes foi o de Joe S. Bain, no qual ele realiza um estudo sobre os elementos que fazem parte do modelo e-c-d. O autor procura explicar o desempenho a partir da estrutura do mercado ou setor industrial, construindo uma análise sobre as barreiras à entrada. Outro trabalho importante, ainda no referido período, foi o de Carl Kaysen e Donald F. Turner, no qual são adequadas as ideias de Joe S. Bain à perspectiva antitruste.⁴

De acordo com Carlton e Perloff (2000, pp. 2-3), o sucesso de uma indústria na produção de bens (desempenho) depende do comportamento das empresas (conduta), que por sua vez depende de fatores determinantes da concorrência de um determinado mercado (estrutura). O Quadro 3, apresentado a seguir, demonstra as relações entre estrutura, conduta e desempenho e como as condições básicas do mercado e a política governamental interagem com os demais elementos.

Com base no Quadro 3, percebe-se que as interações apresentadas são relativamente complexas, pois os vários elementos relacionados interagem constantemente entre si. Nesse sentido, segundo Scherer e Ross (1990), existem efeitos de *feedback*, nos quais condutas podem alterar a estrutura do mercado, que, por consequência, pode modificar as condições básicas desse mercado. Ou ainda, a conduta pode influenciar a política do governo, que, por sua vez, pode alterar as condições básicas do mercado. Exemplos de tais situações podem ser políticas de preços que encorajam a entrada de novas empresas ou determinam a expulsão de outras, alterando a estrutura do mercado. Também é possível haver investimentos pesados em P&D que resultariam em alterações dos custos das empresas, da diferenciação dos produtos ou ainda da tecnologia utilizada.

³ A ANATEL será melhor caracterizada no capítulo 2 e analisada ao longo dos demais capítulos.

⁴ O principal trabalho para a teoria antitruste de Joe S. Bain foi publicado em 1956, denominado *Barriers to New Competition: their character and consequences in manufacturing industries*. E o trabalho de Carl Kaysen e Donald F. Turner foi lançado em 1959, chamado *Antitrust Policy: an economic and legal analysis*.



Quadro 3 – Estrutura, conduta e desempenho

Fonte: CARLTON; PERLOFF (2000, p. 4).

Durante os anos 70 e 80, as grandes empresas investiram de maneira significativa para o desenvolvimento da pesquisa econômica na área do antitruste. Foi nesse cenário que surgiram críticas consistentes contra as ideias do modelo e-c-d. A chamada Escola de Chicago foi a mais importante linha de pensamento que se opôs à perspectiva harvardiana. Dentre seus pensadores, pode-se destacar Richard A. Posner, George J. Stigler, Robert H. Bork. Esses autores trouxeram para o mundo antitruste uma nova forma de se analisar as relações econômicas, criticando incisivamente os ditames de Harvard e trazendo para a análise

antitruste instrumentos que levariam a um único e principal objetivo: a eficiência alocativa do mercado. As críticas em relação às restrições verticais e ao poder de mercado apresentadas por Chicago causaram uma grande mudança nas ações das autoridades antitruste. Estas sempre analisaram os casos com base no modelo de concorrência perfeita, mas, com as novas ideias trazidas por Chicago, surgiu a possibilidade de aceitação da maximização do bem-estar do consumidor a partir de ações anteriormente consideradas ilegais.

Segundo Salgado (1997, p. 50), paralelamente à perspectiva de Chicago, consolidou-se a abordagem sobre os Custos de Transação, impulsionada pelos trabalhos de Oliver E. Williamson. Este autor, inspirado nas proposições de Ronald Coase, publicou em 1975 o trabalho denominado *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, que fornecia explicações para as várias relações econômicas vistas anteriormente com certa suspeição pelas autoridades antitruste. Para Williamson, algumas ações que eram interpretadas como tentativas de manter ou aumentar o poder de mercado, na verdade eram realizadas com o objetivo de se reduzir os custos de transação, devido à alta especificidade e à complexidade das transações. O autor trouxe duas contribuições importantes. Primeiro, auxiliou na compreensão de certas formas de organização não-padronizadas, como os contratos de restrição vertical, as *joint ventures*, as franquias. Segundo, por meio de um modelo simples de equilíbrio parcial, ele calculou o *trade-off* entre os aumentos de preços provenientes do poder de monopólio causado por uma fusão e a redução de custos gerada por economias de escala. O resultado foi que pequenas reduções nos custos são suficientes para contrapor aumentos de preços significativos.

Em linhas gerais, é possível identificar que o fim último das políticas antitruste é a melhoria dos serviços e bens oferecidos pelas empresas, tornando-os mais baratos e de melhor qualidade. Salgado (1995, p. 2) afirma que “[...] o bem estar econômico deve ser o objetivo da política antitruste e que este é obtido através da elevação da eficiência do sistema econômico.” Nesse sentido, percebe-se que melhorias nos produtos e serviços oferecidos pelas empresas estão diretamente relacionadas com aumentos de eficiência em suas três facetas (alocativa, produtiva e tecnológica). No entanto, antes de se falar em eficiência, é necessário entender qual é o mundo econômico no qual as empresas e consumidores atuam.

Para o pensamento antitruste tradicional, esse mundo ainda é muito atrelado à ideia de concorrência perfeita, ou seja, empresas que utilizam a mesma tecnologia e que concorrem no mercado via disputa de preços. Nesse mundo perfeito, o nível máximo de eficiência seria atingido e os consumidores gozariam de todo o bem estar possível. Entretanto, a realidade é bem diferente, os mercados são organizados predominantemente sob a forma de oligopólios.

Inicialmente, pode-se afirmar que esse tipo de estrutura de mercado contribui fortemente para a redução da competição por preços, mas a concorrência originada das disputas entre oligopolistas pode se tornar a mesma necessária para atingir os objetivos das políticas antitruste. Aquela que propicia mudanças, ligada à estratégia das firmas que disputam mercados, que tentam oferecer produtos de melhor qualidade, mais baratos, com maior variedade. Os oligopólios tornam possíveis os investimentos em tecnologia e novos métodos de gestão, que contribuem para aumentos de produtividade e eficiência. Enfim, a concorrência que o mundo antitruste efetivamente procura pode ser a do oligopólio, ou seja, aquela que busca a inovação para os mercados.

Por outro lado, as autoridades antitruste têm que manter certa vigilância sobre esses mercados, pois são neles que ocorrem as práticas que restringem a concorrência e se enquadram na legislação antitruste. Nas estruturas oligopolistas é que ocorrem as práticas colusivas anticompetitivas e os abusos de posição dominante. Os oligopolistas são os agentes que podem praticar ações que resultam em prejuízos para os concorrentes e os consumidores. Da mesma forma que eles são capazes de gerar benefícios para os mercados, eles também são capazes de trazer a ineficiência e a redução do bem estar econômico. Desta forma, segundo Salgado (1995, p. 5), “[...] a política antitruste deve, em síntese, coibir os aspectos viciosos da organização oligopolista e estimular os aspectos virtuosos da expansão da capacidade produtiva e a inovação de processos e produtos.”

É no mundo econômico, predominantemente oligopolista, que as autoridades de defesa da concorrência tentam prevenir e coibir as práticas anticompetitivas. Para tanto, elas se utilizam de certos conceitos e definições que podem ser concatenados como passos a serem seguidos em uma análise antitruste. De maneira geral, eles são divididos em três etapas, iniciando-se com a definição do mercado relevante. Em seguida, são analisadas as condições para o exercício de poder de mercado. E, por último, são estudadas as eficiências econômicas resultantes da conduta ou operação.

1.2.1 Conceitos da Política Antitruste

Nas análises de defesa da concorrência, alguns conceitos são fundamentais para a compreensão da diversidade de situações que se submetem ao crivo das autoridades antitruste. Desse modo, são apresentados a seguir os principais conceitos que norteiam os estudos e análises antitruste.

1.2.1.1 Regra da razão e análise *per se*

Nas decisões dos tribunais dos Estados Unidos foi introduzido um método que criava uma válvula de escape para as situações em que, apesar de ocorrer uma restrição da concorrência, os resultados eram positivos, isto é, geravam aumentos de eficiência nos mercados. Tal método era a regra da razoabilidade ou *rule of reason*. Ela tem origem na jurisprudência da Suprema Corte, principalmente entre as discussões do Juiz Peckham, que reconhecia como ato ilícito qualquer restrição da concorrência, e do Juiz White, que acreditava na licitude de práticas que, apesar de restringirem a concorrência de forma não razoável, gerassem efeitos positivos. O grande problema do *Sherman Act* era que ele descrevia, em seu art. 1º, como ilegal qualquer prática restritiva do comércio ou tráfico entre os Estados ou outros países. A *rule of reason* foi a grande solução para esse entrave da lei Sherman. Para Forgioni (2005, p. 210) essa regra pode ser entendida como

[...] o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma “não razoável”. Percebe-se, portanto, que a aplicação da regra da razão pode dar ensejo a uma análise caso a caso, mas com ela não se confunde.

Desta forma, percebe-se que estariam sujeitas à regra da razão as práticas que causassem restrições à concorrência de forma indireta e não àquelas, como a fixação de preços, que agissem diretamente sobre os mercados.

No entanto, a regra da razoabilidade gerava custos muito altos para o judiciário, pois demandava análises muito extensas em cada processo. A abordagem *per se* foi a resolução encontrada para esse empecilho. A explanação para a regra *per se* é encontrada no voto do Juiz Scalia da Suprema Corte dos EUA no caso entre *Eastman Kodak Company* e *Image Technical Services*, no qual ele explica que as regras *per se* da ilegalidade antitruste são reservadas para aquelas situações em que a lógica e a experiência mostram que o risco de prejuízo a concorrência a partir do comportamento do réu é tão marcante que é desnecessário e um desperdício conduzir um inquérito judicial habitual no balanço entre os benefícios do comportamento pró-competitivo e os seus custos anticompetitivos.

Ademais, é importante ter em mente a ressalva de Mello (2002, p. 499) de que a regra *per se* não é incongruente com a análise econômica, principalmente a que está relacionada com as eficiências geradas. Ela é somente um método utilizado para a economia de custos em ações judiciais, cuja prática restritiva é não razoável.

1.2.1.2 Mercado relevante

A definição do mercado relevante é etapa essencial nas análises antitruste, pois é nesse espaço econômico delimitado que se pode verificar a possibilidade da atuação anticompetitiva pelos agentes. Nas palavras de Possas (1996, p. 1):

O conceito de mercado relevante é crucial para a análise dos efeitos anticompetitivos potenciais de operações que impliquem concentração de mercado e/ou condutas praticadas por empresas que se supõe detentoras de poder de mercado [...]

De acordo com *Horizontal Merger Guidelines* do *Department of Justice* (DOJ) e da *Federal Trade Commission* (FTC) dos Estados Unidos (DOJ; FTC, 2010, p. 7), a definição de mercado desempenha duas funções. Em primeiro lugar, ela ajuda a especificar a abrangência comercial e a parte do país no qual surge a preocupação com a concorrência. Nesse sentido, as agências antitruste normalmente procuram identificar um ou mais mercados relevantes em que a concentração pode diminuir substancialmente a concorrência. Em segundo lugar, essa definição permite que tais agências possam identificar os participantes, as participações e as concentrações do mercado.

Segundo o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), pertencente ao Ministério da Fazenda, e da Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça (SEAE; SDE, 2001, p. 9), “[...] o mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços que o compõem e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável”. A partir dessa primeira conceituação, percebe-se que o mercado relevante deve ser definido em termos de produtos ou serviços que podem ser oferecidos e em relação à área na qual eles serão ofertados. Ainda no mesmo diploma (SEAE; SDE, 2001, p. 9) é apresentada uma melhor definição:

[...] o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços.

Quando é mencionado um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preço, se introduz também a ideia da dimensão temporal na delimitação do mercado relevante.

Assim, para a delimitação do mercado relevante, devem ser consideradas a

substituibilidade da demanda (produto, geográfica e temporal) e a substituibilidade da oferta. Pelo lado da demanda, para determinação da dimensão do produto, Scherer e Ross (1990) apresentam três métodos. O primeiro é feito através da estimação das elasticidades cruzadas da demanda. Esse método avalia percentualmente qual a variação da quantidade demandada de um produto, em resposta a uma variação de um ponto percentual no preço de outro. A elasticidade pode ser obtida pela expressão:

$$E_{ij} = \frac{(\Delta Q_i / Q_i)}{(\Delta P_j / P_j)} \quad (1)$$

Na equação, $(\Delta Q_i / Q_i)$ é a variação proporcional da quantidade demandada do produto i e $(\Delta P_j / P_j)$ é a variação proporcional do preço do bem j . A partir dos resultados, verifica-se que se o valor obtido for maior que uma unidade, os produtos são bons substitutos e, quanto maior esse valor, maior será a substituibilidade entre eles. Desta forma, esses produtos devem ser incluídos em um mesmo mercado relevante. Por outro lado, se o resultado estiver entre zero e um, significa que eles não são bons substitutos entre si e que não devem ser incluídos em um mesmo mercado.

O segundo método que pode ser usado é o que utiliza a variação dos preços dos produtos ao longo do tempo. Ele é chamado de *price correlation over time* ou correlação de preços ao longo do tempo e é calculado pela seguinte expressão:

$$\Gamma_{ij} = \frac{Cov(p_i, p_j)}{(\sigma_i \times \sigma_j)} \quad (2)$$

onde $Cov(p_i, p_j)$ é a covariância entre os preços dos bens i e j e $(\sigma_i \times \sigma_j)$ é a multiplicação dos desvios-padrão dos preços dos bens i e j . Com base nos resultados, verifica-se que, caso o coeficiente apresente um valor elevado, presume-se que os produtos estão incluídos no mesmo mercado relevante.

Por último, o terceiro método é o teste do “monopolista hipotético”. Esse método é o mais utilizado pelas autoridades antitruste e o que recebe maior ênfase no Guia Para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE e da SDE, que também menciona os outros dois métodos, mas apenas em uma nota de rodapé. Segundo o Guia (SEAE; SDE, 2001, p. 9), o teste consiste em considerar, no caso dos produtos, qual seria o resultado final de um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços por um suposto monopolista. Caso o resultado não se mostre rentável para o monopolista hipotético, deve-se adicionar o substituto mais próximo do produto em questão. Essa sistemática deve ser repetida até que seja identificado um grupo de produtos, sobre os quais seja economicamente

interessante ao suposto monopolista realizar um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços. Esse será o mercado relevante para a dimensão do produto.

O *Horizontal Merger Guidelines* (DOJ; FTC, 2010, pp. 9-10) ressalva que grupos de produtos podem satisfazer o critério do monopolista hipotético, sem, contudo, incluir toda a gama de substitutos a partir dos quais os clientes podem escolher. O teste do monopolista hipotético pode identificar um grupo de produtos como sendo um mercado relevante, mesmo que os clientes possam, em resposta a um aumento de preços, significativamente optar por outros produtos substitutos fora desse grupo de produtos representativo do mercado. Esse teste garante que os mercados não estão definidos de forma demasiadamente restritiva, mas não leva a um único mercado relevante. Ademais, as agências antitruste buscam analisar uma concentração em qualquer mercado que satisfaça o teste, guiados pelo princípio geral de que os objetivos da definição do mercado e de seus participantes são de iluminar a avaliação dos efeitos concorrenciais.

Na delimitação da dimensão geográfica do mercado relevante, também pode ser utilizado o teste do monopolista hipotético. Da mesma forma como foi feito para os produtos, em relação à área geográfica do mercado, o guia brasileiro para análise de concentrações horizontais supramencionado (SEAE; SDE, 2001, pp. 9-10) questiona, para uma área específica na qual as empresas atuam, qual seria o resultado final de um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços por um suposto monopolista. Se o resultado obtido não for economicamente atraente ao monopolista hipotético, deve-se incluir a região mais próxima que possa substituir a produção da empresa em questão. Esse exercício deve ser repetido até que se encontre a menor área possível na qual seja economicamente rentável ao suposto monopolista impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços.

Ao se tratar da dimensão temporal para a definição de mercado relevante, é importante ter em mente que, quanto maior for o lapso temporal delimitado para se estudar a reação do lado da oferta e do lado da demanda, maior será o mercado relevante. Da mesma forma, quanto menor o espaço de tempo, menor será o mercado delimitado. Para o guia brasileiro (SEAE; SDE, 2001, pp. 9-10), o espaço de tempo ideal para uma análise é não inferior a um ano.

Segundo o *Horizontal Merger Guidelines* (DOJ; FTC, 2010, p. 10), as autoridades de defesa da concorrência procuram aplicar o “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços a partir de preços que provavelmente prevaleceriam na ausência da concentração. Se eles não são suscetíveis a alteração, na ausência das concentrações, os

preços de referência podem ser razoavelmente considerados como os que eram praticados antes da operação. Se eles são suscetíveis a alteração, na ausência do ato de concentração, por exemplo, por causa da inovação ou da entrada de novos concorrentes, as agências antitruste podem utilizar os preços futuros como a referência para o teste. Caso ainda os preços possam cair na ausência da concentração, devido à quebra de coordenação pré-operação, as agências podem optar por esses valores mais baixos. Por outro lado, em alguns casos, dependendo das técnicas empregadas pelas autoridades na implementação do teste do monopolista hipotético, se torna desnecessário especificar os preços de referência.

Outro ponto importante destacado pelo guia dos EUA (DOJ; FTC, 2010, p. 10), é que a magnitude do "pequeno porém significativo" aumento de preço, compatível com uma perda significativa da concorrência causada pela concentração, depende da natureza da indústria e das posições das empresas no mercado. Portanto, dependendo da situação, as autoridades podem utilizar variações de preços maiores ou menores que cinco por cento.

Para a complementação da delimitação do mercado relevante, ainda é necessário levar em consideração a substituíbilidade da oferta. Conforme o já mencionado guia brasileiro para análise de concentrações horizontais (SEAE; SDE, 2001, p. 10),

[...] poderão ser considerados como participantes do mercado os produtores potenciais de curto prazo, isto é, empresas que não produzem atualmente, mas que podem passar a produzir em resposta a um 'pequeno porém significativo e não transitório aumento' dos preços, em um período não superior a um ano e sem a necessidade de incorrer em custos significativos de entrada ou de saída.

Desta feita, é preciso identificar e incluir no mercado delimitado os ofertantes potenciais, ou seja, as empresas que podem redirecionar a sua produção para o mercado em questão em um curto espaço de tempo, incorrendo em custos reduzidos.

1.2.1.3 Poder de mercado

O conceito de poder de mercado é fundamental para a política antitruste. É importante ressaltar, inicialmente, que a mera posse do poder de mercado não é considerada um ilícito concorrencial. Dentro da análise de um caso, verifica-se a possibilidade do poder de mercado ser suficientemente elevado para que determinado agente possa praticar uma ação anticompetitiva. Nesse sentido, o grau do poder de mercado de determinada empresa varia dependendo do contexto da investigação e, em muitos casos, ele depende de fatores

qualitativos. Ademais, para Possas (1996, p. 10),

[...] as assimetrias de poder econômico são tão freqüentes e “naturais” no mundo real e turbulento da concorrência nos mercados capitalistas (em contraste com a imagem pacífica e homogênea difundida pelos manuais de Microeconomia, que destilam a visão ortodoxa) quanto é indispensável o recurso a leis e agências reguladoras e disciplinadoras dessa mesma concorrência.

O poder de mercado pode ser entendido como a capacidade das empresas de elevar e manter preços acima do preço competitivo por períodos significativos, com o objetivo de auferir lucros acima do normal. O poder de mercado também pode ser usado para determinar outros fatores, como a quantidade produzida, a qualidade dos serviços e produtos, a variedade, o ritmo das inovações, sempre com o intuito de restringir a concorrência. Por esse motivo que a identificação e a mensuração do poder mercado das empresas são tão importantes para a análise antitruste.

Segundo Kaplow e Shapiro (2007, p. 3), os manuais de Microeconomia distinguem as empresas entre tomadoras de preços e aquelas com algum poder de fixar preços, ou seja, com algum poder de mercado. Essa distinção se refere à curva de demanda com que essas empresas se deparam. Em uma situação bem simples, onde uma única firma vende um único produto, podemos usar P para representar o preço que a empresa recebe pelo produto, X para a quantidade vendida e $X(P)$ para a curva de demanda, com $X'(P) \leq 0$. De modo mais conveniente, é possível utilizar a curva de demanda inversa, isto é, $P(X)$. Dessa maneira, uma firma tomadora de preços tem a seguinte curva de demanda: $P(X) = P$, onde, independentemente de X , essa empresa não tem controle sobre o preço, considerando determinado intervalo de produção. Por outro lado, uma firma com poder de mercado pode elevar ou reduzir o preço, aumentando ou diminuindo a sua produção: $P'(X) < 0$, no intervalo de produção em questão.

Desta feita, uma empresa tem poder de mercado técnico quando enfrenta uma curva de demanda inclinada para baixo (e não horizontal). O Gráfico 2 representa a existência ou não de poder de mercado técnico.

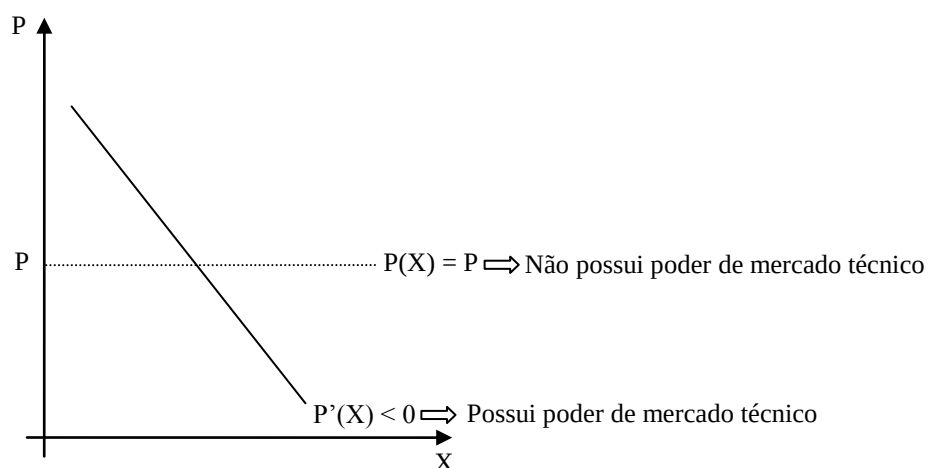


Gráfico 2 – Poder de mercado técnico

Fonte: Elaboração própria.

Na prática, quase todas as empresas têm algum grau de poder de mercado técnico. Portanto, diante da quase onipresença desse poder, da impossibilidade de eliminá-lo completamente e dos custos inerentes a qualquer intervenção antitruste, o simples fato de uma empresa gozar de tal situação acaba por não ser muito útil para a defesa da concorrência. No entanto, em uma análise antitruste, ao se constatar a existência de poder de mercado técnico, infere-se também que o grau de poder de mercado existente, ou o aumento dele acima de determinado limite, varia com o tipo de conduta em apreço e que, na maioria dos casos, ele não está claramente especificado. Por isso, além dos meios técnicos para mensuração do poder de mercado, isto é, por meio da determinação da margem entre preço e custo ou pela elasticidade da demanda de uma empresa, também é possível verificar a existência do poder de mercado por meio da análise do comportamento do agente.

1.2.1.4 Participações e concentrações de mercado

O *Horizontal Merger Guidelines* (DOJ; FTC, 2010, p. 15) introduz a importância das participações e concentrações de mercado, mencionando que as autoridades antitruste normalmente consideram essas medidas como parte da avaliação dos efeitos sobre a concorrência. Elas analisam a participação e concentração de mercado das empresas em conjunto com outros elementos de prova razoavelmente disponíveis e confiáveis, com a finalidade última de determinar se uma concentração pode reduzir substancialmente a concorrência.

As quotas de mercado influenciam diretamente os incentivos das empresas em

competir. Por exemplo, uma redução de preços para ganhar novos clientes pode ser mais facilmente adotada por uma empresa com grande presença no mercado do que por outra com pequena participação. Ademais, uma empresa com uma grande quota do mercado pode não sentir pressão para diminuir seus preços, quando um rival menor realiza tal redução. Outro ponto importante seria a pressuposição de que uma empresa com uma grande participação de mercado seria capaz de expandir a sua produção mais rapidamente, em termos de valor absoluto, do que uma empresa de pequeno porte.

Em relação aos participantes de determinado mercado relevante, entende-se que todas as empresas que auferem qualquer tipo de receita em determinado mercado relevante são consideradas participantes deste mercado. Aquelas empresas que atualmente não estão obtendo receitas nesse mercado, mas que se comprometeram a entrar num futuro próximo, também são consideradas participantes do mercado. As empresas integradas verticalmente, por sua vez, são incluídas na medida em que a sua inclusão reflete a sua significância competitiva.

Ainda segundo o *Horizontal Merger Guidelines* (DOJ; FTC, 2010, pp. 16-17), a determinação das concentrações e participações de mercado são normalmente baseadas em evidências históricas. As mudanças recentes ou em curso nas condições de mercado podem indicar que a atual quota de mercado de determinada empresa pode subestimar ou superestimar a verdadeira capacidade competitiva dessa empresa num futuro próximo. Desse modo, as autoridades consideram os efeitos dessas mudanças, recentes ou em curso, das condições de mercado para o cálculo e interpretação dos dados. Pode-se citar, por exemplo, o caso de uma nova tecnologia que é fundamental para viabilizar a concorrência no longo prazo e que está disponível para quase todas as empresas do mercado, exceto para uma firma em particular. Nesse sentido, as autoridades podem concluir que a atual participação de mercado dessa empresa superestima a sua verdadeira importância competitiva no futuro. Em seu turno, as agências de defesa da concorrência podem projetar as quotas de mercado futuras, desde que seja possível inferi-las de maneira confiável.

Os critérios utilizados pela SEAE e a SDE para identificar se a concentração de mercado pode ser prejudicial à concorrência, primeiramente, passam pela constatação de que “[...] uma concentração gera controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício unilateral do poder de mercado sempre que resultar em uma participação igual ou superior a 20% do mercado relevante (art. 20, §2º, da Lei nº 8.884/94).” (SEAE; SDE, 2001, p. 11) Em seguida, uma concentração poderá viabilizar o exercício coordenado de poder de mercado quando “[...] a concentração tornar a soma da participação de mercado das

quatro maiores empresas (C_4) igual ou superior a 75% [...]” e quando “[...] a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 10% do mercado relevante.” (SEAE; SDE, 2001, p. 11)

O índice de concentração C_4 , indicado pelo Guia Para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE/SDE, mede a participação das maiores firmas no mercado. No caso, são consideradas as quatro maiores empresas e variáveis como a capacidade produtiva, o volume de vendas ou o valor das vendas. Esse guia sugere que, para a determinação da parcela de mercado em produtos homogêneos, a capacidade produtiva seria a melhor variável a ser utilizada e, para produtos diferenciados, os indicadores baseados no valor das vendas seriam os mais adequados. O *Horizontal Merger Guidelines* (DOJ; FTC, 2010, p. 17) entende que, na maioria dos contextos, as medidas de participação de cada empresa no mercado devem ser feitas com base em suas receitas reais ou projetadas dentro de determinado mercado relevante. Isto se deve ao fato de que as receitas tendem a ser a melhor medida de competitividade das empresas, já que refletem a verdadeira capacidade das firmas de superar todos os obstáculos necessários para oferecerem produtos em condições que sejam atraentes para os clientes.

O C_4 pode ser calculado pela seguinte expressão:

$$C_n = \sum_{i=1}^n P_i \quad (3)$$

onde o n é o número de firmas e P_i é a participação da firma no mercado.

Sobre esse índice, Kon (1999, p. 61) afirma:

[...] embora a presença ou desaparecimento de firmas pequenas possa ter efeitos sobre a competição da indústria, a relação C não é capaz de revelar essas transformações. Outra limitação da medida está no fato de não levar em conta o número total de firmas na indústria, não revelando a distribuição relativa dos tamanhos, seja entre as maiores, entre estas e as remanescentes, ou entre estas últimas.

Outro índice importante na mensuração da concentração de mercado é o índice de Herfindahl-Hirschman (HHI). Ele é definido pelo somatório do quadrado da participação de cada empresa em relação ao mercado, considerando todas as empresas que participam do mercado. Ele é calculado pela expressão:

$$HHI = \sum_{i=1}^n P_i^2 \quad (4)$$

onde o n é o número de firmas e P_i é a participação da firma no mercado. Ao elevar cada

participação ao quadrado, esse índice atribui um peso maior para aquelas empresas detentoras de maior parcela do mercado. Desta forma, quanto maior o valor do HHI, maior será a concentração no mercado delimitado e maiores os riscos à concorrência.

O índice HHI é o adotado pelo *Horizontal Merger Guidelines* dos Estados Unidos. Esse guia (DOJ; FTC, 2010, p. 19) divide os resultados do índice em três faixas, considerando os cálculos das participações de mercado medidas em base 100, o que gera valores entre 0 e 10.000. Desta forma, a primeira faixa vai de 0 até 1.500, que seriam considerados mercados não concentrados. Nesta faixa, não existem preocupações em relação à concorrência quanto um possível ato de concentração. A segunda faixa vai de 1.500 até 2.500, que seriam os mercados moderadamente concentrados. Aqui ocorrem preocupações quanto a danos à competição somente se o aumento do índice for maior ou igual a 100 pontos em comparação ao valor antes da operação. E por último, a terceira faixa que engloba valores maiores que 2.500, que corresponderiam aos mercados altamente concentrados. Nesta faixa, existe considerável preocupação quanto a prejuízos à concorrência, quando o aumento no índice for entre 100 e 200 pontos, comparando ao valor pré-fusão. Para aumentos maiores que 200 pontos, será presumida a possibilidade do aumento do poder de mercado. Essa presunção pode ser ilidida por prova convincente, mostrando que a fusão não reforça o poder de mercado.

Finalmente, o guia norte-americano (DOJ; FTC, 2010, p. 18) ressalva ainda que as autoridades antitruste devem dar mais peso à concentração do mercado, quando as participações de mercado mantiveram-se estáveis ao longo do tempo, especialmente em face de mudanças históricas nos preços relativos ou nos custos. Se uma empresa manteve a sua parcela de mercado, mesmo após o seu preço ter aumentado em relação ao dos seus rivais, essa firma já enfrenta limitada pressão concorrencial, o que torna menos provável que os seus rivais restantes venham a substituir a competição perdida, caso um deles seja eliminado devido a uma fusão. Em contrapartida, mesmo um mercado altamente concentrado pode ser muito competitivo, se as quotas de mercado variarem substancialmente em curtos períodos de tempo. No entanto, se a concorrência de uma das empresas participantes do ato de concentração tem contribuído significativamente para essas flutuações, as autoridades devem analisar a possibilidade da operação aumentar o poder de mercado, combinando essa empresa com um de seus rivais mais significativos.

1.2.1.5 Probabilidade do exercício do poder de mercado

Na análise da probabilidade do exercício do poder de mercado, as autoridades de defesa da concorrência analisam vários fatores que afetam diretamente a concorrência interna e externa dentro de determinado mercado relevante. Dentre esses fatores, é possível citar a questão da rivalidade entre as empresas, as importações, a atuação de empresas com significativo poder de compra e a possibilidade de entrada nesse mercado.

Para a análise da competição interna, pode-se proceder com o estudo sobre a efetividade da rivalidade no mercado relevante delimitado. A competição entre as firmas rivais já instaladas e a resultante da operação pode reduzir as chances da nova firma exercer poder de mercado. Segundo o mencionado guia para análise de atos de concentração horizontal das autoridades brasileiras (SEAE; SDE, 2001, p. 14),

Esta situação é provável em contextos em que empresas estabelecidas tenderiam a adotar condutas agressivas para aumentar sua participação de mercado como reação ao exercício do poder de mercado pela empresa resultante da operação.

Em termos de competição externa, a constatação da efetividade ou da possibilidade de importações é essencial para verificar se ocorrerá a possibilidade de exercício do poder de mercado pela empresa foco da análise antitruste. A determinação do preço que possibilita uma maior participação das importações no mercado estudado é essencial, pois caso a distância entre o preço cobrado no mercado relevante antes da fusão e o preço que torna a oferta das importações elástica seja muito grande, poderá existir espaço suficiente para que a nova empresa exerça poder de mercado, elevando os preços até o valor de importação. Ademais, a probabilidade da entrada das importações no mercado está condicionada a certos fatores como os custos de importação do produto (tarifas e transporte), os custos de distribuição, a capacidade ociosa das empresas estrangeiras, as preferências dos consumidores, a existência de contratos de exclusividade entre empresas estrangeiras e importadores locais e o grau de abertura da economia. Enfim, para a confirmação das importações como uma solução para se evitar efeitos anticompetitivos, o guia brasileiro (SEAE; SDE, 2001, p. 12) sugere que “[...] será considerado o período de um ano e importações equivalentes a pelo menos 30 % do valor do consumo aparente [...]”. Por consumo aparente entende-se o resultado da soma da produção total com a diferença entre as importações e as exportações do mercado relevante delimitado ($\text{Consumo Aparente} = \text{Produção Total} + \text{Importações} - \text{Exportações}$).

Segundo o *Horizontal Merger Guidelines* (DOJ; FTC, 2010, p. 27), os agentes com significativo poder de compra, compradores poderosos (*powerful buyers*), podem influir diretamente sobre concorrência, já que são capazes de negociar condições favoráveis com os fornecedores. Tais condições podem significar custos menores para esses compradores, mas também podem refletir a discriminação de preços em seu favor. É fundamental perceber que as autoridades antitruste devem considerar a possibilidade desses compradores poderosos poderem limitar o poder de mercado de empresas vendedoras participantes de um ato de concentração, ou seja, a inibição da capacidade de aumentar os preços por parte dessas firmas vendedoras. Isso pode ocorrer, por exemplo, se os compradores poderosos têm a capacidade e o incentivo de realizar uma integração vertical a montante ou se a conduta ou a presença de grandes compradores mina efeitos de ações coordenadas.

No entanto, as autoridades não presumem que a presença de compradores poderosos somente previne efeitos concorrenciais adversos decorrentes da operação. Elas também verificam que mesmo que os compradores possam negociar condições favoráveis, eles podem ser prejudicados pelo aumento do poder de mercado das empresas vendedoras. Desta feita, examinam-se as opções disponíveis para os compradores poderosos e como essas escolhas provavelmente iriam mudar após o ato de concentração. Além disso, mesmo que alguns compradores poderosos possam se proteger, as autoridades devem considerar como o poder de mercado pode ser exercido contra todas as firmas compradoras.

Outro fator importante para a análise de poder mercado é o estudo sobre as condições de entrada de novas empresas no mercado relevante e, conseqüentemente, do nível das barreiras à entrada. Tanto o guia das autoridades brasileiras (SEAE; SDE, 2001, p. 12) quanto o guia norte-americano (DOJ; FTC, 2010, pp. 28-29) consideram a improbabilidade do exercício do poder de mercado quando a entrada de novas empresas for provável, tempestiva e suficiente. A entrada provável ocorre quando é economicamente lucrativo, considerando os preços antes da concentração, à empresa adentrar o mercado e manter tais preços. Ela é tempestiva quando puder ser realizada pelo período de até dois anos, considerando todas as etapas que necessariamente deverão ser realizadas até a efetiva entrada da empresa. E, por último, a entrada é suficiente se permitir à entrante que todas as oportunidades de venda possam ser devidamente exploradas. Enfim, as autoridades consideram de forma razoável as provas disponíveis e confiáveis sobre a entrada no mercado relevante, de modo a verificar se elas satisfazem as condições de probabilidade, tempestividade e suficiência.

Os estudos de Joe S. Bain na década de cinquenta foram os primeiros a versar sobre as barreiras à entrada e são o principal referencial teórico do assunto para as análises antitruste.

Segundo Tirole (1988, p. 305), Bain define como barreiras à entrada qualquer elemento que permita a uma empresa estabelecida obter lucros supranormais sem que ocorra a ameaça da entrada. Em outros termos, as barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer especificidade do mercado que proporcione às empresas estabelecidas vantagens sobre seus potenciais concorrentes. Elas permitem que possam ser praticados preços acima do nível de competição, sem que esse preço permita a entrada de uma nova firma. As barreiras à entrada podem ser classificadas em economias de escala, vantagens absolutas de custos, diferenciação de produtos e requerimentos iniciais de capital.

As economias de escala estão relacionadas aos tamanhos mínimos das plantas produtivas necessários para que uma empresa concorra no mercado. Elas conferem às empresas estabelecidas vantagens de custos significativos, que podem representar fortes impedimentos para um concorrente potencial.

As vantagens absolutas de custos surgem em decorrência de um melhor acesso a ativos e recursos por parte das firmas estabelecidas, ou seja, elas compram insumos a preços menores devido a contratos de exclusividade, controlam uma determinada tecnologia, têm acesso a recursos humanos mais capacitados e podem adquirir recursos financeiros a um custo menor. Enfim, essas vantagens proporcionam às empresas estabelecidas a capacidade de produzir com um custo mais baixo do que faria uma potencial concorrente.

A diferenciação de produtos gera barreiras à entrada no momento em que as características específicas dos produtos das empresas estabelecidas levam a uma certa fidelidade por parte dos consumidores. Para alterar essa situação, as entrantes têm que incorrer em elevados gastos em propaganda, com o objetivo de conquistar consumidores, ou vender a preços mais baixos para tentar atrair os compradores. Ademais, pode-se mencionar o controle da tecnologia utilizada para projetar os produtos por parte das firmas estabelecidas. Desse modo, uma reputação equivalente à do produto das empresas estabelecidas, em relação à durabilidade e a qualidade, é algo que, para ser conquistado, demandaria um tempo superior por parte das firmas entrantes, principalmente na indústria de bens duráveis. A forma como o produto é distribuído no mercado e, ainda, a presença da marca também são investimentos que demandam tempo e gastos das firmas entrantes.

Os capitais iniciais necessários para uma empresa entrar em determinado mercado também podem se transformar em barreiras à entrada. Isso ocorre pois dificuldades de financiar elevados investimentos podem se configurar em juros elevados ou, até mesmo, em inacessibilidade ao mercado de capitais.

De acordo com Tirole (1988, p. 306), Bain sugere três tipos de comportamentos das

empresas estabelecidas em relação à ameaça de entrada de uma nova empresa. Primeiro, ter-se-ia a entrada bloqueada, na qual as empresas estabelecidas competem como se não existissem ameaças de entrada, pois o mercado não é atrativo para entrantes. A segunda situação seria a entrada dissuadida. Neste caso, a entrada não pode ser bloqueada, mas as firmas instaladas podem modificar o seu comportamento, de modo a frustrar a entrada. E um terceiro caso seria o de entrada acomodada, na qual as empresas estabelecidas verificam que é mais lucrativo permitir a entrada de concorrentes do que erigir barreiras a entradas dispendiosas.

Em relação à possibilidade de novas empresas entrarem nos mercados relevantes, o *Horizontal Merger Guidelines* (DOJ; FTC, 2010, p. 28) afirma que as agências de defesa da concorrência devem considerar o histórico real de entradas no mercado relevante, dando um peso substancial a essa prova. A ausência de entradas bem sucedidas e eficazes em face de aumentos não transitórios nas margens de ganho sobre os produtos no mercado relevante tende a sugerir que uma entrada bem-sucedida seria demorada ou de difícil execução. Outro ponto importante seria que valores de mercado das empresas estabelecidas muito superiores aos custos de substituição dos seus bens tangíveis podem indicar que estas empresas têm bens intangíveis de alto valor, o que pode representar uma situação de dificuldade ou de lentidão para um novo operador ser capaz de replicar.

Em suma, o ato de concentração não é suscetível de reforçar o poder de mercado, se a entrada no mercado é tão fácil que a empresa resultante da concentração e os seus concorrentes remanescentes, unilateral ou coletivamente, não podem aumentar os preços ou reduzir a concorrência em relação ao nível que prevaleceria na ausência da operação.

1.2.1.6 Eficiências

Nas análises antitruste são considerados os efeitos dos atos e condutas dos agentes. Tais efeitos podem se apresentar como reduções do bem-estar econômico (ineficiências) ou como eficiências econômicas. As eficiências resultantes de concentrações são aumentos de bem-estar econômico que não podem ser ocasionados por nenhum outro meio se não pelo ato de concentração. As autoridades antitruste não levam em consideração as situações alternativas à operação de concentração e menos restritivas que sejam meramente teóricas. Somente aquelas que realmente se mostrem factíveis podem ser consideradas como objeto de comparação.

As eficiências são um dos benefícios que atos com potencial anticompetitivo podem

gerar e, desta forma, são denominadas eficiências específicas da concentração. De acordo com o guia para análise de atos de concentração horizontal do Brasil (SEAE; SDE, 2001, p. 16): “Não serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência.”

O *Horizontal Merger Guidelines* (DOJ; FTC, 2010, pp. 29-30) entende que um dos principais benefícios de um ato de concentração é o seu potencial de gerar ganhos de eficiência significativos e, assim, melhorar a capacidade de competir no mercado da empresa resultante da operação, o que pode resultar em preços mais baixos, melhor qualidade dos serviços ou novos produtos. Em um contexto de efeitos unilaterais, reduções de custo incremental podem reduzir ou reverter os incentivos da nova empresa de elevar preços. Além disso, também os ganhos de eficiência podem levar a produtos novos ou melhorados, mesmo que não afetem imediata e diretamente o preço. Em termos de efeitos coordenados, as reduções de custo podem tornar menos provável uma coordenação eficaz entre as empresas atuantes no mercado, aumentando ou incentivando as empresas que atuam de forma independente.

As eficiências podem ser de redução de custos de transação, produtivas, de apropriação ou eliminação de externalidades ou de geração de poder de mercado compensatório. As reduções nos custos de transação estão relacionadas às várias formas de organização das empresas e dos contratos firmados. As empresas podem estabelecer vínculos e se integrarem de forma horizontal ou vertical, mas sempre com o objetivo de diminuir os custos e gerar ganhos de eficiência, que, por sua vez, podem se manifestar como preços menores aos consumidores.

As eficiências produtivas são relacionadas às economias na utilização dos recursos. Elas podem se apresentar sob a forma de economias de escala, economias de escopo ou introdução de nova tecnologia. As economias de escala são caracterizadas por reduções no custo médio em decorrência de aumentos da quantidade produzida. Em termos mais específicos, na presença de custos fixos que não dependem da quantidade que é produzida, os aumentos da produção tendem a diminuir a participação desses custos fixos no custo total da empresa, o que representa uma diminuição no custo médio. Dentre os fatores que levam a reduções do custo médio, pode-se destacar o aumento da produtividade do trabalho, o aumento da produtividade do capital ou o fato de mudanças nas propriedades físicas dos equipamentos ou dos processos poderem gerar economias.

As economias de escopo, de acordo com Pindyck e Rubinfeld (2002, p. 229),

“[...] encontram-se presentes quando a produção conjunta de uma única empresa é maior do que as produções obtidas por duas empresas diferentes, cada uma produzindo um único produto (com equivalentes insumos de produção alocados entre as duas empresas separadas).” Elas podem ser entendidas como reduções dos custos médios pelo fato de uma única empresa produzir conjuntamente dois bens distintos. Tais reduções de custo podem ser decorrentes da constatação de que um insumo, que é necessário à produção dos dois bens distintos, pode ser melhor alocado por uma única empresa do que por duas ou mais. Ademais, a distribuição e comercialização dos dois produtos podem ser melhor realizadas por uma única empresa, ao invés de ser feita por várias.

A introdução de uma nova tecnologia está relacionada a possibilidade de aumentar a produtividade da empresa ou ainda a introdução de um novo produto no mercado. Também pode ser considerada como melhoria de tecnologia, a substituição, por meio da concentração, de uma equipe de administradores ineficientes por outra com novos métodos e processos de administração capazes de aumentar a produtividade.

Em relação às externalidades, pode-se dizer que algumas transações econômicas podem gerar efeitos sobre outrem, sem que se tenha controle sobre aquelas. Pindyck e Rubinfeld (2002, p. 597) afirmam que: “Uma *externalidade* ocorre quando alguma atividade de produção ou de consumo possui um efeito indireto sobre outras atividades de consumo ou de produção, que não se reflete diretamente nos preços de mercado.” De acordo com Varian (1992, p. 432), é possível identificar dois tipos de externalidades: as de consumo e as de produção. Primeiro, no caso de uma externalidade de consumo, a utilidade de um consumidor é diretamente afetada pelas ações de outro consumidor. Alguns exemplos seriam o consumo de tabaco, álcool, música alta, que acabam por afetar outros indivíduos. Os consumidores também podem sofrer com os efeitos das atividades das empresas, por meio da poluição e todas as suas mazelas. Em seguida, as externalidades de produção ocorrem quando o produto de uma empresa é diretamente afetado pelas ações de outro agente. É possível citar como exemplos a fumaça de uma empresa que afeta os serviços de uma lavanderia, que necessita manter as roupas limpas, ou a produção de mel de um apicultor que afeta a produção de um pomar vizinho.

As externalidades também podem ser positivas ou negativas, ou seja, elas podem aumentar ou diminuir o bem-estar econômico. Desta forma, as eficiências econômicas nesse caso ocorrem quando há uma apropriação ou geração de externalidade positiva ou uma eliminação de externalidade negativa. Ao tratar de externalidades negativas, o guia brasileiro (SEAE; SDE, 2001, p. 18) coloca uma ressalva: “Somente nos casos em que não existam

medidas de políticas públicas alternativas para tratar o tema se considerará que a eliminação de externalidades negativas é um incremento de eficiência específico da concentração.”

Por último, ao se falar de poder de mercado compensatório, deve-se compreender que ele só será considerado uma eficiência econômica específica da concentração se puder contribuir para melhorar a concorrência em outro mercado. Por exemplo, se o aumento do poder de mercado da empresa resultante de uma fusão for capaz de diminuir as distorções em um mercado de insumos, através de uma alteração nos preços, levando-os até o nível de competição e, assim, reduzindo o exercício do poder de mercado nesse mercado de insumos.

Para o guia dos Estados Unidos (DOJ; FTC, 2010, p. 31), quanto maior o efeito potencial adverso de uma concentração, maior deve ser a eficiência percebida e o máximo possível dela deve ser repassada aos consumidores para que as autoridades possam concluir que a operação não terá efeitos anticoncorrenciais no mercado relevante. Ao aderir a esta abordagem, as autoridades de defesa da concorrência demonstram uma primazia na proteção dos consumidores, em detrimento da eficiência operacional interna das empresas.

O guia estadunidense (DOJ; FTC, 2010, p. 31) também afirma que, ao avaliar os efeitos de uma concentração sobre o ritmo de inovações, as autoridades consideram a habilidade da empresa resultante da concentração para realizar pesquisa e desenvolvimento de forma mais eficaz. Estes ganhos de eficiência podem estimular a inovação, mas não afetam os preços no curto prazo. As autoridades também consideram a capacidade dessa empresa para se apropriar dos benefícios resultantes de suas inovações. Nesse sentido, as condições de licenciamento e propriedade intelectual são fundamentais para a investigação antitruste, pois afetam o modo como uma empresa pode usufruir das benesses da inovação.

É necessário entender que o exame das eficiências só ocorrerá se for constatado que o ato ou conduta representará risco expressivo à concorrência, ou seja, que existe controle substancial de parcela do mercado relevante e que é possível o exercício de poder de mercado. Caso, durante a análise antitruste, fique provado que o ato ou conduta não poderá gerar efeitos anticompetitivos, seja pelo fato de não haver controle de parcela significativa do mercado relevante ou porque não é possível o exercício do poder de mercado, o estudo será interrompido, a análise das eficiências será desnecessária e o ato ou conduta será aprovado.

Se necessária for a análise das eficiências, as autoridades antitruste irão avaliar os efeitos líquidos do ato ou conduta. Primeiramente, serão verificadas as estimações quantitativas, caso estejam disponíveis ou sejam factíveis. Em seguida, se não existir a possibilidade de utilização das estimações quantitativas, restará às autoridades basear suas conclusões em avaliações qualitativas. É importante ressaltar que pelo fato de o estudo das

eficiências ser um procedimento muito complexo, por tratar de potenciais efeitos e sua mensuração ser de difícil realização, a análise qualitativa será a mais utilizada, sem, contudo, eliminar a possibilidade de uso de meios quantitativos.

De acordo com a guia estadunidense (DOJ; FTC, 2010, p. 30), os ganhos de eficiência são difícil de verificação e quantificação, em parte porque boa parcela das informações relativas aos ganhos de eficiência é de única e exclusiva posse das empresas participantes da operação. Portanto, cabe a essas empresas alegarem as razões de eficiência para que as autoridades possam verificar, por meio razoável, a probabilidade e magnitude de cada eficiência alegada. Deste modo, seria analisado como e quando cada uma delas seria alcançada, incluindo todas as despesas necessárias para a realização de tais eficiências. Ademais, as eficiências reivindicadas não são consideradas se forem vagas, especulativas ou de outra forma não puderem ser verificadas por meios razoáveis.

Nas análises de defesa da concorrência, é essencial ter em mente as palavras de Mello (2002, p. 498):

[...] a lei busca reprimir o abuso do poder de mercado porque ele é gerador de ineficiências; logo, não deve proibir atos/conduas que gerem ganhos de eficiência líquidos pois, se o fizer, gerará ineficiências tão ou mais significativas que as que visa combater.

Em suma, é essencial ressaltar que toda análise antitruste, necessariamente, girará em torno dos conceitos aqui apresentados e suas correlações. É fundamental entender o conceito de mercado relevante para que seja possível identificá-lo e, assim, seja possível passar ao próximo passo, que é a identificação do poder de mercado e a sua mensuração. Por último, o conhecimento do que seriam as eficiências econômicas é de extrema importância para um possível estudo dos efeitos da ação supostamente anticoncorrencial ou de uma operação de concentração.

1.3 A defesa da concorrência e a regulação

Segundo Carlton e Picker (2007, pp. 13-14), é possível questionar: as leis antitruste não seriam suficientes para regular todas as indústrias? De um ponto de vista geral, apesar da teoria antitruste ter sido elaborada de modo a promover a eficiência, protegendo o processo concorrencial para o benefício da sociedade, o antitruste e a regulação possuem diferentes vantagens comparativas. Como pode-se verificar nas seções anteriores, tanto a defesa da concorrência quanto a regulação seriam um misto de Direito, Economia e Política, mas o antitruste estaria mais organizado em torno do pensamento econômico e, de outro lado, a

regulação seria mais frequentemente moldada pelo processo político. Ademais, os tribunais antitruste são o *locus* para a aplicação da lei, ou seja, a eles restaria a responsabilidade de implementar as regras gerais de concorrência, não sendo os mais adequados para fazer avaliações sobre o preço correto ou a qualidade de qualquer bem ou serviço. Tal tarefa recairia sobre as agências reguladoras por seu caráter mais especialista.

Na mesma direção, Posner (2010, pp. 12-13) entende que as agências seriam mais especializadas, o que facilitaria o desenvolvimento de competências em matérias técnicas. Essas agências geralmente possuem grandes equipes e poderes para realizar tanto uma regulação *ex ante* quanto *ex post*. No entanto, devido à maior influência política que as agências sofrem, elas estariam sujeitas a pressões de certos grupos. Os interesses específicos desses grupos poderiam levar a posições anticompetitivas, como, por exemplo, o bloqueio à entrada de novos agentes em determinado setor devido à influência dos agentes já estabelecidos. Outro ponto destacado por Posner (2010, p. 13), seriam as dificuldades encontradas na aplicação das políticas de regulação quanto à dependência em relação às informações fornecidas pelas empresas, que muitas vezes podem ser insuficientes. O autor ainda destaca que uma política de regulação pode sofrer com a necessidade de passar por um duplo processo na sua implementação, pois as decisões das agências são recorríveis ao judiciário.

Valério (2006, p. 242), por sua vez, considera que nas atividades reguladas existe a possibilidade da solução para certas práticas anticompetitivas se mostrarem mais eficazes quando aplicadas pela agência reguladora, pois poderia ocorrer de forma mais célere do que se fosse feita pela autoridade antitruste, devido ao caráter preventivo de certas ações do agente regulador. Nesse sentido, Mello (2003, p. 7) complementa:

[...] o exercício desse papel *preventivo* da autoridade reguladora poderia independe de autorização legal expressa, visto que estaria agindo em consonância com um princípio constitucional de observância obrigatória independentemente de previsão em lei específica. Contudo, duas ressalvas devem ser feitas: algumas regras podem implicar restrição à liberdade dos agentes regulados (a obrigação de permitir o livre acesso, *e.g.*) o que requer fundamento legal. Em segundo lugar, a adoção de medidas de natureza preventiva pela agência reguladora não afasta a competência da autoridade antitruste para apreciar condutas ou atos de concentração, salvo disposição expressa de lei que a atribua à agência reguladora.

De acordo com Carlton e Picker (2007, pp. 2-4), ao longo da história verificou-se que o antitruste e a regulação têm, algumas vezes, competido e, em outras, colaborado no processo de controle da concorrência. O resultado dessa interação, pelo menos nos Estados

Unidos onde ela já ocorre há mais de um século, foi que a política antitruste se mostrou mais duradoura. Isto pode ser justificado, principalmente, pelo fato da fundamentação econômica ter melhorado significativamente a eficácia da legislação antitruste e a sua aplicação através de um sistema judiciário independente ter apresentado uma menor promoção de interesses particulares e menores custos para a sociedade. No entanto, não significa que toda a regulação deva desaparecer. Em especial, nas indústrias com características de monopólio natural é fundamental que a regulação procure permitir a maior concorrência possível, limitada apenas pela legislação antitruste. Nas atividades que permanecerem parcialmente reguladas, as políticas antitruste e de regulação podem ser usadas conjuntamente de forma a se complementarem no controle da concorrência. Para Posner (2010, p. 13), um sistema misto (antitruste e regulação atuando conjuntamente) é menos suscetível à influência de interesses de grupos específicos, pois seria necessário influenciar tanto a agência quanto o tribunal. Por outro lado, no sistema misto as decisões seriam mais demoradas e os resultados relativamente incertos, além de uma duplicação de custos tanto para o setor público quanto para os entes privados.

Um ponto importante que merece ressalva é o de que regulação e antitruste não são alternativas excludentes. A ideia de que a redução da regulação em determinado mercado necessariamente está relacionada a um aumento da competição nesse mercado é equivocada. A desregulação não enseja automaticamente o aumento da concorrência. Na verdade, segundo Sullivan e Harrison (2009), as políticas de regulação e antitruste são aliadas na obtenção de um mesmo fim, ou seja, ambas buscam a eficiência nos mercados, mesmo que por caminhos distintos; a regulação, por meio do controle de preços, quantidades, condições de entrada e outros; e a política antitruste por meio da promoção e preservação do processo natural de concorrência.

Ademais, seria possível perceber que a regulação não retira as preocupações com a defesa da concorrência, pois, nas situações de regulação parcial, observa-se que, mesmo com as autoridades controlando as decisões dos agentes, ainda existem lacunas nas quais esses agentes podem livremente formular estratégias para a utilização abusiva do poder de mercado. Enfim, mesmo nos mercados regulados existe o potencial para a adoção de condutas anticompetitivas. Desse modo, verifica-se a necessidade do controle do abuso do poder de mercado por parte das autoridades antitruste em qualquer mercado que exista a mínima possibilidade de uma conduta anticoncorrencial.

A relação entre autoridades antitruste e agências reguladoras enseja duas situações que interagem constantemente. De um lado, a busca pela aplicação sistemática da política

antitruste e, de outro lado, a tentativa de se atribuir a um determinado ente a capacidade de resolver problemas de significativa especificidade e tecnicidade. Desse modo, é possível verificar o surgimento de conflitos de competência tanto positivos quanto negativos. Podem ocorrer situações em que ambas as autoridades, autoridade antitruste e agência reguladora, entendem que é de sua competência influir sobre determinado assunto. Pode acontecer, ainda, de ambas concluírem que a responsabilidade de atuar sobre aquele assunto é da outra.

Oliveira, Fujiwara e Machado (2005, pp. 32-35) propõem quatro opções de divisão de tarefas entre os reguladores setoriais e as autoridades de defesa da concorrência. Para o entendimento dessa divisão, três funções básicas devem ser definidas. Primeiro, a regulação técnica (RT) seria o estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotados pelos agentes privados de um setor regulado. Segundo, regulação econômica (RE) seria o estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens e serviços regulados. E terceiro, a lei de concorrência (LC) que é a principal peça legal do ordenamento jurídico que disciplina a livre concorrência.

A primeira opção de divisão de tarefas é a isenção antitruste. Nesse caso, as agências reguladoras (AR) aplicam a legislação de defesa da concorrência, mas prevalecendo a lei específica sobre o eventual comando geral da lei antitruste. Aqui a agência reguladora realiza as três tarefas acima destacadas, sem deixar espaço para a atuação da autoridade de defesa da concorrência (AC).

	LC	RT	RE
AC	-	-	-
AR	X	X	X

Quadro 4 – Isenção Antitruste

Fonte: OLIVEIRA; FUJIWARA; MACHADO (2005, p. 33).

A segunda opção é a de competências concorrentes, na qual ambas as autoridades têm competência para aplicar as sanções antitruste.

	LC	RT	RE
AC	X	-	-
AR	X	X	X

Quadro 5 – Competências Concorrentes

Fonte: OLIVEIRA; FUJIWARA; MACHADO (2005, p. 34).

A terceira opção é a de competências complementares. Aqui as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. A agência reguladora cuida exclusivamente das tarefas de regulação técnica e econômica e a autoridade antitruste aplica a legislação de defesa da concorrência.

	LC	RT	RE
AC	X	-	-
AR	-	X	X

Quadro 6 – Competências Complementares

Fonte: OLIVEIRA; FUJIWARA; MACHADO (2005, p. 34).

A quarta opção é a regulação antitruste. Nesse modelo, a autoridade antitruste aplica tanto a lei de defesa da concorrência quanto as regulações técnica e econômica. A ênfase maior recairia sobre a legislação antitruste, restringindo-se a regulação ao mínimo necessário.

	LC	RT	RE
AC	X	X	X
AR	-	-	-

Quadro 7 – Regulação Antitruste

Fonte: OLIVEIRA; FUJIWARA; MACHADO (2005, p. 35).

Os autores ressaltam que a diversidade de uma economia moderna faz com que as quatro situações, bem como suas possíveis variantes, possam ser identificadas em um mesmo país. A escolha entre esses modelos não é algo trivial, pois é preciso levar em consideração uma série de aspectos institucionais e históricos específicos a cada país e setor regulado. A terceira opção (competências complementares) se apresenta como a mais apropriada em várias jurisdições, uma vez que a clara definição de competências evita os custos de conflitos e duplicação de esforços. No entanto, esse modelo abre mão de possíveis ganhos de economia de escopo que ocorreriam na primeira opção (isenção antitruste).

Nos setores de infraestrutura (telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás, transportes), devido às suas especificidades inerentes, é presente a possibilidade de ocorrer conflitos de competência. Segundo Fagundes, Pondé e Possas (2002, p. 1):

[...] os setores de infra-estrutura, tradicionalmente monopólios privados ou estatais, têm experimentado um processo de transformação estrutural, onde a

concorrência, através da entrada de novos competidores em alguns segmentos de mercado, coexiste com a necessidade de regulação sobre segmentos ainda monopólicos. Como resultado, tais setores tornam-se, simultaneamente, sujeitos tanto à regimes de regulação, como às regras de defesa da concorrência, delimitadas pela legislação antitruste de cada país. A integração harmônica entre essas duas dimensões não é uma tarefa fácil, embora ambas sejam necessárias para limitar o poder de mercado dos monopólios e encorajar a competição.

A situação mencionada pelos autores vem ocorrendo devido aos processos de desregulação e desestatização implementados nos EUA e na Europa, que também tomaram conta da agenda política no Brasil. O modelo brasileiro no qual o Estado estabelecia as regras de empreendimento e regulação, ora agindo como empresário, ora por meio da outorga de concessões à iniciativa privada, foi substituído, a partir da abertura econômica dos anos 90, pelo modelo estadunidense baseado nas agências reguladoras.

Outro ponto importante, que vem modificando o modo como são tratadas as relações entre a política antitruste e a regulação, são os processos de rápida mudança tecnológica, cada vez mais presentes em vários setores. De acordo com Valério (2006, p. 29):

A revolução tecnológica ampliou a possibilidade de concorrência. O surgimento de novos produtos, sistemas de logística e provedores de serviços competindo com as empresas já instaladas, suscitaram o debate acerca da regulação tradicional.

Esse novo momento possibilitou que as autoridades de defesa da concorrência pudessem atuar de forma repressiva e preventiva sobre os setores de infraestrutura. A política antitruste, que no passado não era capaz de inserir a concorrência nesses mercados, se tornou um instrumento importante para melhorar a qualidade da regulação e, desta maneira, surgiram novos dilemas no âmbito concorrencial. Ademais, é fundamental que a política antitruste seja executada primordialmente pela autoridade antitruste e não pela agência reguladora, pois, caso fosse atribuída às agências uma instância equivalente à autoridade antitruste, poder-se-ia incorrer no perigo da agência regular e ao mesmo tempo julgar os efeitos da sua própria regulação sobre a concorrência.

Segundo Fagundes, Pondé e Possas (2002), vários são os riscos que podem surgir no âmbito da defesa da concorrência. Nesse sentido, é de extrema importância o monitoramento da evolução dessas estruturas de mercado. É necessário o acompanhamento dos movimentos de alianças, *joint ventures*, aquisições e fusões entre os diversos grupos concorrentes efetivos e potenciais da indústria, nos seus mais variados segmentos, com o intuito de inibir a

emergência de estruturas de mercado pouco competitivas. Uma questão crucial é que a presença de custos irrecuperáveis e de comportamentos estratégicos por parte das empresas já estabelecidas implica que tais mercados não são contestáveis. Desta feita, a simples liberalização desses mercados não é suficiente para garantir a introdução de uma maior concorrência.

Carlton e Picker (2007, pp. 31-32) verificam que os reguladores possuem uma preocupação significativa com as questões relacionadas às condições de entrada. Este é um ponto especialmente grave nas indústrias de rede, tais como companhias aéreas, transporte rodoviário, energia elétrica, ferrovias e telecomunicações, pois, nesses setores, as empresas devem se interligar umas com as outras. Desta feita, nessas indústrias cabe ao regulador administrar o preço e a qualidade das interconexões. Uma situação que exemplifica a necessidade de controle por parte da autoridade reguladora seria aquela em que duas empresas concorrem em um mercado final e uma delas fornece à concorrente um insumo essencial. Aqui, o regulador deve preocupar-se com a empresa fornecedora de modo a evitar que ela prejudique a empresa rival. Tal preocupação desapareceria caso a autoridade reguladora não permitisse a integração vertical das empresas reguladas. Por outro lado, percebe-se que na ausência de regulação (tanto a aplicada pela autoridade antitruste quanto pela agência reguladora), a competição entre as empresas conduziria, provavelmente, a uma concentração vertical e horizontal, gerando uma estrutura de mercado fortemente concentrada. Assim, a presença de uma boa política de regulação pode garantir que as empresas permaneçam vertical e horizontalmente desintegradas.

Carlton e Picker (2007, p. 32) constataram ainda, ao analisarem a trajetória histórica de algumas indústrias de rede nos Estados Unidos, que elas apresentaram um comportamento similar na presença de uma desregulação total ou parcial. Todas as indústrias, após a desregulação (total ou parcial), levaram a uma consolidação massiva, a um aumento da concentração na indústria, ao fim dos subsídios cruzados e a uma diminuição no emprego e/ou no salário.

Portanto, percebe-se que, nessas situações, as políticas de defesa da concorrência tornam-se fundamentais para prevenir o abuso de posições dominantes por parte das empresas estabelecidas, seja por meio de condutas que, de algum modo, provoquem restrições à concorrência, seja pelo aumento do poder de mercado através de alianças ou fusões com empresas concorrentes. Assim, nos setores de infraestrutura que permanecem parcialmente regulados, é de extrema relevância que os critérios das políticas de regulação estejam em sintonia com o objetivo de promoção da concorrência.

Em suma, constata-se que a regulação econômica e o antitruste são duas formas de intervenção estatal sobre os mercados que, especialmente nos EUA, já possuem uma história de convívio superior a um século. Entretanto, tal convívio é relativamente recente no Brasil, pois elas só passaram a interagir efetivamente a partir do final da década de 1990. Em relação aos princípios que norteiam o antitruste e a regulação econômica, percebe-se que ambos utilizam um arcabouço teórico muito semelhante e interligado. No entanto, ao analisar os objetivos dessas disciplinas, verifica-se que, em alguns casos, eles são comuns e, em outros, relativamente diversos. Isto leva à identificação de várias formas de interação entre as duas doutrinas, que, em algumas vezes, se mostra harmoniosa e, em outras, relativamente conflituosa.

Desta feita, nos próximos capítulos, busca-se analisar a interação entre o antitruste e a regulação econômica, utilizando-se como objeto de estudo a defesa da concorrência no setor de telecomunicações. Para tanto, o setor de telecomunicações é identificado no capítulo 2. No capítulo 3, é realizado um estudo acerca do entendimento mais atual das autoridades antitruste e do órgão regulador sobre os principais elementos ponderados nas análises de defesa da concorrência, especialmente nos atos de concentração. Por fim, no capítulo 4, busca-se avaliar a coerência entre os posicionamentos dessas autoridades e suas implicações.

2 O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E SEU MARCO REGULATÓRIO

O presente capítulo tem o intuito de apresentar o setor de telecomunicações brasileiro, descrevendo os seus elementos históricos e legais, os principais serviços oferecidos e os atuais pontos de discussão acerca da concorrência no setor. Desse modo, a primeira seção relata o histórico do setor no Brasil, relaciona o seu marco regulatório e caracteriza a agência reguladora desse setor (ANATEL). A segunda seção analisa os principais serviços oferecidos à população, quais sejam, telefonia fixa e móvel, TV por Assinatura e Internet Banda Larga. E na terceira seção são analisados os principais elementos determinantes da concorrência no setor atualmente.

O setor de telecomunicações sofreu uma série de transformações ao longo de sua história, desde a instituição de monopólios naturais de propriedade do Estado a privatizações das empresas, além de várias mudanças tecnológicas que alteraram significativamente o acesso da população aos serviços. De maneira geral, apesar de certas especificidades históricas de cada país, é possível constatar que, nas décadas de 1980 e 1990, ocorreu um forte movimento de liberalização comercial do setor, por meio das privatizações e da abertura dos mercados. O principal objetivo foi estimular a entrada de novas empresas, incentivando a competição dentro desse setor. Segundo a ANATEL (2008, p. 85),

A partir da quebra dos monopólios de telefonia, ocorrida nas décadas de 80 e 90, os reguladores esforçam-se para promover a ampliação do espaço competitivo e a interconexão das redes, mas têm de enfrentar a dinâmica de concentração inerente à infraestrutura das telecomunicações.

Em meio a esse processo de transição de um regime de monopólio natural para um de concorrência regulada, o modelo estadunidense de regulação foi escolhido como balizador de muitos marcos regulatórios adotados pelo mundo. O modelo norte-americano pauta a atuação do Estado sobre determinado setor por meio de uma agência reguladora, que busca garantir parâmetros mínimos de funcionamento, em termos de qualidade, universalização, concorrência. No caso das telecomunicações dos EUA, o *Telecommunications Act* de 1996 teve o intuito de reestruturar o setor, realizando a regulação no sentido de viabilizar a abertura progressiva em direção a uma concorrência maior entre as empresas. Desse modo, a competição se tornou o principal desafio dessa reestruturação, que direcionou esforços para o controle das interconexões e para o estímulo à competição, sem contudo deixar de lado a

garantia do acesso universal e a qualidade na prestação dos serviços.

Para entender melhor a construção do modelo norte-americano de regulação das telecomunicações, é necessário verificar quais foram as principais transformações históricas desse setor nos EUA. Carlton e Picker (2007, pp. 32-40) fazem uma rápida análise da trajetória histórica das telecomunicações estadunidenses, destacando os principais movimentos relacionados às questões antitruste. Eles constatam que, nos primórdios dessa indústria, existiam diversas empresas locais que competiam entre si, mas existia um certo problema: o cliente de uma empresa A só podia se comunicar com os clientes dessa empresa A. Desse modo, para poder se comunicar com todas as outras pessoas, esse cliente deveria ter múltiplos telefones.

No início do século XX, metade das cidades dos EUA com população maior do que cinco mil habitantes tinha mais de uma operadora de telefonia. Diante desse cenário, a *American Telephone and Telegraph* (AT&T) decidiu desenvolver um sistema universal e iniciou um processo de aquisição das empresas de telefonia concorrentes. Num período de 13 anos, a AT&T teve 271 aquisições aprovadas das 274 que havia solicitado. Com a ascensão do domínio da AT&T ao longo dos anos, a política antitruste se tornou o principal meio para tentar alterar a estrutura dessa empresa e proteger a concorrência. Vários foram os processos e decretos das autoridades públicas que procuraram reduzir os aumentos de poder de mercado da AT&T. Um dos mais importantes foi o processo de 1982, que resultou no desmembramento da AT&T: os serviços de longa distância foram separados dos locais e regionais. Ela foi separada em sete operadoras regionais, chamadas de *baby bells*: SBC, US West, Pacific Telesis, Bell South, Ameritech, Nynex e Bell Atlantic. Estas empresas passaram a deter o monopólio dos serviços de telefonia fixa local em suas regiões, sem, contudo, poderem atuar no mercado de Longa Distância Inter-Estadual. Neste mercado de longa distância, foi inserida a concorrência por meio da AT&T e de empresas entrantes: MCI, Sprint e WorldCom.

Em 1996 foi promulgado, nos Estados Unidos, o *Telecommunications Act*, com o objetivo de produzir uma concorrência local através de uma política de interligação entre a defesa da concorrência e a regulação. Essa nova lei teve o intuito de favorecer as novas empresas que entrassem no setor, tornando-as capazes de concorrer com os operadores históricos. Para tanto, foram criadas certas regras para as empresas já estabelecidas, no sentido de obrigá-las a compartilhar as suas redes com um novo operador, isto é, vender os serviços de telecomunicações a outras empresas a preços de custo, de modo que estas empresas pudessem revendê-los aos usuários finais. De acordo com a ANATEL (2008, p. 86),

A reação das ex-monopolistas foi um vigoroso movimento de consolidação horizontal. Este movimento de concentração resultou em foco de investimentos no mercado interno, sendo que as principais operações de empresas americanas no exterior foram vendidas, principalmente, na América Latina, para a Telefônica e a Telmex, que conseguiram consolidar posições na região.

Ainda segundo a ANATEL (2008, pp. 87-88), a União Europeia optou por um marco regulatório nas telecomunicações em certa medida diverso ao do adotado nos Estados Unidos. Ao invés de se realizar um desmembramento das empresas estatais, decidiu-se pela formação de operadoras regionais, com base na justificativa de uma possível perda de eficiência e escala. Desse modo, as ações estatais foram no sentido de levar as grandes empresas nacionais (France Telecom, BT, Telefônica, Deutsch Telecom e Telecom Itália) a concorrerem nos mercados dos países vizinhos. O *Green Paper on Telecommunications* foi promulgado em 1987 e revisado em 1992, 1999 e 2007, sempre com o intuito de fortalecer os direitos dos consumidores, simplificar a regulamentação, reduzir custos de transação burocráticos e direcionar para as novas tecnologias. Enfim, apesar da manutenção dos grandes grupos nacionais, a UE procurou criar um marco regulatório setorial e de defesa da concorrência suficientemente robusto, sem prejudicar a dinâmica dos mercados e negócios.

Na América do Sul, é possível mencionar o caso do Chile. Nesse sentido, pode-se recorrer a Armstrong e Sappington (2006, pp. 327-328), que realizam uma rápida caracterização do setor de telecomunicações nesse país. De acordo com tais autores, em 1982, o Chile promulgou a sua Lei Geral de Telecomunicações, que abriu esse setor à concorrência. Essa lei não restringiu o número de licenças que seriam concedidas para a prestação de serviços de telecomunicações e estabeleceu como principal obrigação de todos os operadores a exigência de conectarem suas redes em conformidade com certas especificidades técnicas. Os serviços de telefonia local foram entregues quase que exclusivamente para a *Companhia de Teléfonos Chile* (CTC) e os serviços de longa distância para a Entel. O que se verificou no Chile foi um aumento expressivo no número de linhas fixas, que mais do que triplicou (de cerca de um milhão para mais de três milhões) entre 1992 e 2000. As extensas listas de espera para novas linhas desapareceram. Outro aumento significativo foi no número de assinantes de telefonia móvel, que aumentou quase dez vezes (de cerca de 360 mil para mais de 3,4 milhões) durante o período 1991 a 2000 e quase dobrou novamente (para mais de 6,7 milhões) entre 2000 e 2003. Os preços para a maioria dos serviços de telecomunicações no Chile também diminuíram substancialmente desde 1990. No entanto, em 2003 apenas um

quarto das linhas de telefonia fixa no Chile foram oferecidas pelos concorrentes da CTC. Deste modo, os autores verificam que o setor ainda permanece significativamente concentrado nas mãos da CTC, apesar do avanço das empresas concorrentes nas regiões urbanas.

Segundo Cuza (2007, p. 291),

Entre 2003 e 2006, podemos perceber uma grande alteração no mercado de telecomunicações mundial resultante de fortes movimentos de fusões e aquisições entre grandes corporações, o que nos leva a crer em um novo modelo do negócio de telecomunicações, surgido a partir desse novo cenário competitivo.

Dentre essas fusões e aquisições, pode-se destacar nos EUA as operações entre a Nextel e Sprint, Verizon e MCI, SBC e AT&T. Na União Europeia, é possível mencionar as compras da Amena pela France Telecom, da Oz pela Telefônica e outras mais. Para verificar a magnitude dessas operações de fusão e aquisição que estão ocorrendo nos mercados de telecomunicações, Cuza (2007, p. 292) identifica que somente no ano de 2005 o montante das operações ocorridas na UE foi de US\$ 40 bilhões e nos Estados Unidos de US\$ 25 bilhões.

Ainda segundo Cuza (2007, pp. 292-294), essas operações representam uma significativa mudança nos mercados, com surgimento de um novo cenário para atuação das empresas, no qual elas não estariam apenas preocupadas em vender seus serviços, mas em ofertar soluções customizadas para os consumidores. Tal mudança é também fortemente condicionada pelas novas tecnologias e pela convergência dos serviços. No Brasil, verifica-se atualmente um crescimento e uma consolidação da oferta de serviços convergentes do tipo *triple play* (voz, dados e vídeo), reafirmando tal mudança dos mercados de telecomunicações.

2.1 O setor de telecomunicações no Brasil

2.1.1 O início das telecomunicações no Brasil e o Sistema Telebrás

Segundo Fagundes (1995, p. 2), as telecomunicações no Brasil começaram a se expandir a partir de 1877, mas o ritmo dessa expansão foi relativamente lento até a década de 60. Durante esse período, os governos federal, estaduais e municipais distribuíram sem critérios específicos as concessões dos serviços de telecomunicação, o que levou a um crescimento desordenado do setor, com custos elevados e baixa qualidade na prestação dos serviços. Por volta do início dos anos de 1960, o número prestadores de serviços de

telecomunicação no país era significativamente elevado, mas eles apresentavam grandes dificuldades operacionais e de interligação entre suas redes. Segundo Almeida (1994, p. 240), o total de linhas telefônicas instaladas no Brasil era de, aproximadamente, um milhão, com uma expressiva demanda reprimida e péssima qualidade das comunicações.

Diante desse cenário, o Estado brasileiro iniciou as suas primeiras ações no sentido de melhorar as telecomunicações no país. Em 27 de agosto de 1962, entrou em vigor a Lei 4.177, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações com o objetivo primordial de disciplinar e passar o setor para tutela do Estado. Fagundes (1995, p. 3) destaca como principais diretrizes dessa lei: a criação do Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL), que era um órgão subordinado à Presidência da República, com as atribuições de caráter normativo, fiscal e de planejamento; o início da implementação do Sistema Nacional de Telecomunicações (SNT), que tinha o intuito de permitir a homogeneização, em termos técnicos, da rede de telecomunicações; a fundação da Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel), uma empresa estatal que tinha a finalidade de operar os serviços telefônicos interurbanos e internacionais; e a instituição do Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT), que seria formado por meio de uma sobretaxa de 30% cobrada dos assinantes e destinada a financiar as atividades da Embratel.

Outro passo importante do Estado brasileiro foi a criação, em 1967, do Ministério das Comunicações por meio do Decreto-lei nº 200. Isso elevou a importância da política do setor dentro do país, reduziu a autonomia da Embratel e do CONTEL e melhorou a capacidade de administração desse setor. O Ministério das Comunicações regulamentou o Código Brasileiro de Telecomunicações, normatizando as telecomunicações nacionais, de modo que a sua operação ficasse a cargo das empresas estatais federais e estaduais, deixando somente a radiodifusão sob responsabilidade da iniciativa privada.

De acordo com a Telebrás (2010), na sequência do processo de reestruturação institucional das telecomunicações brasileiras, nasceu, por meio da Lei 5.792 de 11 de julho de 1972, a Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebrás), que era uma empresa de economia mista, vinculada ao Ministério das Comunicações. Essa nova empresa tinha como principal função organizar e planejar a atuação das concessionárias públicas dos serviços de telecomunicações, através da instalação, em cada estado brasileiro, de uma empresa-pólo ou por meio da incorporação das companhias de telefone locais, mediante a aquisição de seus acervos e controles acionários. Algumas poucas empresas acabaram não sendo incorporadas pela Telebrás, como a Embratel, a Companhia Riograndense de Telecomunicações e a Companhia de Telefones do Brasil Central.

Segundo Almeida (1994, pp. 242-243), o resultado da criação da Telebrás foi satisfatório, com investimentos elevados, aumento da planta telefônica nacional e a criação do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento (CPQD) em Campinas, que possibilitou o avanço da capacitação tecnológica nas telecomunicações nacionais.

Na década de 80, no entanto, ocorreu uma retração e estagnação dos investimentos realizados pelo sistema Telebrás. Tal situação foi causada pelas mudanças no cenário político nacional e pela situação econômico-social ruim pela qual o país passava.

De acordo com a Telebrás (2010), apesar das supramencionadas dificuldades enfrentadas pela Telebrás durante a década de 80, foi possível finalizar o processo de incorporação das companhias telefônicas locais, o que representava mais de 95% dos terminais telefônicos do país, restando somente cinco empresas que não pertenciam ao sistema Telebrás. Dois satélites de comunicações, o BrasilSat – I e o BrasilSat- II, foram colocados em operação, o que possibilitou a expansão dos sinais de telefonia, telegrafia e televisão e, desse modo, a integração de todo o território brasileiro. Enfim, segundo Fagundes (1995, p. 6), o que se verificou, mesmo com os problemas enfrentados nos anos 80, foi um crescimento significativo do número de terminais de telefone - a densidade por 100 habitantes, que era de 1,75 em 1962, se elevou para 5,9 em 1986 e 8,4 em 1993.

Na década de 90, segundo a Telebrás (2010), o principal objetivo era a melhoria na qualidade dos serviços e a retomada no crescimento do setor. Para tanto, a Telebrás, em parceria com as universidades e indústrias, investiu no desenvolvimento de produtos de alta tecnologia como: centrais de comutação telefônica digital; redes de fibra-ótica para o aumento da capacidade de transmissão de dados; e em sistemas de comunicação de dados e textos, que permitiriam a interligação de terminais e computadores às redes de telefone. Ainda de acordo com a Telebrás (2010), em 1998, o sistema já havia instalado cerca de 18 milhões de terminais fixos e quase cinco milhões de celulares, em mais de 22 mil localidades.

No entanto, mesmo com os resultados significativos alcançados pelo sistema Telebrás, constatou-se que a demanda pelos serviços de telecomunicação havia crescido muito mais do que a capacidade de investimento do Estado. Ademais, segundo a ANATEL (2008, p. 8),

A reforma estrutural das telecomunicações no Brasil partiu da constatação de que o modelo então vigente, essencialmente monopolista e não diversificado, gerou uma regulamentação não compatível com a nova realidade mundial, ditada por forças interrelacionadas como a globalização da economia, a evolução tecnológica e a rapidez das mudanças no mercado e nas necessidades dos consumidores.

Desse modo, percebeu-se que era o momento para uma reestruturação do setor e um novo modelo institucional começou a ser concebido, de maneira a inserir o Brasil nesse novo cenário internacional, ressaltando-se o incentivo aos investimentos privados nacionais e estrangeiros e exaltando os direitos dos consumidores nos serviços de telecomunicação. Enfim, toda essa nova situação culminou com a privatização do sistema Telebrás em 29 de julho de 1998.

2.1.2 A evolução do marco regulatório e o modelo atual

Com a abertura da economia na década de 90 e em meio aos processos de privatização de empresas estatais de vários setores, foi aprovado o atual marco regulatório do setor de telecomunicações vigente no Brasil. O primeiro passo foi a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou o art. 21 da Constituição de 1988. Segundo a nova redação dos incisos XI e XII desse artigo:

Art. 21. Compete à União:

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

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

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens

De acordo com a ANATEL (2008, p. 8), essa emenda à Constituição tinha o intuito de flexibilizar o modelo de telecomunicações utilizado no Brasil até aquele momento, de modo a inserir a concorrência no setor através do fim da exclusividade de concessão dos serviços públicos somente a empresas nas quais o Estado tivesse o controle acionário.

Um mês após a aprovação da Emenda Constitucional nº 8, no mês de setembro de 1995, dois textos acerca da reforma estrutural do setor de telecomunicações foram apresentados pelo Ministério das Comunicações. Os textos eram intitulados REST-1/95 – Plano de Trabalho e REST-2/95- Premissas e Considerações Gerais. O conteúdo destes textos representava as linhas básicas norteadoras do novo modelo institucional. Segundo a ANATEL (2008, pp. 9-10), esses textos traziam,

[...] simultaneamente, a visão do setor de telecomunicações como:

- indutor da democratização da estrutura de poder no País;
- vetor do aumento de competitividade da economia brasileira;

- vetor do desenvolvimento social do País, proporcionando condições para a redução das desigualdades entre regiões geográficas e entre classes de renda pessoal e familiar.

Com base na legislação promulgada e os textos oficiais publicados até aquele momento, esse novo modelo que começava a ser instalado no Brasil deveria ter como principal referência os direitos dos usuários dos serviços de telecomunicação, de modo a assegurar: uma busca do acesso universal aos serviços básicos; o aumento da oferta de serviços em quantidade, qualidade, diversidade, cobertura territorial e preços razoáveis; e a possibilidade de uma concorrência justa entre as empresas concessionárias.

Outros pontos importantes também puderam ser extraídos das primeiras manifestações sobre o novo modelo estrutural das telecomunicações nacionais. Dentre eles, pode-se destacar que o novo modelo deveria ser concebido como tendo a mais longa vida possível. Desse modo, ele deveria utilizar a tecnologia da melhor maneira, ofertar opções de novos serviços, gerar uma redução dos custos dos serviços tradicionais e possibilitar a interconexão entre os diversos sistemas abertos nas suas várias etapas de evolução. É possível mencionar, ainda, a necessidade de se estimular uma participação mais expressiva das telecomunicações brasileiras no cenário internacional.

Nesse sentido, em 19 de julho de 1996 foi promulgada a Lei nº 9.295, que tinha a intenção de trazer a competição para os mercados, com grande atratividade para os investimentos privados nacionais e internacionais. Tal atratividade estava diretamente relacionada à significativa demanda não atendida, como era o caso dos serviços via satélite e da telefonia móvel pessoal (celulares).

De acordo com a ANATEL (2008, pp. 12-13), a Lei nº 9.295/96 se baseou no fato de que em alguns mercados seria mais fácil introduzir a concorrência, essencialmente devido ao fator tecnológico. A partir dessa e outras regulamentações publicadas em 1996, foram iniciadas as licitações das concessões para a exploração da banda B de telefonia celular. Desta feita, o território nacional foi dividido em dez áreas de concessão, sendo que seis estavam nas regiões mais ricas do país (Sudeste e Sul) e quatro nas regiões menos desenvolvidas (Centro-oeste, Nordeste e Norte). A partir dessa divisão do país, percebe-se que a intenção era atrair o máximo de investimento privado e possibilitar uma ampla concorrência no mercado de telefonia celular. A Figura 1 a seguir apresenta a divisão das dez áreas de concessão na época.

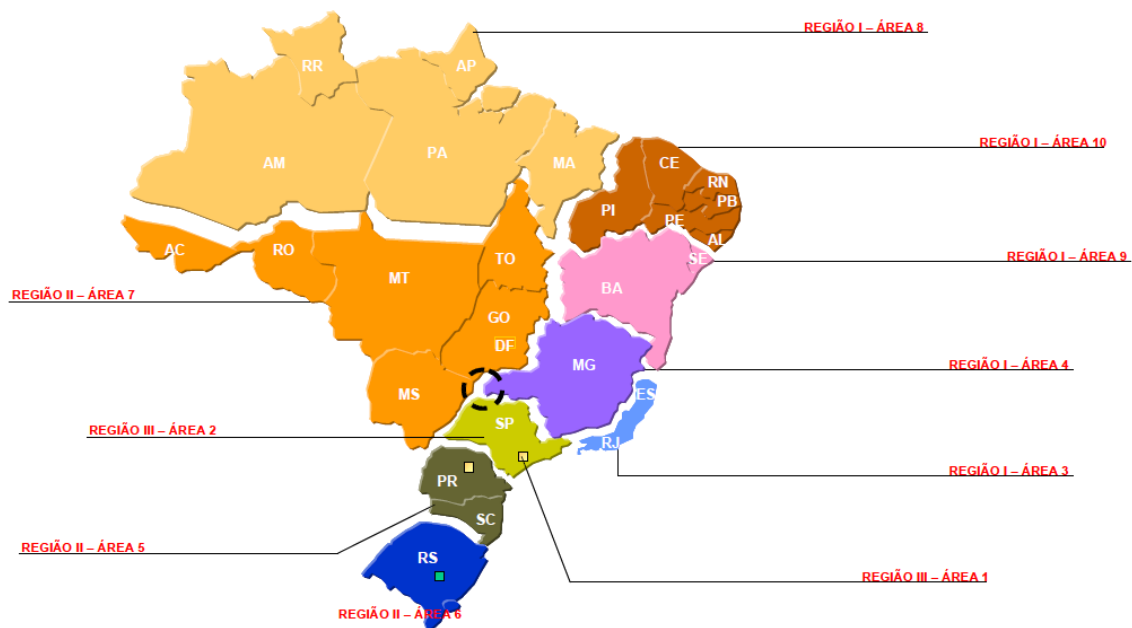


Figura 1 – Áreas de concessão de telefonia móvel em 1996

Fonte: ANATEL (2008, p. 13).

Em 16 de julho de 1997 foi sancionada a Lei nº 9.472, denominada Lei Geral de Telecomunicações (LGT), que, segundo a mesma: “Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.” Também no ano de 1997, foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), o órgão regulador previsto no inciso XI do art. 21 da Constituição Federal de 1988. A LGT e a regulamentação subsequente apresentaram os princípios norteadores do novo modelo institucional para o setor e criaram uma nova classificação dos serviços de telecomunicação, relacionada ao interesse e ao regime de exploração. Enfim, essa nova regulamentação apresentou os caminhos para a reestruturação do setor e para a desestatização.

De acordo com Cuza (2007, p. 294), esse arcabouço institucional foi o resultado de

[...] extensas negociações envolvendo representantes do Executivo, do Legislativo, da sociedade e da comunidade de investidores. Entre os anos de 1995 e 1998 foram realizadas grandes discussões com muitos discursos, *road-shows*, artigos em jornais e seminários para se chegar a um consenso entre esses grupos e a sociedade. Foram assumidos compromissos e um acordo geral foi gerado para a desestatização do Sistema Telebrás assumindo que algumas metas seriam atingidas.

Ainda segundo Cuza (2007, pp. 294-295), as metas da privatização eram: fortalecer a

ideia de Estado regulador e eliminar a de Estado empresário; aumentar a oferta dos serviços e melhorar a sua qualidade; criar um ambiente propício ao desenvolvimento tecnológico e industrial, além de atraente aos investimentos privados; estabelecer uma harmonia entre o desenvolvimento social e o crescimento do setor de telecomunicações; buscar a maximização dos valores de venda das empresas estatais; e, seguindo os termos do Programa de Recuperação e Ampliação do Sistema de Telecomunicações (Paste), elevar o acesso da população aos serviços de telecomunicação, com tarifas, preços e condições razoáveis, expandindo esses serviços para todas as regiões do país. O Paste apresentou detalhadamente os projetos a serem realizados no período de 1995 a 1999, que seriam financiados com recursos da ordem de US\$ 75 bilhões, oriundos em sua maior parte da iniciativa privada.

Para garantir o cumprimento de tais metas, o processo se apoiava em algumas premissas, quais sejam: a criação da ANATEL⁵, com autonomia administrativa e financeira, representando um órgão regulador forte e capaz de se mostrar atuante; o aumento da oferta dos serviços, devido ao aumento da concorrência no setor; a possibilidade de novas empresas entrarem nos mercados, com a garantia de acesso às redes das empresas estabelecidas a preços razoáveis; e o cumprimento das metas de universalização e qualidade. Ademais, pode-se mencionar que, naquele momento, acreditava-se que, com o decorrer do tempo, ocorreria uma redução dos preços e das tarifas. Existia, ainda, a possibilidade de se realizar os ajustes necessários para corrigir eventuais distorções que surgissem nos mercados, no momento de renovar os contratos de concessão.

Em 1998 foram iniciadas as privatizações no setor de telecomunicações. Segundo Pires e Campos Filho (2002, pp. 297-298), previamente foi realizada uma preparação econômico-financeira do setor e a definição de regras, o que garantiu certa estabilidade institucional durante o processo.

O Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998, apresentou o Plano Geral de Outorgas (PGO) que continha a nova estrutura do serviço de telecomunicações prestado em regime público. O PGO dividiu os serviços de telefonia fixa local em três grandes *holdings*. A primeira constituiu a Tele Norte/Nordeste/Leste, que representa a atual área de prestação da Telemar/Oi, abrangendo 16 estados da União. A segunda foi denominada Tele Centro/Sul e representa a área de prestação da Brasil Telecom (empresa que foi comprada pela Telemar/Oi), abrangendo nove estados e o Distrito Federal. A terceira foi formada pela Companhia de Telefonia de São Paulo (Telesp) e que, atualmente, representa a área de

⁵ Na subseção 2.1.3, a ANATEL será caracterizada com um maior detalhamento.

atuação da Telefônica. Nessas três regiões foram expedidas autorizações para a operação de três empresas-espelho⁶, uma em cada região. A Embratel, nos serviços de telefonia fixa de longa distância, foi mantida com sua configuração tradicional e foi expedida uma autorização para a operação de uma empresa-espelho nesse mercado. Segue a Figura 2, representando a configuração dos serviços de telefonia fixa na época.

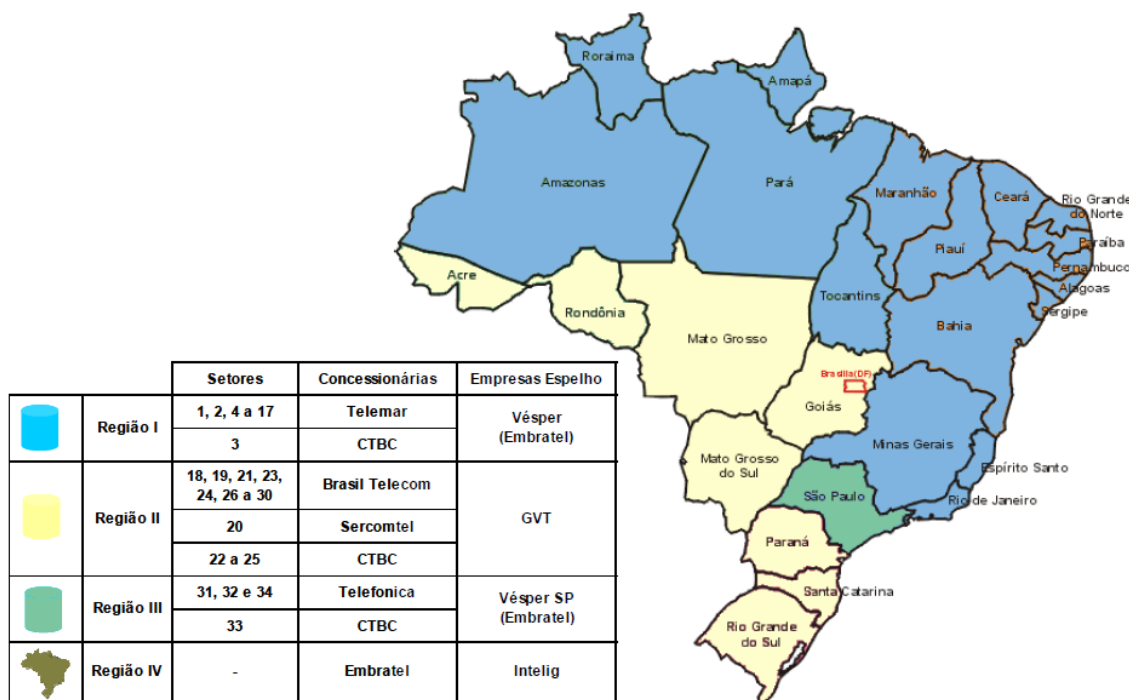


Figura 2 – Regiões dos serviços de telefonia fixa em 1998

Fonte: ANATEL (2008, p. 14).

Acerca dos vários tipos de serviços a serem explorados, ficou decidido que as três empresas de telefonia fixa local (Telemar, Brasil Telecom e Telefônica) deveriam ofertar os serviços locais, interurbanos intra e interestadual na sua área de concessão. Para concorrer nos mesmos serviços das empresas regionais, existiriam as empresas-espelho. A Embratel iria oferecer os serviços intraestadual, interestadual e internacional em todo o território nacional e com uma empresa-espelho ofertando os mesmos serviços. Em suma, ficou estabelecido que, nos serviços locais, a concorrência seria de um duopólio, empresa regional e empresa-espelho. Nos serviços de longa distância inter-regional e internacional, ocorreria também uma

⁶ Para concorrer com cada empresa privatizada foi criada uma empresa-espelho que estava autorizada a oferecer exatamente o mesmo serviço da concessionária. As empresas-espelho seguiriam regras mais flexíveis, desfrutando uma liberdade tarifária, sem a necessidade de cumprir metas de universalização e com a possibilidade de escolherem a sua área de cobertura.

competição entre duas empresas, Embratel e empresa-espelho (Intelig). E nos serviços intra-regional, a concorrência seria um oligopólio, com quatro empresas competindo, quais sejam, empresa regional, empresa-espelho regional, Embratel e empresa-espelho nacional (Intelig).

Segundo a ANATEL (2008, p. 15), os motivos para que a divisão dos mercados fosse realizada dessa forma eram que: as três operadoras regionais seriam de tamanho razoável, com capacidade de gerar recursos financeiros próprios suficientes para realizar uma parte significativa dos investimentos; a regionalização focalizaria os investimentos dessas operadoras na sua região de concessão, criaria mecanismos para incentivar o atendimento às metas de universalização dos serviços e facilitaria o processo de privatização; e a presença de várias empresas atuando nos mercados reduziria o poder de monopólio e aumentaria a concorrência, diminuindo o trabalho do órgão regulador;

Em 3 de julho de 1999, após um ano da privatização do sistema Telebrás, a ANATEL colocou em operação o serviço de Código de Seleção de Prestadora (CSP), que permitia ao consumidor escolher qual operadora ele desejaria utilizar para realizar a sua ligação de longa distância.

Sobre os serviços de telefonia celular, ele foi dividido, inicialmente, em nove concessionárias da banda A, resultantes do desmembramento das subsidiárias da Telebrás. As alterações mais expressivas do modelo inicial começaram a ocorrer a partir de 2001, quando a ANATEL iniciou as vendas de outras bandas (D, E, F, G, I, J, L, M e de extensão), possibilitando a entrada de novos competidores, o que levou a uma concorrência de pelos menos quatro empresas em cada região. Segundo Pires e Campos Filho (2002, pp. 298), nessa expansão ocorrida no final de 2001, foi estabelecido para as empresas entrantes um regime diferenciado em relação às exigências de universalização, ao controle tarifário, ao regime jurídico e sobre a possibilidade de expansão mais rápida para outros mercados.

Em relação aos limites de atuação e as regras de universalização e expansão das empresas, o § 2º do art. 10 do Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998, diz o seguinte:

§ 2º A prestação de serviços de telecomunicações em geral, objeto de novas autorizações, por titular de concessão de que trata o art. 6º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se todas as concessionárias da sua Região houverem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003.

Dessa maneira, a partir de 2003 (ou de 2001, caso já tivessem atingido as metas de

universalização e expansão), as empresas já estabelecidas puderam iniciar a sua entrada em outros mercados. Isso significa que empresas como a Telemar/Oi e Telefônica começaram a receber autorizações para atuar em mercados como o de longa distância, fora de suas regiões de concessão.

Em relação aos serviços de Internet, em 9 de agosto de 2001, entrou em vigor a Resolução nº 272, que estabelecia o regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), de modo a disciplinar, principalmente, a oferta de Internet Banda Larga no país. O art. 3º da referida Resolução estabelece o seguinte:

Art. 3º O Serviço de Comunicação Multimídia é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

Nesse sentido, busca-se uma caracterização e uma separação dos serviços de Internet Banda Larga dos demais serviços de telecomunicação. Tanto que no Parágrafo único do art. 3º, da Resolução nº 272, de 9 de agosto de 2001, definiu-se que:

Parágrafo único. Distinguem-se do Serviço de Comunicação Multimídia, o Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC) e os serviços de comunicação eletrônica de massa, tais como o Serviço de Radiodifusão, o Serviço de TV a Cabo, o Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS) e o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH).

No dia 10 de junho do ano de 2003, foi promulgado o Decreto nº 4.733 que trouxe algumas exigências para as empresas de telecomunicações, como o detalhamento das contas telefônicas, a emissão de fatura única, o estabelecimento de método de aferição dos serviços prestados e, talvez o mais importante em termos concorrenciais e de direitos dos consumidores, a instituição da portabilidade. Segundo o inciso VIII do art. 7º do supracitado decreto, as empresas deverão garantir “[...] a possibilidade de ser assegurada aos assinantes de serviço de telecomunicações, residenciais e não residenciais, a portabilidade do número local”.

Um novo Plano Geral de Outorgas (PGO), o Decreto nº 6.654, de 20 de novembro de 2008, foi promulgado e, dentre as alterações, é possível destacar o § 1º, incisos I e II, e o §2º do art. 6º que dispõem:

§ 1º As transferências que resultem em Grupo que contenha concessionárias em Setores de mais de uma Região definida neste Plano Geral de Outorgas implicam:

I - atuação obrigatória nas demais Regiões, por parte de prestadora de serviços de telecomunicações pertencentes ao Grupo que contenha as respectivas concessionárias, conforme dispuser o Plano Geral de Metas de Competição a ser editado pela Agência Nacional de Telecomunicações, observado o disposto no § 5º; e

II - obrigação de atender aos condicionamentos impostos pela Agência Nacional de Telecomunicações com a finalidade de assegurar a competição, impedir a concentração econômica prejudicial à concorrência e não colocar em risco a execução do contrato de concessão, em atenção ao que dispõe a Lei nº 9.472, de 1997, em especial nos seus arts. 97 e 98.

§ 2º São vedadas as transferências que resultem em Grupo que contenha concessionárias em Setores de mais de duas Regiões definidas neste Plano Geral de Outorgas, observado o disposto no § 5º

Desse modo, percebe-se que as alterações do novo PGO se deram no sentido de suprimir as restrições que impediam a atuação das concessionárias de telefonia fixa local, ou de suas controladas e controladoras, em mais de uma região. No entanto, a permissão de atuação foi somente para, no máximo, duas regiões distintas.

Acerca dos serviços de TV por Assinatura, a evolução do seu marco regulatório foi um pouco diferente dos demais serviços de telecomunicações. Tal diferença pode estar relacionada ao fato desse serviço, desde a sua primeira regulamentação, ter sido prestado por empresas particulares, de modo que não ocorreram privatizações de empresas de TV por Assinatura. A primeira iniciativa no sentido de disciplinar o serviço foi por meio do Decreto n. 95.744, de 23 de fevereiro de 1988, que aprovava o Regulamento do Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA). O art. 2º do referido Decreto caracteriza esse serviço da seguinte forma:

Art. 2º O Serviço Especial de Televisão por Assinatura - TVA é o serviço de telecomunicações, destinado a distribuir sons e imagens a assinantes, por sinais codificados, mediante utilização de canais do espectro radioelétrico, permitida, a critério do poder concedente, a utilização parcial sem codificação

De acordo com a Teleco (2010), um ano depois da aprovação do supracitado Decreto, o serviço de TV por Assinatura, efetivamente, entrou em operação no país. Em 1990, o Ministério das Comunicações já havia autorizado a instalação de redes de cabos em 62 cidades brasileiras. Logo em seguida, em outubro de 1991, foi editada a Norma nº 230 do Ministério das Comunicações, que passou a disciplinar o uso de satélites nos serviços de telecomunicações, o que englobava os serviços de TV por Assinatura via satélite.

Posteriormente, em 6 de janeiro de 1995, foi aprovada a Lei nº 8.977, mais conhecida como Lei do Cabo, que tinha o intuito de regulamentar a oferta de TV a Cabo no país. Em 14 de abril de 1997, com base na Lei do Cabo, entrou em vigor o Decreto nº 2.206, aprovando o atual Regulamento do serviço de TV a Cabo. O art. 2º da Lei 8.977, de 6 de janeiro de 1995, caracteriza esse serviço como:

Art. 2º O Serviço de TV a Cabo é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte por meios físicos.

Parágrafo único. Incluem-se neste serviço a interação necessária à escolha de programação e outras aplicações pertinentes ao serviço, cujas condições serão definidas por regulamento do Poder Executivo.

Em 1997, devido à evolução tecnológica, surgiu a necessidade de se apurar a regulamentação para os novos meios tecnológicos que passaram a ser utilizados na oferta de TV por assinatura. Desse modo, o Ministério das Comunicações elaborou duas Portarias para resolver tal situação. Primeiro, em 16 de abril de 1997, foi revisada a Norma nº 002/94 através da Portaria nº 254. A Norma nº 002/94 – REV/97 apresenta como seu objetivo:

[...] estabelecer as condições para exploração e uso do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), promovendo a diversidade de fontes de informação e propriedade de permissionárias do Serviço, estimulando a competição intra e interserviços, preservando os interesses das comunidades locais e fazendo bom uso do espectro de frequências.

Em seguida, em 21 de maio de 1997, foi editada a Norma nº 008/97 por meio da Portaria nº 321, com o intuito de normatizar o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite (DTH).

Enfim, mesmo com a aprovação da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) em 1997 e, desse modo, com a transferência de obrigações do Ministério das Comunicações para a ANATEL, alguns serviços continuaram sendo regidos por suas antigas legislações. Esse foi o caso da TV por Assinatura oferecida por meio de cabos (TV a Cabo), que permaneceu sendo regida pela Lei do Cabo, com a modificação de que as outorgas de oferta desse serviço passaram a ser realizadas pela ANATEL.

2.1.3 A ANATEL

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) foi criada com base no inciso

XI do art. 21 da Constituição Federal 1988, modificado pela Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que inseriu no texto constitucional a necessidade de criação de um órgão regulador para o setor de telecomunicações e também, de acordo com os termos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a chamada Lei Geral das Telecomunicações (LGT).

O § 2º do art. 8 da LGT apresenta o caráter especial da ANATEL, informando que essa “[...] natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”

Quanto às atribuições da ANATEL, o caput do art. 8º da LGT já a caracteriza com a função de órgão regulador das telecomunicações e, desse modo, nos termos do caput do art. 1º da LGT, como responsável pela organização da exploração dos serviços de telecomunicação, mais especificamente, o parágrafo único do mesmo artigo explica:

A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.

Ainda em relação às atribuições da ANATEL, o caput do art. 19 da LGT dispõe que compete a essa agência “[...] adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade [...]” Os demais incisos do referido artigo relacionam as outras competências da ANATEL, dentre elas: adotar medidas para impedir a monopolização do mercado; reprimir as infrações à ordem econômica; assegurar o uso eficiente do espectro radioelétrico e de qualquer outro meio natural limitado para os serviços de telecomunicações; estimular a participação ativa do setor em âmbito internacional; e reprimir infrações dos direitos dos usuários.

Uma competência importante ANATEL quanto à defesa da concorrência é o inciso XIX, do art. 19 da LGT, que concede à agência a capacidade de

[...] exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Em suma, a presença de um ente regulador independente, dotado de uma capacidade técnica, é condição fundamental para garantir a concorrência justa nos mercados, defender os

direitos dos consumidores, incentivar os investimentos privados e gerar a confiança dos agentes na estabilidade das regras do setor.

2.2 O panorama do modelo atual e suas configurações

O modelo atual do setor de telecomunicações brasileiro é formado por uma série de objetivos, que podem ser resumidos em três principais. O primeiro, é o incentivo à concorrência entre os prestadores dos vários serviços. O segundo, é a garantia dos direitos dos usuários. E o terceiro, é a busca pela universalização do acesso a tais serviços.

A ANATEL (2008, p. 12) entende que, para garantir uma concorrência justa, é fundamental que o acesso dos usuários aos serviços prestados não seja discriminatório. Outro ponto importante é a garantia do acesso das empresas concorrentes às redes e infraestrutura em condições razoáveis. A eliminação dos subsídios cruzados entre os serviços e a regulação tarifária das empresas dominantes também se mostram como ações essenciais na garantia da competição justa. Por último, é determinante que o órgão regulador seja capaz de resolver quaisquer conflitos entre as prestadoras dos serviços, por meio de um processo transparente e justo.

Em relação à busca pela universalização do serviço, a ANATEL (2008, p. 12), verifica que tal empreitada deve ser realizada de modo a garantir que os serviços sejam de qualidade, não discriminatórios, a preços acessíveis e oferecidos dentro de um prazo aceitável. Esses termos valem tanto para os serviços individuais de telecomunicação quanto para os acessos coletivos das pessoas que não podem pagar as tarifas comercialmente razoáveis dos serviços individuais.

Nos subitens a seguir, são resumidamente apresentadas as atuais configurações dos principais agentes e serviços do setor de telecomunicações (telefonia fixa local, telefonia de longa distância, telefonia celular, TV por Assinatura e Internet Banda Larga). Para tanto, foram utilizados dados da ANATEL e da Teleco de anos recentes. Na apresentação dos dados, é importante fazer a ressalva de que um novo cenário competitivo vem se formando, devido a uma série de operações de fusão e aquisição realizadas nos últimos anos, em especial, a aquisição da Brasil Telecom (BrT) pela Telemar/Oi, da Intelig pela Tim e a compra da participação da Portugal Telecom na Vivo pela Telefônica. Como alguns dados se referem a períodos anteriores e outros a posteriores ao julgamento e autorização dessas operações pelo CADE, optou-se por apresentar os dados conjuntamente, mas com a indicação separada do nome de cada empresa.

2.2.1 A telefonia fixa local

A telefonia fixa local, denominada de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) na modalidade local, é oferecida por todo o território brasileiro de acordo com o Plano Geral de Outorgas (PGO). De acordo com o PGO, o Brasil foi dividido em três regiões e alguns setores especiais para atuação de empresas concessionárias e espelhos. A partir de 31 de dezembro de 2001, começaram a decair os limites para o número de prestadoras por região, de modo que novas empresas puderam entrar nesse mercado por meio de autorizações da ANATEL. Enfim, concorrem no mercado de STFC local as concessionárias, as empresas-espelho e as autorizadas.

As principais prestadoras que atuam nesses mercados são as concessionárias, Oi/Telemar, Telefônica, Oi/Telemar + Brasil Telecom (BrT), Sercomtel e CTBC, e as autorizadas, Embratel e GVT. A Figura 3 apresenta as regiões e setores para atuação das prestadoras do STFC local.

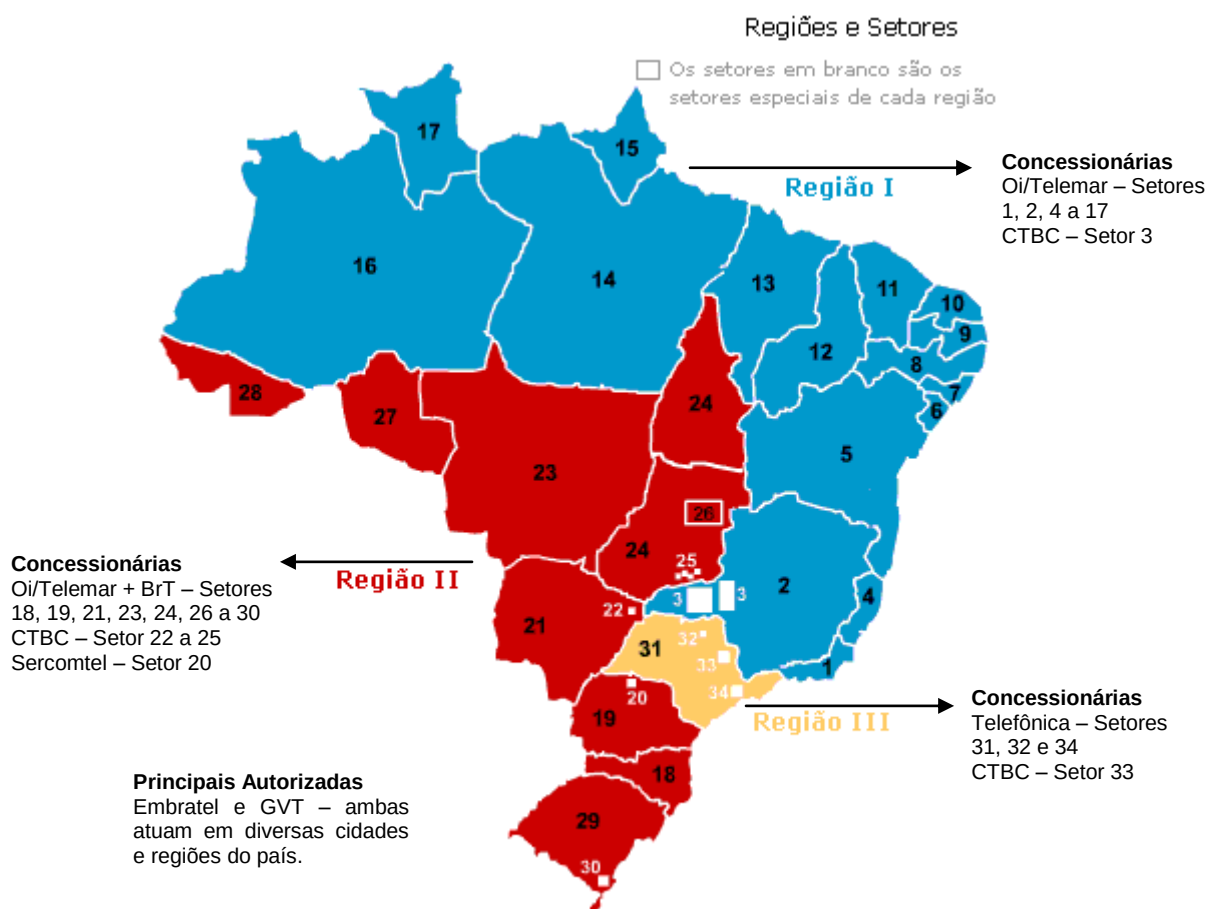


Figura 3 – Regiões do STFC local

Fonte: Teleco (2010).

As participações de mercado das prestadoras são apresentadas em seguida, utilizando como indicador a quantidade de acessos fixos em serviço, ou seja, o número de telefones que estão colocados à disposição dos usuários, incluindo os terminais de uso público. A Tabela 1 demonstra a evolução da quantidade dos acessos em serviço para o ano de 2009 e parte do ano de 2010.

Tabela 1 – Quantidade de acessos fixos em serviço da telefonia local fixa em milhares (dados trimestrais) – 2009 ao 3º trimestre de 2010

Operadoras	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10	2T10	3T10
Oi+BrT	21.897	21.789	21.479	21.344	21.126	20.796	20.561
Telefônica	11.576	11.475	11.333	11.250	11.192	11.260	11.309
Embratel	5.362	5.636	5.880	6.071	6.197	6.500	6.600
GVT*	1.121	1.218	1.330	1.442	1.574	1.765	1.946
CTBC	627	618	619	623	624	620	623
Sercomtel	156	159	160	160	160	162	163
Outros	561	606	699	609	527	597	598
BRASIL	41.300	41.500	41.500	41.500	41.400	41.700	41.800

*sem VOIP

Fonte: Teleco (2010).

A partir da Tabela 1, verifica-se que a quantidade de acessos fixos em serviço teve um crescimento de 1,2% entre o primeiro trimestre de 2009 e o terceiro trimestre de 2010. Esse crescimento foi ocasionado pela Embratel e pela GVT, que aumentaram sua base de assinantes em, respectivamente, 23,1% e 73,6%. Por outro lado, a Oi+BrT e a Telefônica perderam, respectivamente, 6,1% e 2,3% no número de acessos fixos em serviço. Já as demais operadoras de telefonia fixa local praticamente mantiveram a mesma quantidade de acessos fixos em serviço no referido período.

O Gráfico 3 apresenta o *market share*⁷ das prestadoras do STFC na modalidade local, em termos percentuais para o ano de 2010.

⁷ *Market share* é a participação (quota, fatia ou porção) de mercado detida por determinada empresa dentro de um mercado relevante.

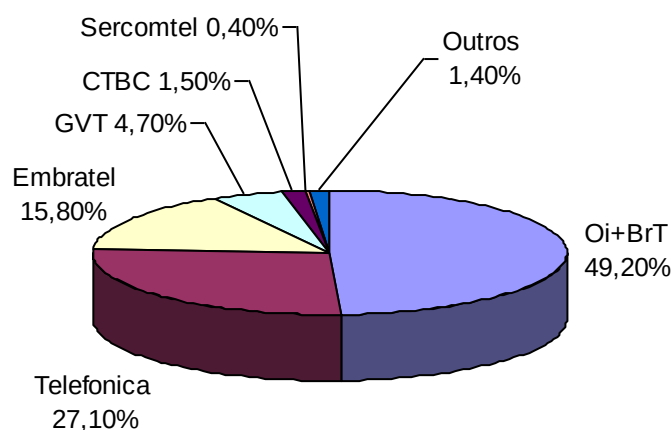


Gráfico 3 – *Market share* do STFC local - 2010

Fonte: Teleco (2010). Elaboração própria.

De acordo com o IPEA (2010, pp. 25-26), até o ano de 2010, não houve êxito na instalação de operadoras de telefonia fixa capazes de concorrer com as concessionárias nos serviços locais. As tentativas por meio das empresas-espelho não obtiveram sucesso e as concessionárias, após a liberação das autorizações, ainda não conseguiram expandir a sua área de atuação para além de suas regiões originais. Tal fato pode ser explicado pelo significativo investimento inicial de infraestrutura (postes, cabos, direitos de passagem), necessários para a entrada em determinada área.

No entanto, de acordo com os dados da Tabela 1, duas empresas autorizadas a atuarem no STFC local, Embratel e GVT, apresentaram, nos últimos dois anos, adições líquidas de em torno de um milhão de acessos em serviço, enquanto as concessionárias tiveram reduções nesse indicador. A Embratel possuía 5,4 milhões de assinantes no primeiro trimestre de 2009 e aumentou para 6,6 milhões no terceiro trimestre de 2010, uma variação próxima de 1,2 milhão de assinantes. A GVT, por sua vez, aumentou a sua quantidade de acessos fixos em serviço em aproximadamente 800 mil, saindo de 1,1 para 1,9 milhão no referido período. Por outro lado, as concessionárias mais tradicionais, Oi+BrT e Telefônica, perderam clientes nesse período. A Oi+BrT diminuiu de 21,9 para 20,6 milhões de acessos fixos em serviço, e a Telefônica caiu de 11,6 para 11,3 milhões. Tal constatação é capaz de demonstrar que a Embratel e a GVT estão ganhando mercado e se tornando concorrentes efetivas das concessionárias.

A explicação para o crescimento da Embratel nesse mercado está diretamente relacionada com a expansão da telefonia fixa VoIP no Brasil. Segundo a Teleco (2010), o VoIP é uma tecnologia para a comunicação de voz sobre redes de IP. Para utilizar o serviço, o

usuário deve ter acesso a uma Internet Banda Larga (ADSL, cabo, rádio). Desse modo, é possível fazer uma utilização simples do VoIP, que seria a comunicação entre dois computadores, ou o usuário pode utilizar a telefonia IP. Neste caso, o VoIP é usado para acessar a rede pública de telefonia fixa e de celular. Geralmente, o usuário tem à sua disposição dois tipos de serviços, um que só realiza chamadas e outro que recebe e faz ligações.

A quantidade de prestadores de serviços de VoIP no Brasil é muito grande, mas somente duas, Embratel/Net (Net Fone) e GVT, são efetivamente representativas. As demais possuem um número de assinantes muito incipiente. A Tabela 2 mostra a evolução do número de assinantes de telefonia fixa VoIP no Brasil entre os anos de 2008 e 2010.

Tabela 2 – Assinantes de telefonia fixa VoIP no Brasil em milhares (dados trimestrais) – 2008 ao 3º trimestre de 2010

Operadoras	1T08	2T08	3T08	4T08	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10	2T10	3T10
Net Fone	718	982	1.532	1.802	2.058	2.286	2.489	2.557	2.662	2.765	2.980
GVT	84	90	95	100	123	135	147	147	166	176	187

Fonte: Teleco (2010).

A partir dos dados da Tabela 2, percebe-se que a quantidade de assinantes do serviço Net Fone da Embratel/Net aumentou em 922 mil (um crescimento aproximado de 45%) entre o início de 2009 e o final de 2010, saindo de 2.058 para 2.980 milhões de assinantes. Tal aumento representa a maior parte do crescimento da Embratel no número de acessos em serviço do STFC local, apresentados na Tabela 1, conforme é possível visualizar no Gráfico 4.

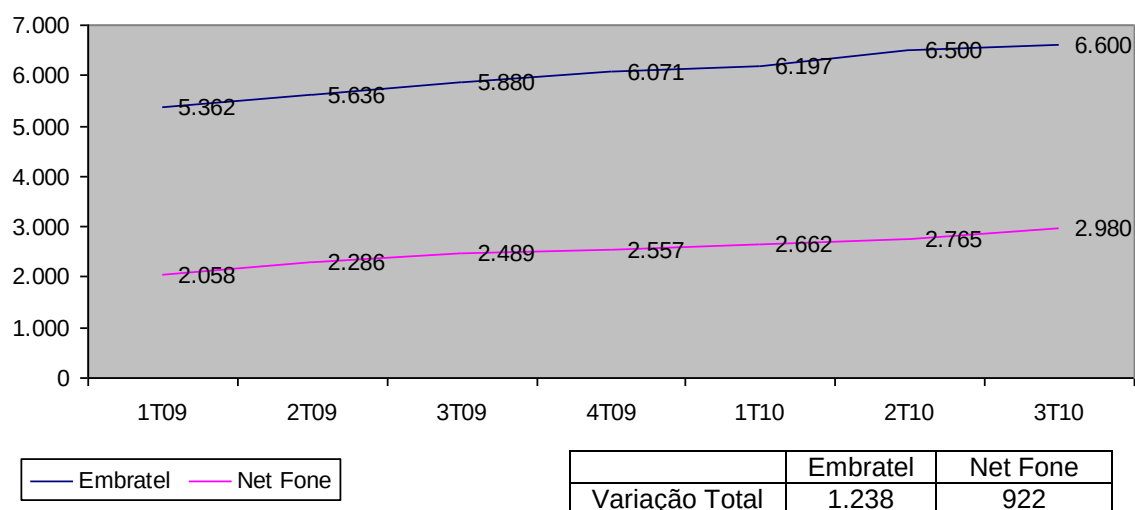


Gráfico 4 – Embratel (acessos em serviço) X Net Fone (assinantes) – 2009 ao 3º trimestre de 2010

Fonte: Teleco (2010). Elaboração própria.

Enfim, boa parte do crescimento da telefonia fixa no Brasil foi impulsionado pela Embratel, especialmente pelo seu serviço de telefonia VoIP, o Net Fone. Deste modo, percebe-se a importância da telefonia VoIP para o aumento da concorrência na telefonia fixa local.

2.2.2 A telefonia de longa distância

Dentro dos serviços de telefonia, existem duas outras modalidades além da telefonia local, a modalidade Longa Distância Nacional (LDN) e a Longa Distância Internacional (LDI). O grande diferencial nesses serviços foi a criação do Código de Seleção de Prestadora (CSP), em 1999, durante o processo de reestruturação do setor. Por meio dele, é possível escolher por qual empresa o usuário irá realizar as suas ligações de longa distância, nacionais ou internacionais. O formato desse código é padronizado em dois caracteres numéricos que devem ser digitados pelo usuário antes do código de área da localidade. Ele pode ser considerado como o principal responsável por inserir a concorrência nos mercados de telefonia de longa distância.

A partir de 2001, com a queda das limitações de entrada de novas empresas nesses mercados, várias autorizações começaram a ser realizadas pela ANATEL, de modo que, atualmente, inúmeras prestadoras de serviços de telefonia competem nos aludidos mercados. No entanto, são somente algumas poucas empresas que possuem uma participação significativa nesses serviços, as demais têm uma presença muito pequena.

No serviço LDI, um destaque deve ser dado à Embratel, que recebeu a concessão desse serviço durante os processos de privatização e, desde aquele período, vem se mantendo como a empresa com maior participação de mercado, acima de 50%. Nos últimos anos, ela aumentou sua parcela no mercado, atingindo mais de 60% em junho de 2010. O Gráfico 5 apresenta o *market share* em minutos tarifados de LDI para período de 2007 ao mês de junho 2010.

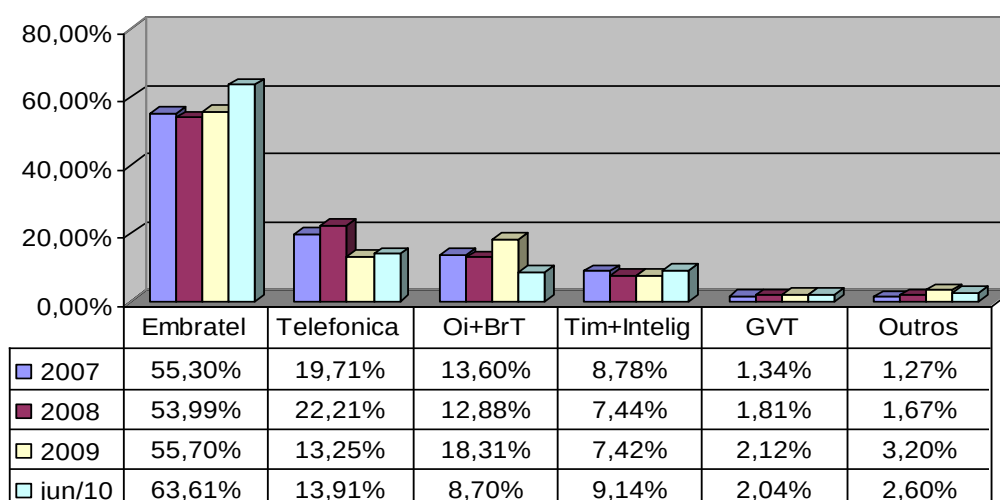


Gráfico 5 – *Market share* em minutos tarifados de LDI – 2007 a junho de 2010

Fonte: Teleco (2010). Elaboração própria.

Na modalidade Longa Distância Nacional (LDN), o ambiente se mostra um pouco mais competitivo. No entanto, do mesmo modo que no LDI, a quantidade de empresas que possuem uma presença significativa no mercado é reduzida, apesar de um grande número de empresas oferecerem o serviço. O Gráfico 6 mostra o *market share* em minutos tarifados de LDN para período de 2007 a junho de 2010.

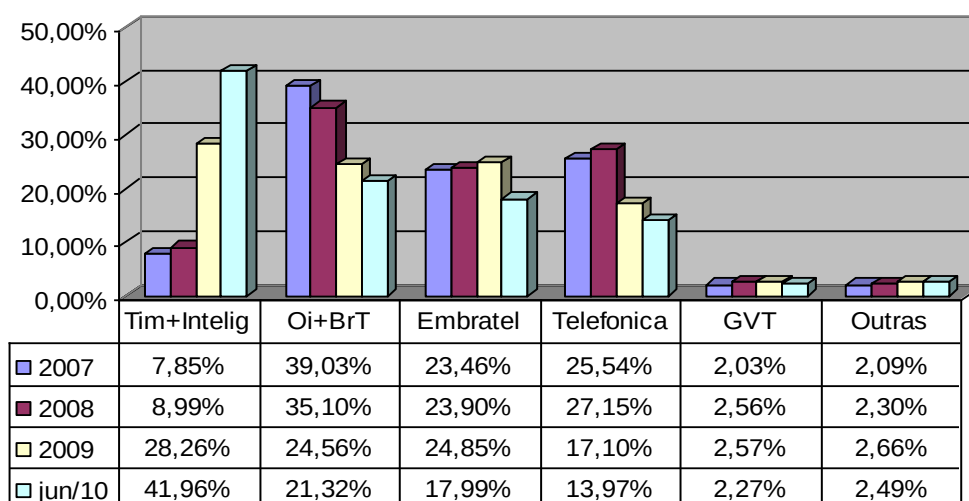


Gráfico 6 – *Market share* em minutos tarifados de LDN – 2007 a junho de 2010

Fonte: Teleco (2010). Elaboração própria.

No serviço LDN, com base no Gráfico 6, percebe-se que a Tim aumentou fortemente a sua parcela de mercado nos últimos dois anos, quando considera-se como indicador a

quantidade de minutos tarifados. Ela saiu de 9% em 2008 para mais de 40% em junho de 2010, enquanto as demais prestadoras reduziram as suas participações. No entanto, quando consideramos a renda bruta desse serviço como o indicador de *market share*, nota-se que a situação não se repete. As participações de mercado das prestadoras não se modificaram muito entre 2009 e 2010, e a parcela de mercado da Tim aumentou em uma magnitude muito inferior à situação anterior, algo em torno de 3%. A Tabela 3 apresenta o *market share* em receita bruta de LDN para período de 2009 a 2010.

Tabela 3 – *Market share* em Receita Bruta de LDN em % (dados trimestrais) – 2009 ao 3º trimestre de 2010

Operadoras	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10	2T10	3T10
Embratel	31,5	32,5	32,8	32,8	31,8	30,9	31,7
Oi	32,6	31,9	32,1	30,7	31,0	29,6	28,8
Telefônica	26,0	24,9	24,4	24,5	24,9	25,8	26,2
Tim	9,4	9,8	9,8	11,7	11,6	12,9	12,6
CTBC	0,6	0,9	0,9	0,3	0,7	0,8	0,7

* Inclui VC2 e VC3, exceto Telefônica para chamadas de origem no fixo.

Fonte: Teleco (2010).

Para visualizar melhor as diferenças entre os dois indicadores de participação de mercado da Tim, optou-se por representar no Gráfico 7 ambos os indicadores para os anos de 2009 e 2010.

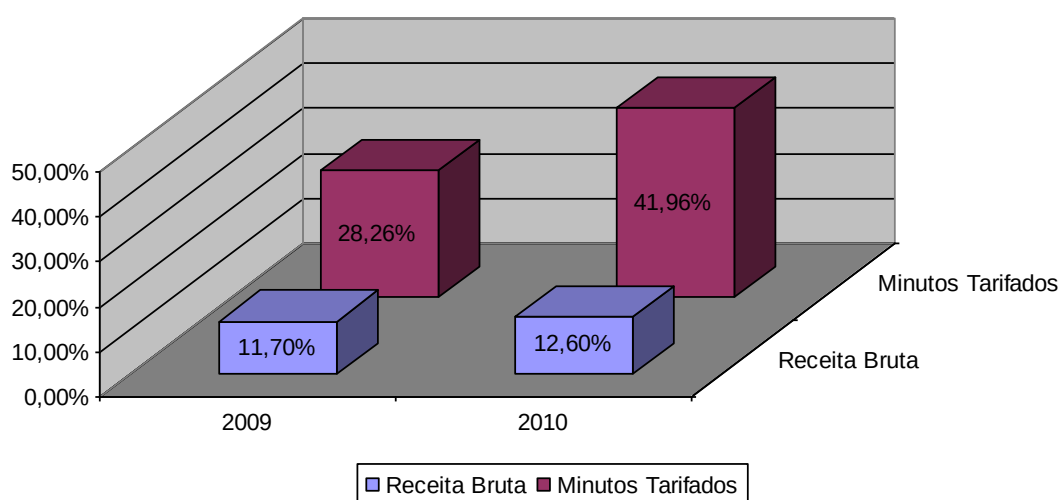


Gráfico 7 – *Market share* da Tim em % - Minutos Tarifados X Receita Bruta - 2009 a 2010

Fonte: ANATEL (2010); Teleco (2010). Elaboração própria.

Enfim, essas diferenças nas participações de mercado dos dois indicadores talvez possam ser explicadas pela estratégia da Tim, que, nos últimos anos, começou a oferecer

alguns pacotes de serviço especiais, com tarifas reduzidas nas ligações. Desse modo, entende-se que ocorreu uma adesão significativa a tais pacotes, o que levou a um aumento da quantidade de minutos tarifados de LDN pelo código da Tim, mas que, devido à tarifa reduzida dessas ligações, acabou elevando a receita bruta de LDN em uma magnitude bem inferior.

2.2.3 A telefonia móvel

A telefonia móvel celular, denominada atualmente de Serviço Móvel Pessoal (SMP), é dividida em três regiões e dez áreas de atuação. Essa situação é bem próxima à divisão inicial em dez regiões para o antigo Serviço Móvel Celular (SMC). Na época, algumas empresas receberam autorização para atuarem nas Bandas A e B. Posteriormente, as empresas foram autorizadas pela ANATEL a expandir as suas áreas de atuação, por meio de licitações de outras Bandas. A Figura 4 representa as três regiões e as dez áreas de atuação do território brasileiro, com a indicação das principais operadoras do SMP.

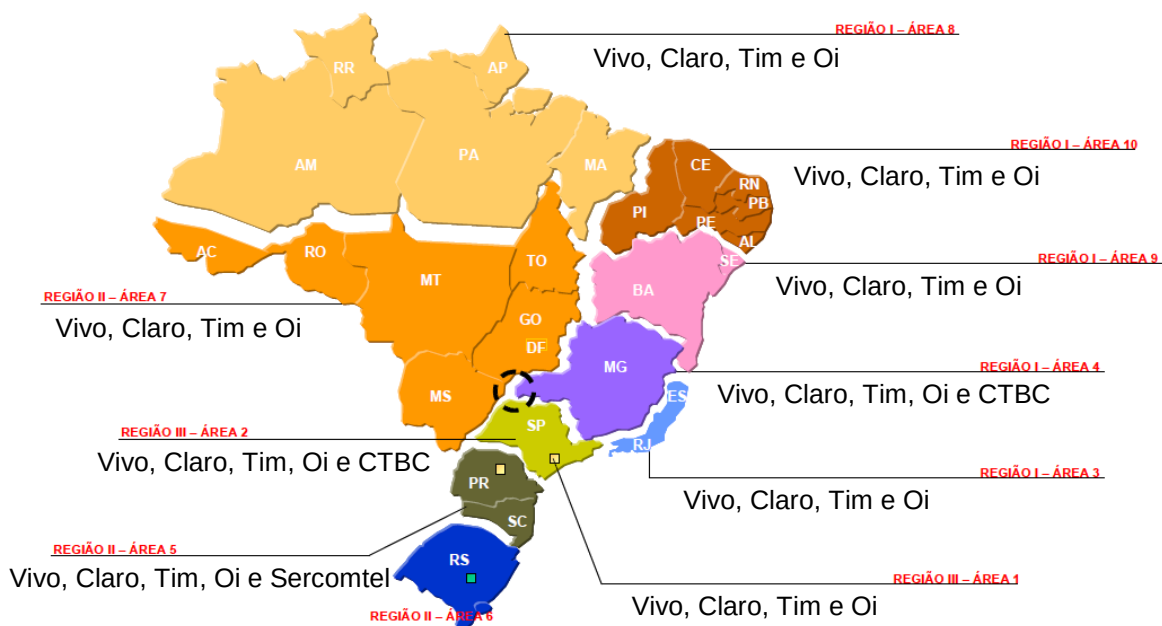


Figura 4 – Áreas de concessão de telefonia celular e operadoras em 2010

Fonte: Teleco (2010).

Segundo o IPEA (2010, p. 25), na telefonia celular é possível constatar um ambiente concorrencial em que:

- i) há equilíbrio no número de assinantes dos maiores prestadores de serviço;
- e ii) mais da metade dos municípios brasileiros são atendidos por mais de uma prestadora de SMP, algo facilitado pelo fato dos operadores de rede poderem explorar o serviço em todo o território nacional, e não apenas em uma outorga específica.

Nesse sentido, verifica-se que o mercado de telefonia celular possui relativa concorrência, sendo que, na maioria das cidades brasileiras os usuários têm quatro ou cinco opções de prestadoras à sua disposição. Em termos de mercado nacional, verifica-se que ele está dividido entre quatro grandes operadoras (Vivo, Claro, Tim e Oi), com participações de mercado bem próximas. O Gráfico 8 apresenta o *Market Share* do SMP para o ano de 2010.

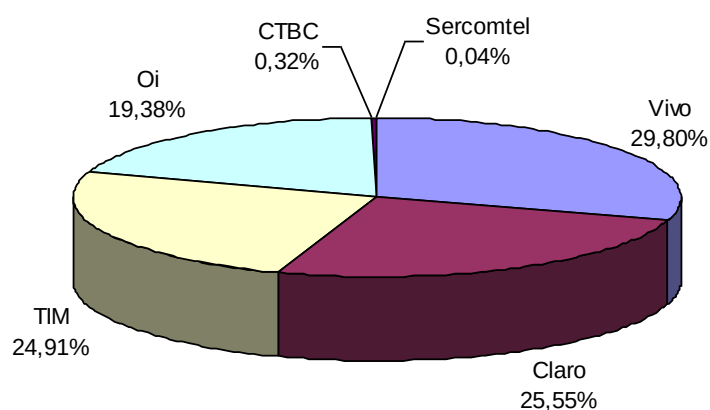


Gráfico 8 – *Market share* do SMP - 2010

Fonte: Teleco (2010). Elaboração própria.

A Tabela 4 relaciona as adições líquidas de celulares das principais operadoras entre os anos de 2007 e 2010.

Tabela 4 – Adições líquidas de celulares das operadoras em milhares – 2007 a 2010

Operadoras	2007	2008	2009	2010
Vivo	4.896	7.560	6.799	8.548
Claro	6.347	8.503	5.669	7.237
Tim	5.843	5.148	4.698	9.913
Oi	3.998	8.329	6.062	3.218
CTBC	-10	91	85	76
Sercomtel	-13	12	0	-7
Total	21.061	29.643	23.313	28.985

Fonte: Teleco (2010).

Em relação à Tabela 4, é possível perceber que as quatro principais empresas tiveram aumentos na quantidade de celulares relativamente diversos ao longo dos anos. No total, as

adições de celulares em 2010 foram 24,3% maiores que em 2009. A Oi, no ano de 2010, teve uma redução expressiva nas suas adições de celulares, 47% menores em relação ao ano de 2009. A Vivo e a Claro aumentaram as suas adições líquidas de celulares, respectivamente, em 25,7% e 27,7% em 2010. Por último, a Tim teve aumentos na quantidade celulares relativamente maiores que suas concorrentes no ano de 2010. Em comparação ao ano de 2009, ela elevou as suas adições líquidas de celulares em 111%. Esta constatação pode estar relacionada com a anteriormente mencionada elevação dos seus minutos tarifados do serviço de Longa Distância Nacional (LDN). É possível que a maior elevação do número de celulares também esteja ligada à estratégia da empresa de oferecer alguns pacotes de serviço especiais, com tarifas reduzidas nas ligações. Dessa maneira, para usufruir de tais pacotes, o usuário porventura tenha que adquirir um celular da Tim.

Dentro do serviço de telefonia móvel, pode-se destacar, ainda, a operadora Nextel, que possui licença para o Serviço Móvel Especializado, oferecendo um sistema de radiocomunicação mais direcionado para o mercado corporativo e com um grande número de usuários. A Tabela 5 apresenta a evolução do número de acessos da operadora, em milhares, da operadora entre os anos de 2009 e 2010.

Tabela 5 – Quantidade de acessos e adições líquidas da Nextel em milhares (dados trimestrais) – 2009 ao 3º trimestre de 2010

Nextel	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10	2T10	3T10
Acessos	1.939	2.106	2.291	2.483	2.663	2.867	3.113
Adições Líquidas	127	167	185	192	181	204	245

Fonte: Teleco (2010).

A partir da Tabela 5, pode-se verificar que a quantidade de assinantes da Nextel cresceu fortemente em menos de dois anos, uma elevação superior a um milhão de acessos, atingindo mais de três milhões de assinantes no final do terceiro trimestre de 2010. Apesar desse valor expressivo e dos serviços oferecidos guardarem certa similitude com a telefonia celular, em termos do mercado nacional, ela não pode ser considerada uma concorrente direta das operadoras de telefonia celular. Isto se justifica pelo fato de a sua área de cobertura ser restrita a alguns centros urbanos e os seus serviços serem direcionados para as empresas. Desse modo, entende-se que a Nextel concorre com as empresas de celular somente nos grandes centros urbanos, onde ela possui cobertura, e nos serviços destinados ao mercado corporativo. No entanto, a Nextel está iniciando a implantação de sua rede 3G, por meio da compra de várias licenças da Banda H e da perspectiva de investir U\$4,5 bilhões nos

próximos cinco anos, o que representa uma boa possibilidade dela se tornar, em pouco tempo, um efetivo competidor no mercado nacional de telefonia móvel.

2.2.4 TV por Assinatura

O mercado de TV por Assinatura pode ser compreendido, inicialmente, pelas quatro modalidades tecnológicas de outorga. De acordo com a Teleco (2010), a primeira modalidade é a TV a Cabo, na qual a distribuição dos sinais de áudio e vídeo é realizada utilizando cabos (coaxiais e fibras óticas). A área de atuação desse tipo de modalidade é restrita aos grandes centros urbanos, pois eles são economicamente mais atrativos e também pelo fato de os investimentos iniciais em infraestrutura serem elevados. A segunda é o MMDS (Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanais), no qual os sinais de áudio e vídeo são oferecidos por meio de radiofrequências na faixa de microondas (2.500 a 2.680 MHz). Essa modalidade também é mais concentrada nos grandes centros urbanos. A terceira é a DTH (*Direct To Home*), na qual os sinais são distribuídos através de satélites. Nesse caso, as barreiras geográficas são reduzidas, de modo que a abrangência para a atuação desse serviço é de, praticamente, todo o território nacional. A última modalidade é o Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA), no qual a oferta do serviço é feita por radiofrequência de um único canal em UHF.

O mercado nacional é relativamente concentrado em duas operadoras, a Net (TV a Cabo) e a Sky (DTH). As participações de mercado, com base no número de assinantes para o ano de 2010, são mostradas no Gráfico 9.

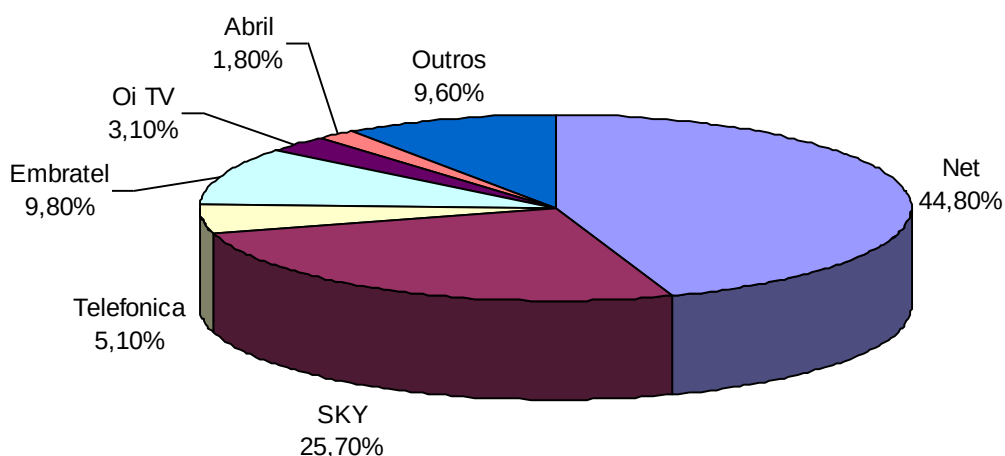


Gráfico 9 – *Market share* da TV por Assinatura - 2010

Fonte: Teleco (2010). Elaboração própria.

A Tabela 6 apresenta a quantidades de assinaturas por operadora em milhares para o período de 2009 até o terceiro trimestre de 2010.

Tabela 6 – Quantidade de assinantes de TV por Assinatura em milhares (dados trimestrais) – 2009 ao 3º trimestre de 2010

Operadoras	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10	2T10	3T10
Net*	3.347	3.480	3.645	3.690	3.776	3.883	4.065
SKY	1.892	1.907	1.885	1.969	2.040	2.180	2.331
Telefônica**	502	514	508	487	469	469	466
Embratel*	34	116	201	317	444	656	893
Oi TV	61	62	113	234	283	265	280
Abril**	...	...	...	166	165	166	167
Outros	...	...	...	610	742	807	872
Total	6.555	6.804	7.098	7.473	7.919	8.426	9.074

*Apesar da Embratel ser a atual proprietária da Net, optou-se por apresentá-las separadamente, com intuito de destacar o crescimento da oferta do serviço via satélite (DTH).

** A Telefônica realizou uma operação de concentração com a Abril em 2006, mas até o momento tal ato de concentração ainda não foi julgado pela CADE. Desse modo, pelo fato de não existir um posicionamento definitivo para a operação, optou-se por apresentá-las separadamente.

Fonte: Teleco (2010).

A partir da Tabela 6, percebe-se que o número de assinaturas aumentou expressivamente nos dois últimos anos. Entre o primeiro trimestre de 2009 e o terceiro trimestre de 2010, a quantidade de assinantes de TV por Assinatura se elevou em 38,4%. Esse fato também foi constatado no relatório da ANATEL para o ano de 2009. Segundo a ANATEL (2009, p. 81), a evolução verificada deveu-se a dois fatores: “[...] a ampliação da oferta conjunta de múltiplos serviços (os combos) e a oferta de serviços de TV por Assinatura prestados via satélite [...]”. Em relação ao aumento dos serviços via satélite, realmente se constata uma forte elevação na participação da Oi e, mais expressivamente, da Embratel. Ambas as empresas aumentaram a sua participação, respectivamente, em 359% e 2.526,5% desde o início de 2009. Desse modo, apesar do mercado ainda se mostrar concentrado em apenas duas prestadoras (Net e Sky), a elevação na oferta de TV por Assinatura das operadoras de telefonia fixa demonstra que a concorrência no mercado tende a aumentar.

Ademais, é importante ressaltar a atuação da ANATEL, que, nos últimos anos, tem alterado a regulamentação, possibilitando a autorização para a entrada de novas operadoras, no sentido de expandir os serviços de TV por Assinatura e aumentar a concorrência no mercado. Nesse sentido, no dia 25 de novembro de 2010, a ANATEL aprovou um novo Planejamento do Serviço de TV a Cabo, que retirou as limitações do número de competidores e a necessidade de licitações para obtenção de licenças.

2.2.5 Internet Banda Larga

Os serviços de Internet Banda Larga são oferecidos por diversos meios tecnológicos.

De acordo com a Teleco (2010), as conexões banda larga podem ser oferecidas através da tecnologia ADSL, pelas operadoras de telefonia fixa, utilizando os cabos telefônicos para a transmissão de dados. Outro tipo de conexão é a Internet a Cabo, que utiliza a rede de cabos das operadoras de TV a Cabo. As operadoras de TV por Assinatura do tipo MMDS e outras empresas menores oferecem a conexão por rede wireless ou Internet a rádio. Algumas poucas oferecem o serviço via satélite. E, por último, as operadoras de telefonia móvel oferecem o acesso à banda larga móvel, principalmente por meio da tecnologia 3G.

Em termos de tipologia regulamentar, para a atuação no mercado de banda larga fixa, é necessária a autorização da ANATEL para o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e, para a banda larga móvel, a autorização é para o Serviço Móvel Pessoal (SMP). Desse modo, poder-se-ia dissociar a banda larga em dois mercados distintos, fixo e móvel. No entanto, parece mais plausível considerá-los como serviços concorrentes diretos, em especial a banda larga móvel oferecida através de um modem 3G, e, portanto, incluí-los em um único mercado relevante.

A Tabela 7 mostra a quantidade de acessos à Internet Banda Larga, em milhares, para os anos de 2009 e 2010. Apesar de alguns grupos empresariais como a Telemar/Oi, a Telefônica/Vivo e a Claro/Embratel/Net oferecerem tanto a banda larga fixa como a móvel, optou-se por apresentar, inicialmente, os dados dissociados por tipo de banda larga. Os dados para banda larga móvel são apresentados unificados até o terceiro trimestre de 2009 e, posteriormente, distribuídos entre as principais operadoras.

Tabela 7 – Quantidade de acessos à Internet Banda Larga em milhares (dados trimestrais) – 2009 ao 3º trimestre de 2010

Operadoras	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10	2T10	3T10
Oi (fixa)	3.938	4.066	4.142	4.211	4.266	4.307	4.324
Net (fixa)	2.452	2.605	2.790	2.882	2.988	3.100	3.329
Telefônica (fixa)	2.657	2.727	2.578	2.636	2.799	2.972	3.137
GVT (fixa)	494	541	604	669	747	887	996
CTBC (fixa)	211	205	202	203	208	216	228
Vivo (móvel)	..	..	..	1.267	1.557	1.739	1.971
Tim (móvel)	..	..	..	1.575	1.586	1.624	1.664
Claro (móvel)	..	..	..	1.156	1.276	1.326	1.367
Oi (móvel)	..	..	..	435	456	461	443
CTBC (móvel)	..	..	..	28	34	33	32
Outras	608	610	685	779	781	786	786
Banda Larga Móvel	3.132	3.600	4.050	..	..	..	..
Total	13.492	14.354	15.051	15.841	16.698	17.451	18.277

Fonte: ANATEL (2010); Teleco (2010). Elaboração própria.

Com base na Tabela 7, percebe-se que a quantidade de usuários desse tipo de conexão se elevou fortemente a partir de 2009, aproximadamente 35,5% até o terceiro trimestre de 2010. O principal destaque é para a banda larga móvel, que elevou a quantidade de assinantes em mais de dois milhões no período em questão, um aumento de 74,9%. Já na banda larga fixa, nota-se que os aumentos no número de acessos das principais operadoras, Oi, Net e Telefônica, foram de, respectivamente, 9,8%, 35,8% e 18,1%. O Gráfico 10 apresenta as participações de mercado para Internet Banda Larga em termos percentuais para o ano de 2010.

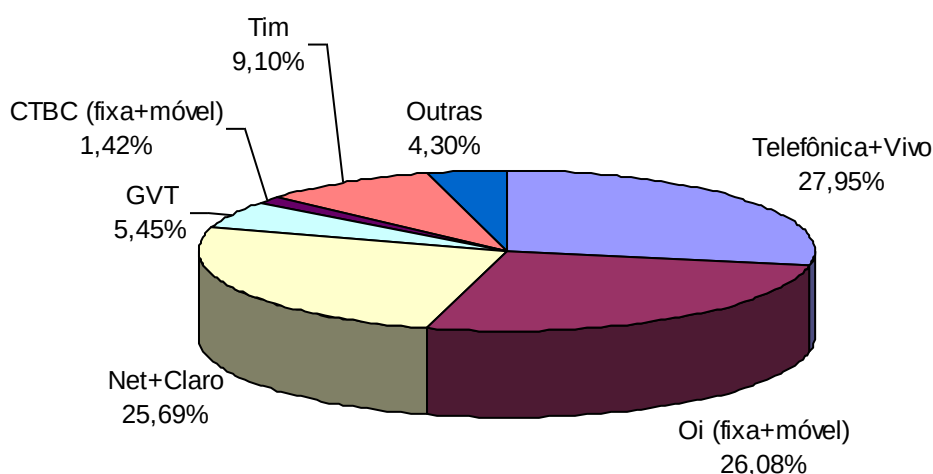


Gráfico 10 – *Market share* da Internet Banda Larga - 2010

Fonte: ANATEL (2010); Teleco (2010). Elaboração própria.

Em relação ao Gráfico 10, constata-se que o mercado nacional é mais concentrado em três grupos empresariais, as duas operadoras de telefonia fixa, Oi e Telefônica, e a operadora de TV por Assinatura, Net. Desse modo, é possível entender que, devido às restrições na área de atuação dessas empresas, somente nos grandes centros urbanos duas dessas operadoras concorrem entre si, enquanto que nos municípios menores uma operadora de telefonia fixa domina o mercado. No entanto, isso não significa que nestes municípios não exista concorrência. Na verdade, geralmente as operadoras de telefonia fixa concorrem com prestadoras locais de Internet wireless e, atualmente, com a banda larga móvel, devido ao crescimento da cobertura 3G das operadoras de telefonia celular.

Em relação à banda larga móvel, com base nos dados apresentados acima, percebe-se que ela já se tornou uma concorrente efetiva da banda larga fixa. Isto pode ser justificado pelo fato de que, no terceiro trimestre de 2010, a banda larga fixa representava 70% e a banda larga

móvel 30% do total de acessos no país. É possível destacar, ainda, que o seu crescimento foi muito elevado nesse último ano, com um aumento de mais de 1,3 milhões de modems, sendo que a Vivo foi responsável pela maior fatia dessa elevação, com um acréscimo de um milhão de modems. O Gráfico 11 apresenta as adições líquidas de terminais de dados, em milhares, das principais operadoras para o período de janeiro a novembro de 2010.

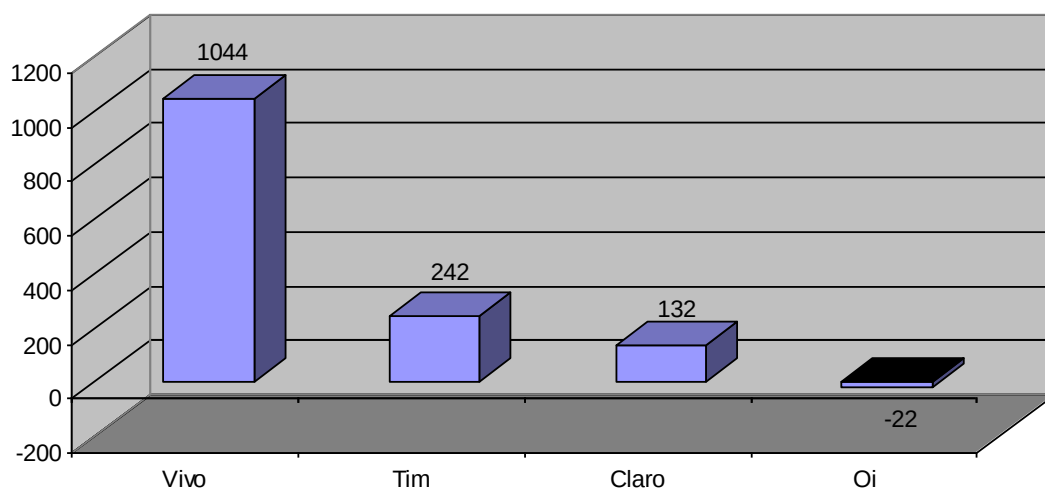


Gráfico 11 – Adições líquidas de terminais de dados em milhares – jan-nov/2010

Fonte: Teleco (2010).

Em suma, é possível constatar que a Internet Banda Larga é um serviço em ampla expansão no Brasil e a banda larga móvel tem contribuído fortemente para isso. Ademais, com a expansão da cobertura 3G das operadoras de celular, percebe-se que a oferta desse serviço tende a manter um ritmo forte de crescimento e com aumento da concorrência.

2.3 Elementos determinantes da concorrência no setor de telecomunicações na atualidade

A partir da seção anterior, é plausível a constatação de que o ambiente de competição no setor de telecomunicações varia conforme os mercados relevantes definidos, ou seja, de acordo com os serviços e regiões. Em relação às regiões, segundo o IPEA (2010, p. 29), as regiões mais densamente povoadas são as mais atrativas em termos econômico-financeiros e, desse modo, acabam apresentando uma maior concorrência entre as empresas. Já no caso dos serviços, a competição é mais determinada pelo modelo exploratório previsto no marco regulatório. Nesse sentido, é fundamental a identificação das operadoras que possuem um Poder de Mercado Significativo (PMS), de modo que a utilização de regulamentações

assimétricas possa favorecer o crescimento das pequenas empresas sem PMS, contribuindo para o aumento da competição.

Os fatores que influenciam a concorrência são numerosos e, em alguns casos, muito polêmicos. Como primeiro exemplo, poder-se-ia citar o caso da portabilidade numérica, que possibilitou, em certa medida, o aumento da concorrência ao garantir ao usuário o direito de manter seu número de telefone, independentemente da operadora.

Outra situação de influência sobre o ambiente competitivo seria, de acordo com o IPEA (2010, pp. 29-30), a ausência de uma regulação clara que separe a prestação do serviço e a operação da infraestrutura. Esse fato leva ao entendimento de que uma mesma licença de funcionamento de uma empresa vale tanto para a prestação do serviço quanto para a operação da rede. Tal omissão da regulamentação incentiva o surgimento de infraestruturas paralelas, o que eleva as barreiras à entrada. É nesse sentido que regras claras de interconexão e artifícios, como *unbundling*, se mostram importantes. As regulamentações que facilitam as interconexões são muito importantes, mas afetam diretamente os grupos com significativo PMS. Desse modo, o assunto se torna um pouco conflituoso, mas a atuação do agente regulador deve superar tais conflitos e assegurar a interconexão e a utilização das redes ociosas, garantindo o aumento do tráfego e a entrada de operadoras sem PMS. Acerca dos artifícios que garantem a interconexão, a ANATEL (2008, p. 153) entende que:

As taxas de acesso são formas de estímulo ao crescimento de prestadoras entrantes ou sem PMS, considerando que a utilização da receita advinda desta funcionalidade torna a prestadora capaz de competir no preço de público com as prestadoras estabelecidas ou com PMS.

Novamente em relação às licenças, um exemplo de influência sobre a concorrência seria o caso da licença para operação no Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Neste caso, uma prestadora, autorizada no SCM, não pode ofertar o Serviço Móvel Pessoal (SMP), mesmo que ambos ofereçam funcionalidades concorrentes. Desse modo, essas restrições nas licenças, que impedem uma operadora de atuar em outros mercados de natureza semelhante, prejudicam a concorrência no setor. Por isso, o entendimento de questões como a convergência tecnológica e de serviços é fundamental para a construção de regulamentação pertinente a um ambiente concorrencial.

Enfim, questões como as *essential facilities*, *unbundling*, interconexão, portabilidade e convergência tecnológica e de serviços são essenciais para compreender como a concorrência pode ser afetada pela regulação e pelas mudanças de tecnologia.

2.3.1 *Essential facilities, unbundling* e as regras de interconexão

O termo *essential facilities* se refere a uma doutrina jurídica que descreve um tipo especial de monopólio dentro da legislação antitruste. Ele está relacionado a um comportamento anticoncorrencial, no qual uma empresa utiliza seu poder de mercado para impedir a entrada de novos concorrentes, através da recusa de venda e acesso à determinada infraestrutura. De acordo com Pitofsky (2002, p. 2), a doutrina das *essential facilities* foi sendo construída ao longo do tempo dentro do judiciário norte-americano, aparecendo em vários casos em que um monopolista procurava excluir os seus concorrentes reais e potenciais por meio da recusa em negociar determinado produto ou serviço essencial para o concorrente atuar no mercado.

Ainda segundo Pitofsky (2002, pp. 5-6), existem alguns testes que devem ser realizados para atestar se, realmente, um monopolista é obrigado a conceder o acesso à sua infraestrutura. Desse modo, é necessário provar quatro fatores essenciais: a existência do controle da infraestrutura essencial por um monopolista; a incapacidade dos concorrentes de duplicarem a infraestrutura em questão; a negativa por parte do monopolista do acesso à infraestrutura por um concorrente sob condições razoáveis; e a viabilidade da oferta da infraestrutura aos concorrentes, sem implicar em prejuízos ao proprietário dela. Em relação ao último fator, pode-se mencionar, ainda, que o monopolista não é obrigado a compartilhar sua infraestrutura, quando isso levar à incapacidade dele atender a seus clientes de forma adequada.

Segundo o art. 3º, inciso V, da Resolução Conjunta nº 001 da ANEEL, ANATEL e ANP, de 24 de novembro de 1999, são consideradas infraestruturas essenciais na regulamentação brasileira:

[...] as servidões administrativas, dutos, condutos, postes e torres, de propriedade, utilizados ou controlados, direta ou indiretamente, pelos agentes que exploram os serviços públicos de energia elétrica, os serviços de telecomunicações de interesse coletivo e os serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, bem como cabos metálicos, coaxiais e fibras ópticas não ativados [...]

Com o intuito de solucionar o problema do controle sobre as *essential facilities* no setor de telecomunicações, a ANATEL elaborou a Resolução nº 410, de 11 de julho de 2005, denominada de Regulamento Geral de Interconexão (RGI). Conforme o art. 1º dessa resolução, as interconexões entre as redes das operadoras de telecomunicações são regidas

pela LGT, pelo RGI, pelas normas e regulamentos específicos para cada serviço e pelos contratos de interconexão celebrados entre as empresas. Acerca dos regulamentos específicos, a ANATEL aprovou a resolução nº 438, de 10 de julho de 2006, para regulamentar a remuneração pelo uso das redes das prestadoras de telefonia móvel (SMP) e a resolução nº 458, de 8 de fevereiro de 2007, para a remuneração pelo uso da rede de telefonia fixa (STFC).

O objetivo da RGI, conforme o art. 2º, é estabelecer “[...] os princípios e regras básicas para a interconexão de redes e sistemas das prestadoras de Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo, abrangendo os seus aspectos comerciais, técnicos e jurídicos.”

O RGI no art. 3º, inciso V, considera como interconexão a

[...] ligação de Redes de Telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os Usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com Usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.

Para garantir que as interconexões sejam realizadas de modo justo e correto, o art. 12º diz que: “As prestadoras de Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo são obrigadas a tornar suas redes disponíveis para Interconexão quando solicitado por qualquer outra prestadora de Serviço de Telecomunicações de interesse coletivo.” Já o art. 26 estabelece, que as redes de telecomunicação

[...] devem ser organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes: I – é obrigatória a Interconexão de redes; II – deve ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional; III – o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

Por último, ainda sobre as regras de interconexão e para garantir uma ampla e justa competição entre os prestadores de serviços, o art. 26 do RGI diz que é proibido: a prática de subsídios, para redução artificial de tarifas ou preços; o uso não autorizado de informações obtidas de concorrentes, por meio dos contratos de interconexão; a omissão de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviço por outrem; a exigência de condições abusivas para a celebração do contrato de interconexão; a obstrução ou demora intencional das negociações; a coação para celebrar o contrato de interconexão; e a imposição de condições que impliquem uso ineficiente das redes ou equipamentos interconectados.

Sobre a utilização das *essential facilities* por empresas concorrentes de um monopolista, e também relacionando com a questão das regras de interconexão, existe uma medida utilizada em alguns países que facilita a entrada de competidores em um determinado mercado. Tal medida é o *unbundling*, que, segundo Vargens Filho e Ferreira Júnior (2002, p.

59), significa a desagregação entre rede e serviço. De maneira mais específica, o termo se refere ao arrendamento de partes desagregadas das redes de infraestrutura por operadores que não possuem a sua própria. Desta feita, o *unbundling* é uma forma de interconexão, na qual empresas destituídas de infraestrutura podem ofertar seus serviços por meio de redes já existentes, reduzindo assim as barreiras à entrada nesse mercado.

Nas telecomunicações, particularmente na telefonia fixa, o *unbundling* normalmente é classificado em três tipos: o *full unbundling*, no qual a prestadora de telefonia local aluga os pares de fios de sua rede para operadoras concorrentes, de modo que esse par de fios fique totalmente dedicado à empresa locatária; o *line sharing*, que seria o compartilhamento do par de fios metálicos, de modo que a prestadora de telefonia local continue ofertando os serviços de telefonia e a operadora que aluga o par metálico ofereceria outro serviço, como a banda larga ADSL; e o terceiro tipo, o *bit stream*, em que a operadora de telefonia local fornece conexões de dados, por meio de seus pares de fios metálicos, para que outras operadoras possam ofertar os seus próprios serviços.

De acordo Mattos (2005, p. 16), o *unbundling* estabelece a obrigação das operadoras detentoras da infraestrutura de alugar os elementos de sua rede de maneira desagregada. Desse modo, evita-se que tais operadoras realizem vendas casadas, ou seja, ofereçam os elementos de sua rede para aluguel somente em conjunto. Tal medida desobriga uma empresa entrante a alugar partes da rede que ela considere desnecessárias. Caso não existisse essa desagregação no aluguel da infraestrutura, a empresa proprietária da rede poderia utilizar a venda casada para elevar os custos das suas concorrentes efetivas e potenciais, por meio de valores mais elevados do aluguel referentes a elementos desnecessários às suas rivais.

O *unbundling* também pode ser entendido como a possibilidade de se introduzir gradualmente a concorrência em determinado mercado, ao mesmo tempo em que se evitam duplicações ineficientes de uma infraestrutura. Mattos (2006, p. 1) entende que o objetivo principal do *unbundling* é incentivar a concorrência, tornando possível a uma empresa realizar a sua entrada por etapas, de maneira que ela escolheria quais as partes de uma rede ela construiria e quais ela alugaria. Acerca da regulação sobre a possibilidade de uma prestadora entrante investir ou de alugar uma infraestrutura, Vargens Filho e Ferreira Júnior (2002, p. 71) afirmam que: “O ponto de partida para a determinação do preço do *unbundling* é que este deve ser fixado num valor que torne os operadores entrantes indiferentes quando confrontados com a decisão entre investir e compartilhar uma infra-estrutura.”

Segundo Mattos (2006, p. 2), em alguns casos, os reguladores procuram utilizar o *unbundling* como um facilitador para a entrada de uma empresa, que baseia a sua entrada na

programação de construir futuramente sua própria infraestrutura. No entanto, apesar dessa medida significar um desperdício de duplicação, ela não compromete todos os elementos de uma rede, mas somente aqueles que se mostram economicamente ineficientes para replicação. Nesse sentido, o *unbundling* permite que uma prestadora entrante, por meio de um processo de *learning by doing*, possa determinar quais seriam os elementos de rede candidatos a um investimento futuro, reduzindo-se as incertezas.

Ainda de acordo com Mattos (2006, p. 60), a experiência internacional, em especial dos Estados Unidos e da Europa, mostram duas visões distintas sobre os caminhos do *unbundling*. Na Europa, respeita-se mais o *unbundling* como instrumento para incentivar a concorrência, especialmente no mercado de Internet Banda Larga. Por outro lado, os Estados Unidos entendem que, em certa medida, o *unbundling* pode reduzir os incentivos aos investimentos e inovação, tanto pela prestadora detentora da rede quanto pela entrante. Enfim, percebe-se que a implementação do *unbundling* deve ser realizada de forma parcimoniosa, garantindo o incentivo à concorrência, sem se reduzir o investimento e a inovação.

2.3.2 Portabilidade

A portabilidade numérica, segundo a Teleco (2010), é a capacidade do usuário (pessoas, negócios e organizações) de continuar com o mesmo número de telefone e a mesma qualidade de serviço quando muda para um novo prestador de serviços de telefonia. A portabilidade é utilizada em vários países com bons resultados. Nos Estados Unidos, ela foi inserida em 1999 para os telefones fixos, em 2003 para os celulares e em 2007 para a telefonia VoIP. Na América Latina, alguns países já adotaram tal medida. No México, a possibilidade de trocar de operadora mantendo o número do telefone, tanto para telefonia fixa quanto para celular, foi disponibilizada a partir de julho de 2008. No Equador, essa medida iniciou sua vigência em 23 de maio de 2008. No Peru, portabilidade dos serviços móveis entrou em vigor em janeiro de 2010. E na Colômbia, a legislação sobre esse sistema foi aprovada em 2008 e a implantação da portabilidade numérica deverá ocorrer até 2012. A portabilidade também já é utilizada em vários outros países, como Japão, Coreia do Sul e em toda a União Europeia.

A portabilidade para a telefonia fixa e celular foi implantada no Brasil entre os anos de 2008 e 2009, de modo gradual, com base nos códigos de área. Em março de 2009, ela já havia sido implantada em todo o território nacional, permitindo ao usuário a capacidade de trocar de operadora mantendo seu número de telefone dentro de uma mesma área local, ou seja, dentro

da cobertura de um DDD.

Após dois anos do início da portabilidade no Brasil, quase dez milhões de usuários solicitaram a troca de operadora e oito milhões efetivamente realizaram a troca. Dos números de telefone portados, 31,62% foram de telefones fixos e 68,38% foram de celulares. No período de setembro de 2008 a dezembro de 2010, a taxa de efetivação (pedidos/portados) foi de praticamente 80%. A Tabela 8 apresenta a quantidade de pedidos e de portados para a telefonia fixa e móvel no período de setembro de 2008 a dezembro de 2010.

Tabela 8 – Quantidade de pedidos e de números de telefone portados – set/2008 a dez/2010

Telefonia	Pedidos	%	Portados	%	Taxa de efetivação (%)
Fixa	3.449.785	34,56	2.511.165	31,62	72,79
Celular	6.531.766	65,44	5.429.812	68,38	83,13
Total	9.981.551	100	7.940.977	100	79,56

Fonte: Teleco (2010).

Com base na Tabela 8, percebe-se que o grande número de pedidos de troca de operadora, e também as trocas efetivadas, ensejam que as prestadoras estão competindo entre si na tentativa de conquistar os clientes de outrem e na busca da ampliação de suas parcelas de mercado. Em suma, é possível constatar que a portabilidade é uma excelente medida para fomentar a concorrência entre as operadoras de telefonia, pois elimina as restrições de escolha dos usuários e incentiva as prestadoras a oferecerem condições melhores com o intuito de manter os assinantes e de conquistar os da concorrente.

2.3.3 Convergência

Segundo o IPEA (2010, p. 2), o setor de telecomunicações vivenciou, nas últimas décadas, um intenso processo de transformações, com destaque especial para a convergência entre as tecnologias que compõem a infraestrutura necessária para se oferecer os serviços. As tecnologias da computação em rede, da microeletrônica, da tecnologia da informação e das telecomunicações convergiram para propiciar novos serviços. De acordo com a ANATEL (2008, p. 148),

A palavra convergência vem, durante os primeiros anos do Século XXI, se transformando em chave para o desenvolvimento de soluções tecnológicas, objetivando capacitar as prestadoras de serviço na oferta de todas as formas de serviços e facilidades aos usuários. Isto se deve à caracterização das comunicações como multimídia (som, imagem e movimento), fator impulsionador de plataformas que tenham capacidade para tratamento das diversas formas de oferta existentes, inclusive considerando o aspecto da tendência às comunicações pessoais, calcadas na mobilidade e na banda

larga.

Desta feita, percebe-se que o setor de telecomunicações, nos últimos anos, se tornou o principal propulsor de novas tecnologias de comunicação, gerando impactos diretos nas grandes empresas, no Estado, nas organizações em geral e na vida das pessoas.

Na década de 1970, de acordo com o IPEA (2010, p. 2-3), a invenção e o desenvolvimento da microeletrônica e microprocessadores possibilitaram o início da digitalização das redes. No entanto, tais redes permaneciam separadas, de modo que os equipamentos desenvolvidos eram especializados para determinada função. Nesse sentido, as infraestruturas em telecomunicações eram específicas para cada tipo de serviço, ou seja, uma para a telefonia fixa, uma para a telefonia móvel, uma para os serviços de satélites, e a interligação entre elas era reduzida. Ademais, as redes para transmissões de sinais de TV e rádio eram ainda mais distantes dos demais serviços de telecomunicações.

A partir da década de 80 e mais intensamente na década de 90, teve o início da convergência entre as tecnologias das telecomunicações com a informática. O IPEA (2010, p. 3-4) constata que o grande propulsor dessa mudança foi a consolidação do uso dos protocolos da família *Internet Protocol* (IP), que eram os protocolos usados para a comunicação de dados em que se baseia a Internet e outras redes de computadores. O desenvolvimento tecnológico alcançou um grau de desenvolvimento em que deixou-se de utilizar a tecnologia tradicional de comutação por circuitos e optou-se pela comutação por pacotes, possibilitando a utilização nos equipamentos de telecomunicações dos protocolos da família IP.

Segundo a ANATEL (2008, pp. 147-148), a mudança para as redes baseadas em comutação por pacotes, com base no substrato IP, criou as redes chamadas de *Next Generation Networks* (NGN), que permitem que todas as redes possam funcionar independentemente da tecnologia proprietária de acesso. Tal fato possibilitou uma larga flexibilidade na oferta de facilidades aos usuários dos sistemas de telecomunicações.

Desse modo, a transmissão de voz e fax começou a perder espaço para a transmissão de dados por IP. Essa alteração se deve essencialmente ao fato de que, com a utilização de dados por IP, era possível trafegar simultaneamente, pelas redes de telecomunicações, sinais advindos de diferentes serviços. Ademais, o uso dos protocolos IP levou a alocação mais eficiente dos equipamentos e das redes de telecomunicação, além de ter proporcionado ganhos expressivos na qualidade dos serviços.

A possibilidade de utilização dos protocolos IP só foi possível devido ao processo de digitalização dos serviços de telecomunicação iniciado na década de 70. Através dessa

digitalização, todos os sinais passaram a ser representados por sequências de *bits*, que podem ser transmitidos por diversos tipos de redes por meio dos protocolos IP. Desse modo, as infraestruturas específicas para cada tipo de serviço de telecomunicação começaram a desaparecer ou a se transformar para se tornarem capazes de transmitir dados IP. Este foi o caso das redes de telefonia fixa que passaram a ser capazes de transmitir dados digitalizados, por meio de protocolos IP, possibilitando o serviço de acesso à Internet. Outros serviços também estão se modificando com a digitalização e o uso do IP, como é caso da TV e da radiodifusão. Outros mais ainda estão surgindo e se consolidando, como os serviços de Internet (e-mail, acessos a redes sociais, comércio eletrônico).

A ANATEL (2008, pp. 149-150) constata, também, duas outras modificações importantes advindas da utilização dos protocolos IP e da convergência tecnológica e dos serviços das telecomunicações. Primeiro, os serviços convergentes estão diretamente relacionados à oferta de acesso em banda larga, pois, conforme cresce a quantidade de conteúdo multimídia, também se eleva a necessidade de velocidades mais rápidas de transmissão de dados. Dessa maneira, os serviços de banda larga fixa e móvel se mostram como soluções importantes e com especificidades que se ajustam a diferentes tipos de situação. A banda larga fixa seria mais direcionada aos usuários com uma demanda de taxas de transmissão mais elevadas e de melhor qualidade. Por outro lado, a banda larga móvel seria destinada aos usuários com a necessidade de mobilidade e taxas de transmissão altas. Segundo, a evolução da comunicação não é restrita apenas ao transporte e acesso dos serviços. O desenvolvimento tecnológico também é constante nos terminais, que têm convergido para dispositivos capazes de acessar múltiplas redes e funcionalidades. Um único equipamento é capaz de integrar a comunicação de voz e vídeo, recursos de multimídia, acesso à Internet, conexão Wi-Fi, Bluetooth e muitas outras funções, além das inovações que constantemente surgem.

É possível, ainda, mencionar que da convergência tecnológica surgiu uma nova área de conhecimento chamada telemática. Esta pode ser entendida como a combinação da eletrônica, da informática e da telecomunicação para a produção de técnicas de geração, tratamento e transmissão de informações. Ela utiliza diversos recursos tecnológicos da informática, como computadores, *softwares*, redes, conjuntamente com recursos das telecomunicações, como a telefonia, satélites, a transmissão de sinais de TV, para o processamento de grandes quantidades de dados e a comunicação entre os mais longínquos pontos do planeta. A telemática trouxe grandes mudanças para o mundo corporativo e financeiro, pois facilitou a expansão das grandes empresas, consolidando suas operações em

escala mundial, e possibilitou uma maior integração entre os mercados dos países.

Em suma, segundo a ANATEL (2008, p. 148), a perspectiva para os próximos anos é de uma demanda cada vez maior por serviços convergentes, onde o usuário, independentemente do equipamento terminal utilizado, possa acessar todo o rol de funções e redes disponível. Nesse cenário, percebe-se que as tecnologias, que irão perdurar no longo prazo, são aquelas que oferecem funcionalidades convergentes, ou seja, que oferecem a maior quantidade de serviços em um único acesso e equipamento.

Desta feita, ainda de acordo com a ANATEL (2008, p. 151), diante do processo de convergência tecnológica e dos serviços “[...] é necessário analisar o rol de Serviços de Telecomunicações existente, bem como os demais instrumentos regulatórios, de forma a promover a evolução da regulamentação para este cenário de convergência.” As mudanças na regulação, ao mesmo tempo que precisam se adequar ao processo de convergência, devem manter os princípios de busca da concorrência, de defesa dos direitos dos consumidores e de universalização do acesso.

Em suma, o setor brasileiro de telecomunicações passou por vários momentos distintos ao longo do século XX. Na sua fase inicial, ele era caracterizado pela presença de várias empresas ofertando os serviços de telefonia. Em seguida, ele passa por um processo de concentração dessas empresas sob a propriedade do Estado. Posteriormente, na década de 1990, o setor passa por um processo de desconcentração por meio das privatizações. E, atualmente, vislumbra-se, novamente, um processo de concentração, diante das várias operações de fusão e aquisição que vêm ocorrendo nos últimos anos. De todo modo, diante desse novo cenário e levando em consideração as questões concorrenciais, é possível identificar alguns pontos importantes. Primeiro, o setor demonstra um forte dinamismo, no qual, em curtos espaços de tempo, se verificam movimentos importantes das empresas. Algumas apresentaram rápidos crescimentos de mercado e, outras, perdas significativas. Em segundo lugar, é possível perceber que as inovações tecnológicas são fundamentais na determinação da dinâmica dos mercados em telecomunicações. Nesse sentido, fica claro que o processo de convergência tecnológica e de serviços está alterando o modo de competir das empresas. Por último, entende-se que o marco regulatório do setor deve ser constantemente modificado para se adequar às novas situações, garantindo a universalização do serviço, os direitos dos usuários e o incentivo à concorrência. No próximo capítulo, será dada uma maior atenção à questão concorrencial, por meio da análise dos posicionamentos das autoridades antitruste e do órgão regulador dentro dos atos de concentração julgados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

3 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS

O presente capítulo tem o objetivo de avaliar o entendimento das autoridades antitruste brasileiras (CADE, SEAE e SDE) e do órgão regulador (ANATEL) acerca dos principais elementos analisados nos processos de defesa da concorrência do setor de telecomunicações, especialmente nos atos de concentração. Para tanto, a primeira seção apresenta o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). A segunda seção analisa as delimitações do mercado relevante dos principais serviços de telecomunicações (telefonia fixa e móvel, TV por Assinatura e Internet Banda Larga). A terceira seção discorre sobre a possibilidade de exercício do poder de mercado. Por fim a quarta seção avalia as eficiências econômicas relacionadas às operações de concentração.

O setor brasileiro de telecomunicações vivenciou uma série de transformações ao longo de sua história, desde a instituição de monopólios naturais de propriedade do Estado a privatizações das empresas, como apresentado no capítulo anterior. Atualmente, um novo cenário competitivo vem se formando, impulsionado por duas situações. Primeiro, devido às várias mudanças tecnológicas que constantemente alteram as dinâmicas dos mercados e dos serviços oferecidos, seja por meio da convergência tecnológica e de serviços, seja pela oferta de novas e melhores funcionalidades para os usuários. Em segundo lugar, o ambiente concorrencial está sendo alterado por uma série de operações de fusão e aquisição realizadas nos últimos anos. O Quadro 8 relaciona as mais importantes operações realizadas entre 2006 e 2010 no Brasil.

Operações	Anúncio
Portugal Telecom anuncia acordo para entrar na Oi.....	julho de 2010
Telefônica compra parte da Portugal Telecom na Vivo...	julho de 2010
Vivendi compra a GVT.....	novembro de 2009
Tim compra a Intelig.....	março de 2009
Net compra a ESC 90.....	setembro de 2008
Oi compra a Brasil Telecom.....	abril de 2008
Oi compra a Amazônia Celular.....	dezembro de 2007
Net compra a BIGTV.....	dezembro de 2007
Vivo compra a Telemig Celular.....	agosto de 2007
Net compra a Vivax.....	outubro de 2006
Telefônica compra parte dos serviços da TVA.....	outubro de 2006
Oi compra a Way TV.....	julho de 2006

Quadro 8 – Operações de fusão e aquisição nas telecomunicações brasileiras - 2006-2010

Fonte: Teleco (2010).

Diante desse novo ambiente concorrencial, o grande obstáculo a ser transposto pelas autoridades antitruste brasileiras é garantir uma competição efetiva e justa entre as empresas do setor, de modo a evitar o reforço do poder de mercado capaz de prejudicar a concorrência e transferir a todos os usuários os benefícios das inovações tecnológicas. Desta feita, mostra-se importante compreender o funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e como são tratados os principais pontos de uma análise antitruste: definição do mercado relevante, possibilidade de exercício do poder de mercado e eficiências econômicas da operação.

3.1 As configurações do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

As primeiras manifestações efetivas de caráter antitruste no Brasil surgiram na década de 30, mas a primeira lei brasileira claramente baseada no *Sherman Act* foi a Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962. Ela criou o atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que tinha como seu principal dever reprimir qualquer abuso de poder econômico. Essa lei relacionava quais seriam as práticas anticompetitivas e determinava a possibilidade de cobrança de multas no caso de condenação. As décadas que sucederam a promulgação dessa lei foram caracterizadas por relativa ineficácia e inoperância da estrutura antitruste instalada no Brasil.

Somente em 1990 é que o Brasil pôde vislumbrar políticas de concorrência que, efetivamente, pudessem funcionar. A medida provisória nº 204 de 1990, que depois foi transformada na Lei nº 8.158 de 1991, trouxe algumas modificações para a estrutura antitruste brasileira. Dentre tais modificações pode-se destacar a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, que tinha como função atuar juntamente com o CADE na tentativa de corrigir o comportamento de agentes econômicos que pudessem perturbar os princípios constitucionais da ordem econômica. O período de 1990 a 1994 ficou caracterizado como de transição, onde ainda eram necessárias intervenções estatais, como as adotadas para o controle da inflação, juntamente com regras de defesa da concorrência.

Em 11 de junho de 1994, foi aprovada a Lei nº 8.884, que é a atual legislação antitruste brasileira. A partir desse momento, houve uma efetiva implantação de um sistema de defesa da concorrência no país. Dentre as principais alterações trazidas pela nova lei, pode-se destacar a transformação do CADE em autarquia especial - o que lhe conferiu uma maior

autonomia de decisões, tanto na questão financeira quanto na instrumental -; o aprimoramento dos instrumentos de repressão do abuso de poder econômico; e a criação de métodos preventivos por meio do controle de fusões e aquisições. Destaca-se, ainda, a introdução da teoria econômica nas análises antitruste.

Desse modo, em 1994, a partir da nova lei antitruste brasileira, foi possível criar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que é um conjunto de órgãos governamentais responsáveis pela prevenção e repressão de atos ou condutas que possam causar danos à livre concorrência e suas ações são delineadas pela lei antitruste brasileira (Lei nº 8.884/94). Ele é formado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), autarquia federal também vinculada ao Ministério da Justiça. A SEAE e a SDE são responsáveis pela instrução dos processos e o CADE é a instância judicante administrativa, responsável pelo julgamento dos processos e cujas decisões só podem ser reformadas pelo Judiciário.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) se depara com duas situações que devem ser instruídas, analisadas e julgadas. A primeira situação pela qual as autoridades antitruste se deparam são as condutas anticoncorrenciais e a segunda são os atos de concentração.

No caso das condutas anticoncorrenciais, a sua análise tem um caráter repressivo e elas podem ser tipificadas de duas maneiras: as unilaterais e as coordenadas. De maneira geral, as condutas anticoncorrenciais são definidas no art. 20 da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, como qualquer ato que possa

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Em termos mais específicos, as práticas restritivas horizontais são definidas e classificadas na Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do CADE. Segundo o anexo 1 desse diploma, as práticas restritivas horizontais “[...] consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios.” As mais comuns são: os cartéis, que são acordos explícitos ou tácitos realizados entre

concorrentes com o objetivo de estipular preços, quantidades produzidas, distribuição e divisão territorial, envolvendo grande parcela do mercado relevante, para tentar obter lucros próximos de uma situação de monopólio; outros acordos entre empresas, que são acordos temporários com o intuito de aumentar a eficiência produtiva e tecnológica e que envolve apenas parte do mercado relevante; ilícitos de associações profissionais, que podem ser entendidas como quaisquer práticas que, sem justificativa, prejudiquem a concorrência entre os profissionais; e preços predatórios, que consistem na prática de preços abaixo do custo variável médio com objetivo de eliminar a concorrência e, posteriormente, poder auferir lucros próximos ao de monopólio.

Ainda de acordo com a mencionada Resolução nº 20, no seu anexo 1, as práticas restritivas verticais são definidas como “[...] restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’).” As condutas verticais mais comuns são: fixação de preços de revenda, na qual o produtor estabelece por contrato qual será o preço máximo ou mínimo a ser praticado pelos revendedores/distribuidores; as restrições territoriais e da base de clientes, em que o produtor define a área de atuação dos revendedores/distribuidores; os acordo de exclusividade, nos quais o comprador se compromete a comprar com exclusividade de determinado vendedor ou vice-versa, não podendo comercializar com os rivais; a recusa de negociação, que é a situação em que o comprador ou fornecedor estabelece uma série de condições para poder negociar o seu produto ou serviço; a venda casada, que é a situação em que o ofertante impõe a condição de que, para obter o seu produto ou serviço, é necessária a compra de outro bem ou serviço; e a discriminação de preços, na qual o produtor fixa preços diferentes para seu bem ou serviço, discriminando entre os compradores, com o objetivo de aumentar os lucros através da apropriação de parcela do excedente do consumidor.

É importante ressaltar que a ilicitude das práticas verticais está relacionada com a possibilidade de exclusão de concorrentes por causa de uma elevação das barreiras à entrada ou pela elevação dos custos dos seus rivais, ou, ainda, pelo aumento da probabilidade do exercício de poder de mercado coordenado entre produtores e distribuidores. Para a análise de tais práticas, é necessário avaliar a interação entre diferentes mercados, pois podem ocorrer efeitos no mercado de origem, talvez um reforço de posição dominante, e no mercado alvo.

Enfim, tanto para as restrições horizontais quanto para as verticais, existem os pressupostos da existência ou busca pelo poder de mercado e de que algumas práticas podem gerar efeitos positivos. Desta forma, para as análises, é essencial a utilização do princípio da

razoabilidade, no sentido de se ponderar os efeitos anticompetitivos e as eficiências obtidas, constatando a existência ou não de eficiências líquidas.

A segunda situação com que o SBDC se depara são os atos de concentração cujo estudo possui um caráter preventivo, isto é, evitar que o negócio jurídico realizado possa limitar ou prejudicar a livre concorrência ou gerar a dominação de um determinado mercado relevante. Os atos de concentração podem ser caracterizados como aquisições, fusões e *joint ventures*. A aquisição pode ser entendida como a compra de ações de uma determinada empresa por outra empresa que passará a ter o controle acionário da primeira. A fusão é a união de duas ou mais empresas em uma nova pessoa jurídica. As *joint ventures*, por sua vez, são caracterizadas como associações e alianças estratégicas que têm como objetivo um empreendimento ou projeto comum às empresas participantes. De acordo com o art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94, os atos de concentração a serem analisados podem ser entendidos como fusões, incorporações ou associações entre agentes econômicos que impliquem uma participação de vinte por cento de um mercado relevante por uma empresa ou grupo de empresas ou que uma das empresas participantes do ato possua faturamento anual bruto de, no mínimo, R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)⁸.

É importante ressaltar que os atos de concentração não são considerados ilícitos anticoncorrenciais, mas negócios jurídicos que podem, ou não, gerar efeitos anticompetitivos. Por isso a necessidade da análise de seus efeitos líquidos sobre a concorrência.

No Brasil, todos os atos de concentração são analisados com base no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. Ele foi elaborado conjuntamente pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) e pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), e publicado em agosto de 2001.

De acordo com o referido guia (SEAE; SDE, 2001, pp. 3-4), a defesa da concorrência não é um fim em si, mas é o caminho pelo qual é possível criar uma economia eficiente e preservar o bem-estar econômico da sociedade. Nesse sentido, uma economia eficiente seria aquela em que os consumidores dispõem de uma maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis. Tais consumidores estariam desfrutando de um nível máximo de bem-estar

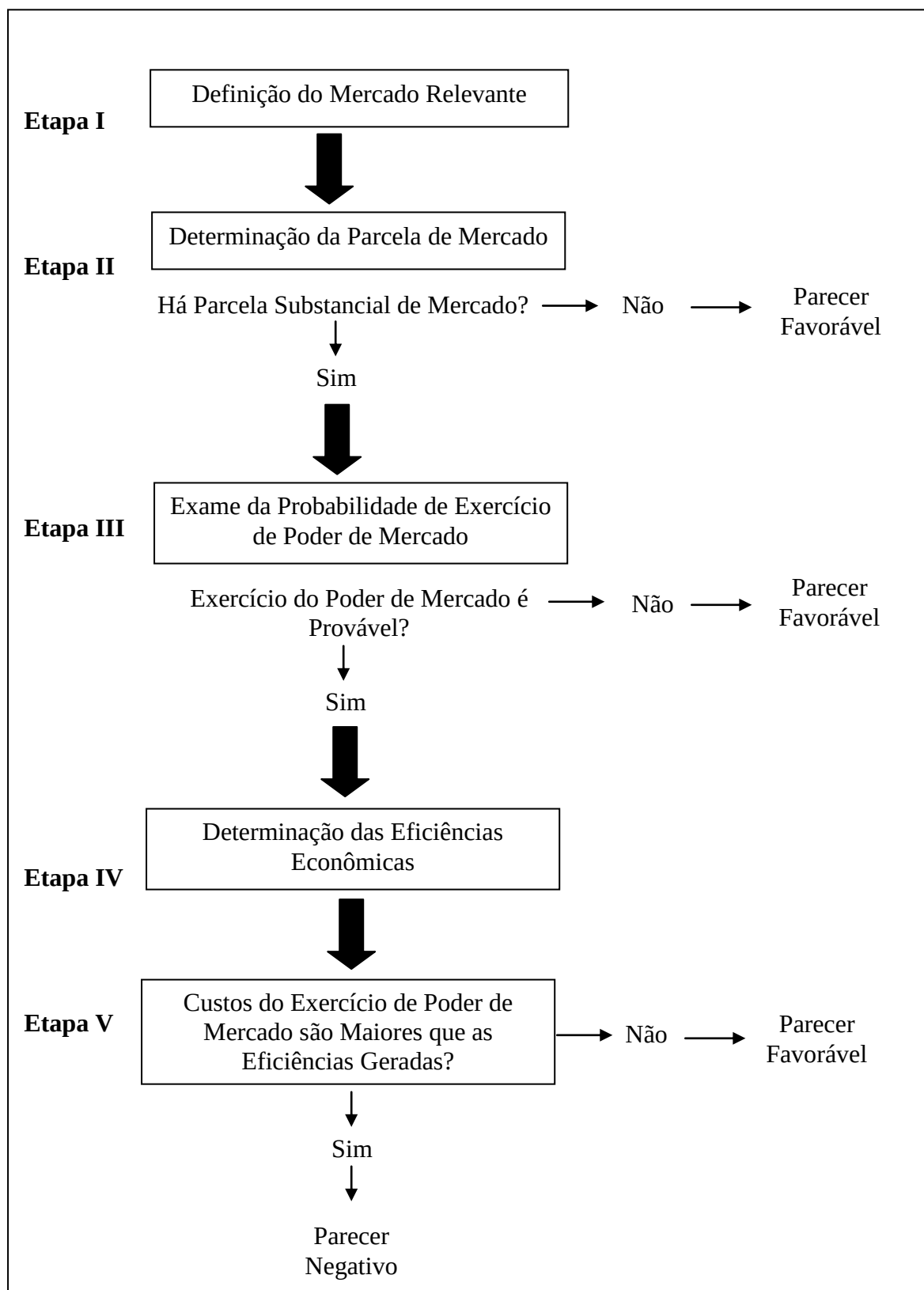
⁸ Em relação ao critério de faturamento para a submissão de atos de concentração para a análise do SBDC, o CADE editou a Súmula 1 em outubro de 2005. Essa súmula jurisprudencial interpretou o art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94, de modo a definir que o valor de R\$ 400 milhões se refere ao faturamento bruto anual de um grupo econômico no território nacional. Desse modo, o CADE conferiu uma maior segurança jurídica quanto à necessidade ou não de submissão da operação ao SBDC. Atualmente, esse critério de submissão está sob ampla discussão no Projeto de Lei que reestrutura o SBDC, com propostas para se elevar e outras para se reduzir tal valor de faturamento das empresas.

econômico. Desse modo, os atos de concentração entre empresas seriam capazes de produzir tanto efeitos positivos quanto negativos sobre o bem-estar econômico.

Em relação aos efeitos negativos, estes podem ocorrer, seja por meio da redução no número de concorrentes em um determinado mercado, seja facilitando a adoção de condutas anticompetitivas, como aumento de preços, redução da qualidade, diminuição da variedade ou redução das inovações. Por outro lado, tais atos de concentração também poderiam proporcionar vantagens competitivas para as empresas, como economias de escala, economias de escopo e redução dos custos de transação, podendo elevar o bem-estar econômico. A partir dos inúmeros efeitos possíveis de uma concentração, percebe-se que não é possível definir, em princípio, se as concentrações econômicas afetam positiva ou negativamente a economia. Como forma de se saber as consequências de tal ato, é necessária uma análise específica de cada caso.

Segundo o guia brasileiro (SEAE; SDE, 2001, p. 2), seu objetivo é apresentar os procedimentos e os princípios que norteiam a SEAE e a SDE na análise dos atos de concentração. Eles relacionam as principais etapas da análise antitruste e procuram ser um instrumento de aplicação da regra da razão. Os procedimentos adotados pela SEAE e SDE para a análise das concentrações se dividem em cinco etapas principais. A primeira etapa é a definição de mercado relevante. A segunda, é a determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes. Aqui, os atos que não gerarem o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta obterão parecer favorável das Secretarias, sendo dispensável a continuação da análise. Já os demais atos serão objeto de análise nas etapas subsequentes. A terceira etapa é o exame da probabilidade de exercício de poder de mercado. Nesse ponto, quando não for provável o exercício do poder de mercado, o ato receberá parecer favorável. Por outro lado, quando for provável o exercício do poder de mercado, seguir-se-á para a próxima etapa. A quarta, é o exame das eficiências econômicas geradas pelo ato. E a quinta etapa é a avaliação da relação entre os custos e os benefícios gerados pelo ato de concentração e, em seguida, a emissão de parecer final. Aqui, quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos (efeito líquido não-negativo), as Secretarias emitirão parecer favorável. De outra forma, quando as eficiências forem inferiores aos custos, a concentração será proibida ou terá a sua aprovação condicionada à adoção de medidas consideradas essenciais. (SEAE; SDE, 2001, p. 6)

As etapas de análise econômica, tal como propostas pelo Guia Para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE e da SDE, são apresentadas sinteticamente no Quadro 9.



Quadro 9 – Etapas de análise econômica de atos de concentração horizontal

Fonte: SEAE; SDE (2001, p. 7). Elaboração própria.

Durante o trâmite do processo junto ao SBDC, pode ser acertada a assinatura do Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO). Segundo o parágrafo único do art. 139 da Resolução nº 45, de 28 de março de 2007, do CADE:

O acordo, conforme os arts. 55 e 83 da Lei n. 8.884/94 e os arts. 5º e 6º da Lei n. 7.347/85, estabelecerá as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento.

A SEAE e a SDE (2001, p. 19) podem fazer três tipos de recomendações: aprovar um ato, quando este não diminuir o bem-estar do consumidor e a eficiência econômica; aprovar um ato com restrições, impedindo que este diminua o bem-estar do consumidor ou a eficiência econômica; e reprovar um ato, quando a alternativa anterior não for possível.

Para o setor de telecomunicações, a instrução dos atos de concentração é realizada pela ANATEL, em substituição à SEAE/SDE, com base no art. 19, inciso XIX, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 - a Lei Geral de Telecomunicações -, que estabelece como função dessa agência reguladora “[...] exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”. Portanto, nesses casos, a ANATEL elabora um parecer, seguindo a metodologia proposta no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE e SDE.⁹

3.2 Mercado relevante nas telecomunicações

As análises e estudos de defesa da concorrência das autoridades brasileiras acerca das definições dos mercados relevantes dentro das telecomunicações têm sido muito intensos ao longo dos anos. Dentro dos processos as empresas, por meio de pareceres de profissionais de notório saber jurídico e econômico, e as autoridades, por meio dos documentos oficiais (pareceres da ANATEL, da SEAE, votos dos conselheiros do CADE), vêm discutindo intensamente a questão, pois a determinação de um mercado relevante mais restrito ou mais abrangente influencia diretamente nas demais etapas das análises antitruste.

Inicialmente, antes de se iniciar efetivamente a discussão sobre os mercados relevantes nas telecomunicações, é importante ter mente uma rápida definição que é apresentada no Guia

⁹ A ANATEL é a única agência reguladora brasileira que possui, expressamente em lei, a exigência de atuação junto ao SBDC.

para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE e da SDE (2001, p. 9):

A definição de um mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação. Dentro dos limites de um mercado, a reação dos consumidores e produtores a mudanças nos preços relativos - o grau de substituição entre os produtos ou fontes de produtores - é maior do que fora destes limites.

O posicionamento mais atual sobre a definição de mercado relevante nas telecomunicações está presente nos Atos de Concentração nº 08012.005789/2008-23 e nº 53500.012477/2008, referentes à compra da Brasil Telecom (BrT) pela Telemar/Oi. Nestes processos, a ANATEL, no Informe nº 112/2009 e, posteriormente, no Parecer nº 109/2010, entende que os mercados relevantes para os serviços de telefonia fixa (STFC, nas modalidades local, LDN e LDI), serviços de telefonia móvel (SMP), Internet Banda Larga (SCM) e TV por Assinatura (na dimensão do produto) são definidos conforme o Quadro 10. Para o mercado relevante na dimensão geográfica do serviço de TV por Assinatura, o entendimento mais recente é encontrado no Ato de Concentração nº 53500.025332/2008, referente à compra da Esc 90 pela Net.

Mercado relevante do produto	Mercado relevante geográfico
STFC, modalidade local	Regiões do PGO
STFC, modalidade LDN	Nacional
STFC, modalidade LDI	Nacional
SMP	Nacional
SCM	Nacional
Provimento de TV por Assinatura	Local

Quadro 10 – Mercados relevantes nas telecomunicações

Fonte: AC nº 08012.005789/2008-23; AC nº 53500.012477/2008; AC nº 53500.025332/2008.

Os mercados relevantes apresentados no Quadro 10, apesar de representarem o posicionamento oficial das autoridades de regulação e de defesa da concorrência, são fortemente questionados dentro das análises dessas autoridades, além das críticas de consultorias privadas. Nesse sentido, o Voto do Conselheiro-relator Vinícius Marques de Carvalho, no processo sobre a compra da BrT pela Telemar/Oi, apresenta um profundo estudo sobre a questão, relacionando-a, principalmente, com o processo de convergência tecnológica.

De acordo com o Ilmo. Conselheiro-relator,

Em um ambiente de profundas e rápidas mudanças tecnológicas, ao contrário de fronteiras rígidas, que delimitam mercados de forma estática e segura, tem-se, na realidade, um amplo e dinâmico processo de serviços e de produtos que se entrelaçam, que se complementam e que, na maioria das vezes, podem ser ofertados por uma única plataforma.

Diante dessas profundas e aceleradas mudanças na tecnologia, percebe-se as dificuldades para se delimitar a real influência de determinado agente do mercado, o que leva a um dilema entre uma posição mais conservadora e a constatação dos reflexos das alterações tecnológicas. Em termos da dimensão do produto de um mercado relevante, a convergência tecnológica aumenta a substituíbilidade entre os serviços de telecomunicação, mas traz consigo uma certa incerteza em relação à extensão dessa possibilidade de substituição. O Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, no Ato de Concentração nº 53500.019422/2004, entre as empresas Teléfonos de México S.A. (Telmex) e Globopar Comunicações e Participações S.A., entende que

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

Desse modo, é possível compreender que a competição no setor de telecomunicações, limitada somente em termos de preços, não reflete a realidade, pois outras funcionalidades também levam à concorrência entre as empresas. É preciso, também, perceber que diferentes tipos de tecnologia podem atender aos anseios dos usuários de modo parecido, o que implica que, no mercado relevante, devem ser inseridas todas as empresas que ofertam serviços substitutos e não somente aquelas que fazem parte da delimitação tradicional.

Ainda de acordo com o Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, no supracitado Ato de Concentração entre Telmex e Globopar, é possível verificar que os pacotes de serviços são importantes nas análises de defesa da concorrência. Isto ocorre devido às complementaridades de demanda e economias de produção na oferta dos serviços, ou seja, oferecer um conjunto de serviços reduz custos e, principalmente, os usuários demandam serviços combinados. Desse modo, os pacotes de serviços representam um novo mercado relevante, como no caso dos

pacotes de serviços de telefonia local combinados aos de longa distância.

Segundo o Voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, do Ato de Concentração entre a BrT e a Telemar/Oi, o Conselheiro Prado, no supramencionado processo entre Telmex e Globopar, optou por definir dois cenários para a delimitação dos mercados relevantes. Um, relativamente mais conservador, era formado por três mercados: primeiro, um para a TV por Assinatura, abrangendo todas as tecnologias; segundo, um para acesso à Internet Banda Larga, também incluindo todas as tecnologias; e um terceiro mercado para os serviços de voz, englobando todas as formas de telefonia (fixa, móvel e VoIP). Assim, o foco principal era o serviço prestado ao usuário, independentemente do meio tecnológico que fosse utilizado. O outro cenário era mais instigante, pois englobava apenas dois mercados relevantes, nos quais o consumidor considerava os serviços em conjunto por meio de um pacote. Desse modo, um primeiro mercado seria convergente para os serviços de telecomunicações e o outro seria para os serviços de valor adicionado.

O Conselheiro Carvalho também entende que tal definição dos mercados relevantes foi possível, porque a operação em análise era suficientemente simples, por não ocorrer sobreposição entre os serviços e produtos oferecidos pelas empresas. No entanto, em situações mais complexas, com várias sobreposições entre as operadoras, essa definição se torna bem mais questionável. Nesse sentido, é plausível indagar se um mercado relevante na dimensão do produto pode, efetivamente, contemplar uma análise *triple play*, abrangendo a telefonia fixa, a Internet e a TV por Assinatura, ou *quadruple play*, que inclui aos três serviços anteriores a telefonia móvel. Ou então, pode-se imaginar como mais adequada uma delimitação desagregada, na qual os mercados são definidos separadamente por tecnologia e regiões diferentes. Nessa perspectiva, a seguir serão analisadas as delimitações do mercado relevante dos principais serviços de telecomunicações: telefonia fixa local, telefonia de longa distância, telefonia móvel, TV por Assinatura e Internet Banda Larga.

3.2.1 A telefonia fixa local

Na telefonia fixa local, a definição tradicional, influenciada diretamente pela ANATEL, tende a adotar como mercado relevante na dimensão do produto a concessão da modalidade Sistema de Telefonia Fixa Comutado (STFC). Na dimensão geográfica entende-se que a abrangência do mercado está de acordo com o Plano Geral de Outorgas (PGO). Desta feita, consideram-se apenas os serviços telefônicos oferecidos por meio dos pares de fio de cobre (Telemar/Oi, BrT e Telefônica) e pela tecnologia CDMA (Embratel), limitados nas

áreas de atuação pelo PGO. No entanto, a convergência está modificando fortemente a concorrência nesse mercado, tanto por meio da telefonia VoIP quanto pela telefonia móvel.

Na telefonia VoIP, existe um grande número de prestadores desse serviço, mas somente as empresas Embratel/Net, por meio do Net Fone, e GVT apresentam uma presença significativa, enquanto que as participações das demais empresas ainda são muito incipientes. A Tabela 9 apresenta a evolução da quantidade de acessos fixos em serviço e assinantes de telefonia VoIP para os anos de 2009 e 2010.

Tabela 9 – Quantidade de acessos fixos e assinantes VoIP em milhares – 2009 a 2010

Telefonia fixa	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10	2T10	3T10
STFC	41.300	41.500	41.500	41.500	41.400	41.700	41.800
VoIP	2.181	2.421	2.636	2.704	2.828	2.941	3.167

Fonte: Teleco (2010). Elaboração própria.

A partir da Tabela 9, verifica-se que o número de assinantes de VoIP aumentou expressivamente em menos de dois anos, com uma adição de quase um milhão de assinantes no período. Por outro lado, o STFC apresentou certa estagnação em 2009 e uma ligeira retomada em 2010, mas cresceu em apenas 500 mil acessos em serviço, ou seja, a metade do crescimento da telefonia VoIP. No entanto, apesar do forte crescimento do VoIP constatado, conforme o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, no Ato de Concentração entre a BrT e a Telemar/Oi, a própria Embratel ainda considera que as concessionárias de telefonia fixa não sofrem concorrência significativa das redes de fibra ótica e de cabo coaxial, que, devido aos elevados investimentos necessários para a sua implantação e o baixo nível de renda da população, estão instaladas em apenas 283 municípios do total de 5.560, ou seja, em apenas 5 % do território nacional.

Quando desagregamos os dados do STFC e do VoIP por operadora, é possível notar uma redução da quantidade de acessos fixos em serviço das concessionárias que utilizam o par de cobre para a oferta de seus serviços, enquanto a Telefonia VoIP e a telefonia fixa CDMA apresentaram elevações. A Tabela 10 demonstra a evolução dos acessos fixos em serviço e dos assinantes de VoIP, em milhares, distribuídos entre as operadoras para o período entre o início de 2009 ao terceiro trimestre de 2010.

Tabela 10 – Quantidade de acessos fixos em serviço e assinantes VoIP por operadora, em milhares – 2009 a 2010

Operadoras	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10	2T10	3T10
Oi+BrT	21.897	21.789	21.479	21.344	21.126	20.796	20.561
Telefônica	11.576	11.475	11.333	11.250	11.192	11.260	11.309
Embratel*	5.362	5.636	5.880	6.071	6.197	6.500	6.600
GVT**	1.121	1.218	1.330	1.442	1.574	1.765	1.946
CTBC	627	618	619	623	624	620	623
Sercomtel	156	159	160	160	160	162	163
Outros	561	606	699	609	527	597	598
Net Fone	2.028	2.286	2.489	2.557	2.662	2.765	2.980
GVT (VoIP)	123	135	147	147	166	176	187

* inclui Net Fone, Livre e outros acessos de telefonia fixa

**sem VoIP

Fonte: Teleco (2010).

Em relação aos dados da Tabela 10, percebe-se que as operadoras Telemar/Oi+BrT e Telefônica perderam mais de 1,5 milhões de acessos, enquanto a Embratel e a GVT tiveram um crescimento maior que dois milhões, sendo que metade desse aumento se refere à telefonia VoIP. Portanto, é plausível inferir que está ocorrendo uma certa substituição da telefonia fixa tradicional (fios de cobre) pela telefonia VoIP.

No entanto, esse certo grau de substituíbilidade entre essas telefonias seria limitado somente aos municípios onde atuam o Net Fone e o VoIP da GVT. Enfim, poder-se-ia considerar dois mercados relevantes na dimensão do produto e geográfica. Um primeiro referente aos serviços de telefonia fixa (STFC + VoIP) nas áreas cobertas por infraestrutura de cabos coaxiais e fibras óticas, e um segundo referente ao STFC nas áreas sem tal infraestrutura.

Outra concorrência que deve ser analisada é a advinda da telefonia móvel, que vem elevando fortemente a sua presença e a quantidade de aparelhos celulares. A Tabela 11 mostra a evolução da telefonia fixa e da telefonia móvel para o período de 2009 a 2010.

Tabela 11 – Quantidade de acessos fixos em serviço e celulares, em milhares – 2009 a 2010

Telefonia	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10	2T10	3T10
Fixa	41.300	41.500	41.500	41.500	41.400	41.700	41.800
Móvel	153.673	159.614	166.121	173.959	179.110	185.135	191.472

Fonte: Teleco (2010).

Em relação à Tabela 11, percebe-se que o aumento da telefonia móvel para o período em questão foi de quase 38 milhões de aparelhos celulares, enquanto na telefonia fixa a variação foi de apenas 500 mil acessos. Diante desse número significativamente elevado de

celulares, poder-se-ia imaginar que a supramencionada substituíbilidade da telefonia fixa por meio do fio de cobre está ocorrendo, também, em relação à telefonia móvel e não somente com a telefonia VoIP. Desta feita, seria plausível conceber que a telefonia móvel fosse uma substituta da telefonia fixa, concorrendo em seu mercado relevante.

Porém, conforme é constatado pelo Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no processo entre Telemar/Oi e BrT, embora em algumas manifestações o SBDC tenha considerado um mercado de voz convergente, como foi o caso do AC nº 53500.019422/2004, entre Telmex e Globopar, na grande maioria dos processos, o entendimento tem sido que as telefônias fixa e móvel não são substituíveis entre si devido às diferenças de preços e de funcionalidades entre elas.

A SEAE, no Parecer Técnico 12/2004/DF, constante da Medida Cautelar nº 08700.00018/2004-68, corroborou tal posicionamento, dizendo que

Alguns estudiosos sustentam que telefonia celular tem se tornado, cada vez mais, um substituto efetivo para a telefonia fixa, sendo argumentado que o crescimento da base de usuários de telefonia celular, nos últimos anos, significaria que já não faz mais sentido segmentar os mercados em telefonia fixa e móvel [...] Caso celulares e linhas fixas pudessem ser considerados substitutos (do ponto de vista antitruste), tal diferença observada nas tarifas de uma e outra tecnologia não faria sentido [...] O prêmio embutido nas tarifas de telefonia móvel deve refletir, portanto uma funcionalidade extras ou simplesmente diferente do serviço, em relação à telefonia fixa. Logo, embora haja indícios de que, no futuro, a telefonia celular e a telefonia fixa possam vir a constituir um único mercado relevante, sob a ótica antitruste ainda se configuram como mercados distintos [...]

Desta maneira, apesar de alguns dados indicarem para uma junção dos mercados de telefonia fixa e móvel, até o momento, com base na argumentação das autoridades antitruste, pode-se concluir que a telefonia celular ainda não pode ser efetivamente incluída no mesmo mercado relevante da telefonia fixa.

3.2.2 A telefonia de longa distância

Na telefonia de longa distância, o entendimento do SBDC é a delimitação em dois mercados relevantes. Um deles se refere ao STFC na modalidade Longa Distância Internacional (LDI) de abrangência nacional, e o outro, na dimensão do produto, como o STFC na modalidade Longa Distância Nacional (LDN), geograficamente englobando todo o território brasileiro.

No caso da modalidade LDI, a dimensão geográfica do mercado definida como nacional parece não apresentar maiores questionamentos, já que operadoras desse serviço atuam em âmbito nacional. No entanto, na dimensão do produto, algumas indagações podem ser levantadas. Se considerarmos apenas o STFC, enseja-se que apenas a rede de telefonia fixa de LDI seja utilizada. Desse modo, desconsidera-se aquelas operadoras que utilizam outras redes de telefonia, como é o caso do VoIP, que pode usar qualquer rede capaz de transmitir dados por meio de IP.

Acerca da telefonia VoIP, a Teleco (2010) constata que os provedores de chamadas VoIP ocasionaram uma queda nos preços das ligações internacionais e nacionais da Embratel, principal operadora dos serviços de LDI. O Gráfico 12 apresenta a evolução do preço do minuto tarifado de LDI e LDN da Embratel entre o primeiro trimestre de 2009 e primeiro trimestre de 2010.

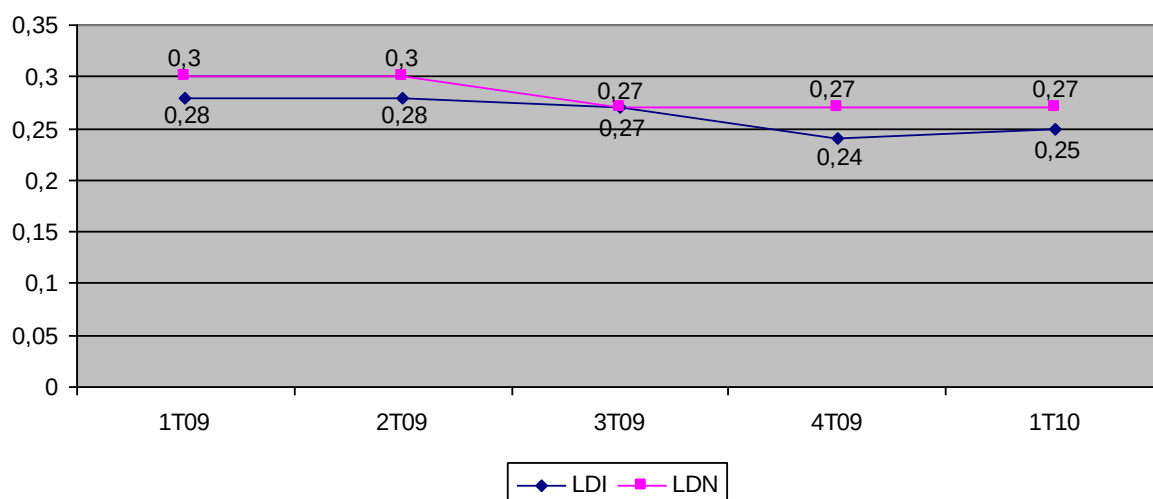


Gráfico 12 – Preço do minuto tarifado da Embratel para chamadas LDI e LDN – 2009 a 2010

Fonte: Teleco (2010).

A partir do Gráfico 12 e da constatação da Teleco, pode-se inferir que algum tipo de competição entre redes distintas está ocorrendo nos serviços de LDI, o que implica que os usuários, em alguma medida, estão substituindo o uso STFC pelo uso do VoIP. Desse modo, a definição do mercado relevante apenas como STFC seria um tanto restritiva, sendo melhor a definição em termos do serviço de chamadas de longa distância internacional, independente da tecnologia utilizada.

Para a modalidade LDN, na dimensão geográfica, o posicionamento das autoridades brasileiras de defesa da concorrência tem sido de considerar o mercado em termos nacionais, mas essa delimitação tem sido muito questionada nos processos. No AC nº

53500.012477/2008, referente à compra da BrT pela Telemar/Oi, a Fagundes Consultoria Empresarial apresentou um parecer questionando exatamente a delimitação nacional do mercado relevante de LDN. Segundo tal parecer, com base no primeiro PGO, os serviços de LDN foram divididos em inter-regional e intrarregional, de modo que as concessionárias ficaram restritas à suas áreas de concessão. A partir da queda dessas restrições no final de 2001, somente para as empresas que tivessem alcançado as metas de universalização, e para todas as empresas em 2003, as concessionárias e novas operadoras começaram a receber autorizações para atuação em todo o território brasileiro. A estratégia das concessionárias foi focar os investimentos nas suas áreas originais de concessão, nas chamadas intrarregionais originadas de sua região para qualquer ponto do Brasil. Desse modo, verifica-se que penetração das concessionárias em outra região, diversa da sua, ainda é muito pequena, o que levaria à constatação de que o mercado relevante é regional.

No entanto, dados atuais para o serviço LDN demonstram que, a partir das aquisições da BrT pela Oi e da Intelig pela Tim, as principais operadoras dessa modalidade de ligação passaram a ter presença significativa em todas as regiões do Brasil. A Tabela 12 apresenta as participações de mercado por região das principais operadoras de LDN para o mês de junho de 2010.

Tabela 12 – Participações de mercado por região para o LDN em % – jun/2010

Operadoras	Região I	Região II	Região III
Tim	57,26	38,95	25,30
Oi	21,73	34,94	12,41
Embratel	16,04	16,99	20,37
Telefônica	...	...	34,62
Intelig	1,66	1,35	2,32
CTBC	1,28	...	...
GVT	1,20	5,59	1,21
Outras	0,83	2,18	3,77

Fonte: ANATEL (2010). Elaboração própria.

Desse modo, entende-se que a definição geográfica do mercado relevante em âmbito nacional seria mais adequada para a atual situação, pois os dados corroboram o entendimento do SBDC.

Na dimensão do produto, o serviço de LDN vem sofrendo uma certa alteração desde a compra da Intelig pela Tim. Anteriormente a essa operação, o serviço era predominantemente prestado por meio da rede do STFC Local e pela rede LDN. Porém, com a entrada da Tim nesse serviço, por meio de autorização da ANATEL, e, em seguida, com a compra da Intelig,

o serviço de longa distância nacional também passou a ser oferecido por meio da rede do SMP conjuntamente com a rede LDN. O impacto expressivo da utilização da rede SMP-LDN ocorre desde 2009, pois a incorporação da Intelig deve ter reduzido os custos de utilização da rede LDN pela Tim e possibilitou que essa empresa pudesse iniciar uma campanha de expansão, com pacotes a preços reduzidos nas chamadas de longa distância, nas quais o usuário paga somente o primeiro minuto da ligação. O Gráfico 13 apresenta a evolução da participação, em minutos tarifados de LDN, da Tim no mercado nacional entre 2007 e 2010.

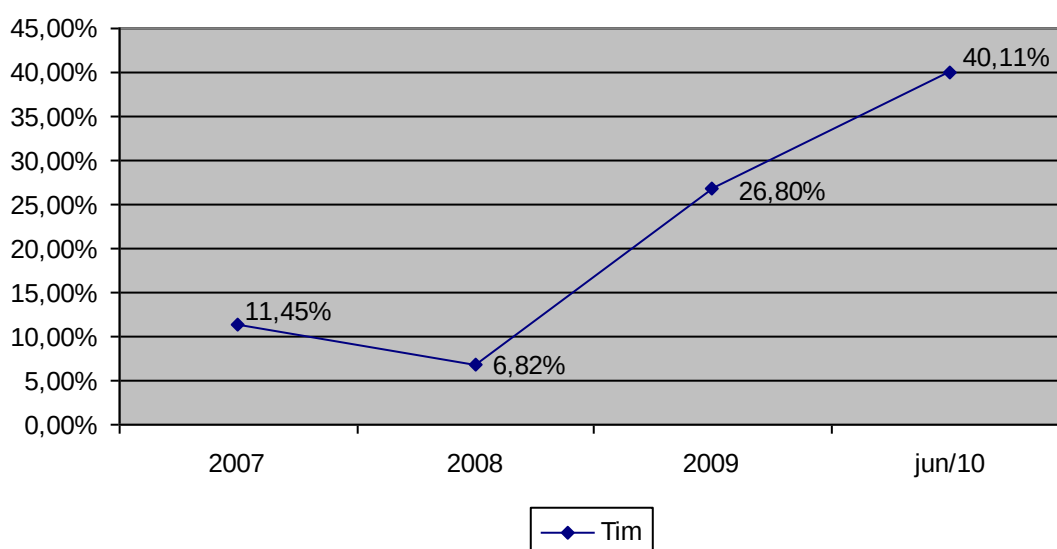


Gráfico 13 – Participação percentual com base nos minutos tarifados de LDN da Tim no mercado nacional – 2007 a jun/2010

Fonte: ANATEL (2010). Elaboração própria.

Diante dessa situação, verifica-se que a rede SMP-LDN para chamadas de longa distância tornou-se uma alternativa viável à rede do STFC, mesmo que se alegue que a estratégia da Tim não é sustentável a longo prazo, pois não ocorreram reflexos no aumento de suas receitas de LDN. Enfim, para a definição do mercado relevante na dimensão do produto, percebe-se que a melhor delimitação seria para o serviço de chamadas de longa distância nacional, independentemente da tecnologia utilizada.

3.2.3 A telefonia móvel

Em relação à telefonia móvel, o consenso do SBDC é que, na dimensão do produto, o mercado relevante seria definido em termos do Serviço Móvel Pessoal (SMP). Já para a

dimensão geográfica, existe alguma discordância, pois nos Atos de Concentração nº 53500.022892/2007 e nº 53500.000478/2008, envolvendo as empresas Vivo, Telemig Celular, Amazônia Celular e Telemar/Oi, considerou-se que o mercado relevante seria local. Por outro lado, no AC nº 53500.012477/2008, referente à aquisição da BrT pela Telemar/Oi, o mercado relevante foi considerado como sendo nacional.

Inicialmente, sobre a dimensão do produto, percebe-se que a definição de um mercado separado para SMP ainda é a mais razoável, pois até o momento não foram apresentados argumentos e estudos suficientes para mostrar que a telefonia fixa seria uma substituta efetiva para a móvel. Isto se deve, essencialmente, ao fato de que a telefonia móvel possui uma funcionalidade específica, a mobilidade, que a distingue da telefonia fixa. E, atualmente, também é possível mencionar que os aparelhos de celular congregam uma série de funcionalidades (acesso a redes sociais, *e-mail*, *websites*) que não estão presentes nos aparelhos fixos. Ademais, como já foi argumentado anteriormente na análise do mercado relevante de telefonia fixa, constatou-se que esses dois serviços ainda não podem ser inseridos em um mesmo mercado, devido às diferenças significativas entre as tarifas das ligações. De acordo com o Parecer da SDE, no Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91, considera-se que a “[...] principal razão para a distinção dos mercados entre telefonia fixa e móvel é a diferença dos custos por ligação em cada uma das redes [...]”

Em seguida, poder-se-ia suscitar a possibilidade de incluir em um mesmo mercado o SMP e o Serviço Móvel Especializado (SME), oferecido essencialmente pela Nextel através de radiocomunicação. No entanto, apesar da Nextel apresentar uma quantidade relativa de assinantes (aproximadamente três milhões), quando comparada ao tamanho do mercado de telefonia celular (por volta de 200 milhões de terminais), a sua presença se torna muito pequena. Além do mais, pode-se mencionar que a cobertura da Nextel é restrita a alguns centros urbanos, de modo que ela não se configuraria como um substituto efetivo para a telefonia celular.

Na dimensão geográfica, caso o mercado relevante fosse considerado como local ou regional, ele seria limitado pelos municípios, pelos códigos nacionais de DDD ou pelo Plano Geral de Outorga (PGO) e pelo Plano Geral de Autorizações (PGA). Tal delimitação pode ser considerada mais interessante para a defesa da concorrência, mas não ocorreriam maiores prejuízos às análises, caso o mercado fosse tomado como nacional. Isto se deve ao fato de que quatro operadoras (Vivo, Claro, Tim e Oi) dominam a prestação desse serviço, detendo 99,64% do mercado, e todas as quatro atuam em quase todo o território nacional, com um crescimento significativo e constante da cobertura 3G dessas empresas.

3.2.4 TV por Assinatura

Para o serviço de TV por Assinatura, o posicionamento da ANATEL e do SBDC é de considerar o mercado relevante, na dimensão do produto, como sendo o de provimento (ou operadoras) de TV por Assinatura por meio de todas as tecnologias disponíveis, quais sejam, TV a cabo, MMDS, TVA e DTH. Segundo o Voto do Conselheiro-relator Luiz Carlos Delorme Prado, no ACs nº 53500.002423/2003 e nº 53500.029160/2004 referentes à fusão das empresas Sky e DirecTV,

As **operadoras de TV por assinatura** são as empresas responsáveis pela infra-estrutura necessária e pela venda dos pacotes de canais de programação para o consumidor. Essa infra-estrutura pode ser constituída por redes e plataformas tecnológicas distintas (Serviço de TV a Cabo, Serviço MMDS e Serviço DTH), necessitando, para tanto, da competente concessão, autorização ou permissão da ANATEL [...] Considero irrelevante fazer distinção entre TV a Cabo, DTH ou MMDS, já que essas são apenas diferentes tecnologias para prestar o serviço de suprimento de conteúdo televisivo aos consumidores.

E no AC nº 53500.022515/2006, referente à compra da Way TV pela Oi, novamente o Ilmo. Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado complementa que “Embora existam diferenças entre as tecnologias empregadas nos meios de distribuição de canais de programação por estes serviços, da perspectiva da demanda, o usuário percebe os mesmos como substitutos.”

Portanto, diante do exposto nos referidos Atos de Concentração, fica claro que não há o que questionar quanto à definição supra. Realmente, ocorre uma substituibilidade entre as diferentes tecnologias, pois o usuário recebe praticamente as mesmas funcionalidades, não importando qual tecnologia ele utiliza.

Na dimensão geográfica, o entendimento tem sido de que o mercado relevante é local. O Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, no referido processo entre Oi e Way TV, expõe que

A dimensão geográfica do Mercado de Provimento de TV por assinatura, como já analisado no caso dos atos de concentração nº 53500.002423/2003 – 53500.029160/2004 (Sky-Direct TV) e nº 53500.019422/2004 (NET-Telmex), é local. Este mercado se restringe às áreas em que o serviço em questão é prestado, pois o direito conferido à empresa prestadora está limitado a essas áreas.

Desta feita, a delimitação do mercado em âmbito local parece ser melhor para o

prosseguimento de uma análise antitruste. Por outro lado, com aumento das autorizações da ANATEL para a oferta do serviço de TV por Assinatura para quase todo o território nacional através da tecnologia DTH, pode-se inferir a possibilidade de, futuramente, o mercado ser dividido em dois, um para as regiões com a oferta de mais de uma tecnologia (Cabo, MMDS, TVA ou DTH) e outro para as regiões com atuação apenas da modalidade DTH. Ademais, é possível destacar o crescimento significativo do número de assinantes de DTH nos últimos dois anos. O Gráfico 14 apresenta as adições líquidas, em milhares, no número de assinante de TV por Assinatura, divididas entre as tecnologias, para o período de 2004 a 2010.

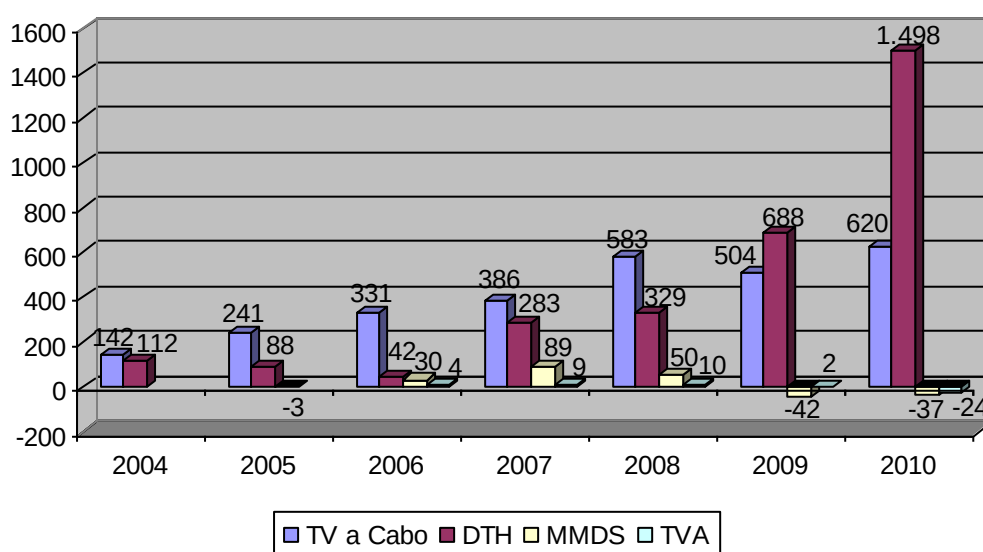


Gráfico 14 – Adições líquidas de assinantes de TV por Assinatura em milhares – 2004 a nov/2010

Fonte: Teleco (2010). Elaboração própria.

Enfim, diante do que fora exposto, e apesar das constatações apresentadas para o DTH, percebe-se que a melhor definição do mercado relevante ainda seria a do provimento de TV por Assinatura na dimensão local.

3.2.5 Internet Banda Larga

No caso do serviço de Internet Banda Larga, a delimitação do mercado relevante adotada pelo SBDC e pela ANATEL, em termos do produto, é baseada no Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Desse modo, são consideradas como integrantes de um mesmo mercado todas as tecnologias capazes de oferecer banda larga que possuem uma base

fixa, o que não inclui as tecnologias de banda larga móvel.

Nesse sentido, entende-se que um importante substituto direto para a banda larga fixa está sendo esquecido, pois a banda larga móvel, em especial a 3G, oferecida por meio de terminais do tipo modem, oferece as mesmas funcionalidades que a fixa. A Tabela 13 apresenta a evolução da quantidade de acesso de banda larga fixa e móvel, em milhares, para o período entre 2009 e 2010.

Tabela 13 – Quantidade de acessos de banda larga fixa e móvel em milhares – 2009 a 2010

Banda Larga	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10	2T10	3T10
ADSL (fixa)	7.256	7.494	7.481	7.678	7.982	8.338	8.641
TV Assinatura (fixa)*	2.680	2.835	3.020	3.132	3.238	3.350	3.579
Outros (fixa)	424	425	500	570	570	580	580
Banda Larga Móvel	3.132	3.600	4.050	4.461	4.909	5.183	5.477
Total	13.492	14.354	15.051	15.841	16.699	17.451	18.277

* Inclui as conexões banda larga oferecidas pelas operadoras de TV por Assinatura: *cable modem* ou *wireless*

Fonte: ANATEL (2010); Teleco (2010). Elaboração própria.

A partir dos dados da Tabela 13, verifica-se que a banda larga móvel cresceu fortemente nesses dois anos, com uma variação aproximada de 2,3 milhões de terminais de dados, enquanto que a banda larga fixa teve uma elevação bem próxima, cerca de 2,4 milhões de acessos. Isso significa que ambas as tecnologias têm apresentado uma aceitação parecida pelos usuários. Ademais, a participação da banda larga móvel nesse mercado representa algo em torno de 30%. Enfim, é plausível o entendimento de que a banda larga móvel, particularmente a oferecida por meio de um modem 3G, é uma substituta direta para a modalidade fixa.

Na dimensão geográfica, as autoridades brasileiras de defesa da concorrência têm definido o mercado relevante, em alguns momentos, como sendo nacional - por exemplo, o processo sobre a aquisição da BrT pela Telemar/Oi – e, em outras situações, optou-se pelo âmbito local, como foi o caso do Ato de Concentração nº 53500.010496/2009, que envolveu as empresas Tim e Intelig.

Nessa situação, entende-se que a melhor definição seria a local, pois a presença da banda larga fixa oferecida pelas operadoras de TV por Assinatura é muito expressiva. Tal participação corresponde a, aproximadamente, 20% do total de acessos no Brasil. Enquanto que a banda larga fixa do tipo ADSL e a banda larga móvel (com crescimento da cobertura 3G das operadoras) abrangem quase todo o território brasileiro, a cobertura das operadoras de TV por Assinatura que oferecem banda larga é restrita a alguns municípios. Desse modo,

compreende-se que a substituíbilidade dessa modalidade em relação às outras não ocorreria em todo o território nacional, mas somente nos municípios com infraestrutura de cabos coaxiais, fibras óticas e tecnologia MMDS. Enfim, diante dessas constatações, o mercado relevante poderia ser delimitado em duas dimensões, uma para áreas cobertas com infraestrutura de TV a Cabo e MMDS e outra para as regiões sem tal infraestrutura.

A partir de toda a análise realizada, compreende-se que as definições dos mercados relevantes em telecomunicações são bastante complexas, pois envolvem uma série de fatores determinantes da concorrência nesse setor, como os processos de rápida mudança das tecnologias, a convergência tecnológica e de serviços, e a regulação e desregulação, no intuito de estimular a concorrência. Diante desse cenário, mostram-se interessantes dois entendimentos do SBDC. Primeiro, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, no processo da BrT e Telemar/Oi, entende que:

De todo modo, é incontroverso que a convergência modifica substancialmente a competição. De forma muito concreta, o oferecimento de pacotes de serviços por meio do *internet protocol* (IP) – que funciona a base de transferência de dados tanto em redes fixas (de cobre ou fibra) como em móveis (3G, 4G, Wi-Fi e Wimax) [...] a convergência entre redes tem feito com que companhias que antes não competiam agora tenham que competir umas com as outras. Companhias de TV a cabo, de internet, de telefone fixo e de celular hoje estão rivalizando pelos mesmos clientes. Além das redes propriamente, a evolução dos mais diversos aparelhos eletrônicos influenciam neste processo dinâmico.

Em seguida, pode-se mencionar a ressalva constante do Parecer da SDE, no Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91, no qual esse órgão afirma que

[...] nessa discussão, **é preciso considerar o caráter extremamente dinâmico do setor de telecomunicações, o que significa que os órgãos de defesa da concorrência devem sempre reavaliar seu entendimento sobre as relações de concorrência existentes na prestação de cada serviço e que vem a determinar a dimensão do mercado relevante.** O perigo de não fazer isso é atrelar-se a uma definição de mercado relevante que não mais reflete verdadeiramente as relações de concorrência no setor, o que conduziria a uma análise deficiente.

Em suma, diante da complexidade acima estudada e dos dados e posicionamentos apresentados, é plausível a constatação de que, primordialmente, a convergência está modificando os mercados nas telecomunicações. Por outro lado, a ANATEL vem atrelando as suas definições dos mercados relevantes, tanto na dimensão do produto quanto na geográfica, ao seu arcabouço regulamentar. Ela, de certa forma, vincula as delimitações dos mercados

relevantes às regulamentações de concessão, autorização e permissão, em acordo, por exemplo, com o PGO e o PGA ou com as definições legais das modalidades dos serviços de telecomunicação (STFC, SMP, SCM e outros), mesmo que isso não represente a real concorrência no setor. Porém, é compreensível esse posicionamento da ANATEL, pois, se o fizesse de modo diferente, estaria contradizendo a sua própria regulação. Já as autoridades antitruste brasileiras, apesar de questionarem, em alguns momentos, o entendimento da ANATEL, por critérios de conservadorismo e se pautando na falta de estudos concretos que corroborem um posicionamento diferente, optam, geralmente, por seguir o modo de pensar da ANATEL. Aqui, essa escolha pode ser justificada pela necessidade de se criar um posicionamento forte do SBDC e uma jurisprudência robusta, na tentativa de se eliminar imprevisibilidades e inseguranças jurídicas no julgado.

3.3 Possibilidade do exercício do poder de mercado

Após definidos os mercados relevantes, uma análise de defesa da concorrência inicia a busca por elementos que determinem a possibilidade e a probabilidade do exercício do poder de mercado. O Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal da SEAE e da SDE (2001, pp. 10-11) expõe que a condição necessária para que ocorram efeitos negativos sobre a concorrência e sobre o bem-estar dos consumidores é a existência de controle de parcela substancial de determinado mercado relevante. Em uma situação em que todas as empresas tenham uma oferta muito pequena dentro de um mercado e atuem sem coordenação, elas não serão capazes de exercer poder de mercado, alterando a sua conduta, pois, se o fizerem, os consumidores desviarão suas compras para as empresas rivais. Por outro lado, o controle sobre parcela significativa de mercado ocorrerá quando uma determinada empresa (ou um grupo de empresas) possuir uma oferta total significativamente elevada dentro do mercado relevante, de modo que permita que ela, unilateralmente (ou coordenadamente), consiga alterar sua conduta, seja em relação a preços, quantidades, qualidade, variedade ou inovação. Essa conduta se moveria para algo diferente do que ocorreria em situação de ampla concorrência, sem que empresas concorrentes sejam capazes de atender à demanda desse mercado. Desta maneira, a empresa (ou grupo de empresas) deteria expressivo poder de mercado.

A partir da compreensão do que seria o poder de mercado, as autoridades de defesa da concorrência procuram identificar o nexos causal entre a operação e a probabilidade do exercício do poder de mercado. Segundo o Guia da SEAE/SDE (2001, p. 5)

A SEAE e a SDE buscarão um “nexo causal” entre a operação e o controle de parcela substancial de mercado ou entre a operação e a existência de condições que favoreçam o exercício de poder de mercado. Apenas nos casos em que se verificar a presença desse nexo, a concentração poderá implicar um efeito líquido negativo para o bem-estar econômico.

No entanto, na constatação desse nexo causal, surgem algumas indagações que levam a dificuldades nos meios utilizados para a averiguação da probabilidade do exercício do poder de mercado, pois toda a análise é realizada sob um cenário fictício e de difícil construção, devido à falta de dados. Nesse sentido, pode-se citar o problema da simplificação das análises por meio do uso de variações de índices de concentração, como o C_4 e o HHI. Acerca desse problema, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, no seu Voto dentro do processo da BrT e Telemar/Oi, compreende que

[...] dado que nem sempre os atributos heurísticos refletem corretamente as ponderações de probabilidade, deve-se considerar a “Regra do HHI”, como indicativa de nexo causal, apenas como suposição *default*, que permaneceria sensível a outros argumentos que venham posteriormente a refutá-la.

Em suma, no intuito de identificar o nexo causal por meio do estudo da possibilidade e da probabilidade do uso abusivo do poder de mercado, pretende-se discorrer sobre três pontos: a determinação das concentrações e parcelas de mercado, a efetividade da rivalidade e as barreiras à entrada.

3.3.1 Concentrações e determinação da parcela de mercado

No estudo das concentrações e parcelas de mercado, as autoridades antitruste brasileiras utilizam alguns critérios. O primeiro critério é descrito no art. 20, §2º, da Lei nº 8.884/94, que “[...] considera que uma concentração gera controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício unilateral do poder de mercado sempre que resultar em uma participação igual ou superior a 20% do mercado relevante.” (SEA; SDE, 2001, p. 11). O segundo critério entende que uma concentração, para gerar controle de parcela substancial do mercado relevante capaz de viabilizar o exercício coordenado de poder de mercado, tem que cumprir duas condições: a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas (C_4) tem que ser igual ou superior a 75% e a participação da nova empresa formada tem que ser igual ou superior a 10% do mercado relevante. (SEA; SDE, 2001, p. 11)

Com base nesses critérios, o SBDC e a ANATEL realizam os cálculos das participações de mercado das empresas de um determinado mercado relevante. Essas autoridades sempre apresentam as participações de mercado, em poucos casos fazem referência ao C_4 e em boa parte dos processos fazem o cálculo do HHI antes e depois da operação. Para o HHI, as autoridades brasileiras utilizam os critérios apresentados no *Horizontal Merger Guidelines* elaborado pela *Federal Trade Commission* (FTC) e pelo *Department of Justice* (DOJ) dos Estados Unidos. Segundo esse Guia (1992, pp. 14-15), os mercados são considerados desconcentrados para valores do HHI menores que 1000, moderadamente concentrados para valores entre 1000 e 1800 e altamente concentrados para valores maiores que 1800. Quando o HHI permanece abaixo de 1000 após a operação, não existem preocupações quanto a efeitos anticoncorrenciais. Em mercados moderadamente concentrados, em relação a valores pós-operação entre 1000 e 1800, quando a elevação é menor que 100 pontos, não existem preocupações e, para aumentos maiores que 100 pontos, surgem significativas preocupações competitivas, dependendo, ainda, de outros fatores. Por último, em mercados altamente concentrados – isto é, com valores depois da operação maiores que 1800 -, elevações do HHI menores que 50 pontos não suscitam preocupações, mas valores maiores que 50 pontos levam a expressiva atenção quanto a problemas concorrenciais. Ainda nesses mercados, as alterações maiores que 100 pontos geram a presunção de aumento do poder de mercado e de maior facilidade do seu exercício, mas isto pode ser refutado posteriormente com base em outros fatores.

No entanto, os referidos valores e critérios para o HHI foram revisados pela FTC e pelo DOJ em agosto de 2010, conforme apresentado no capítulo 1, e, até o momento, nenhum documento oficial das autoridades brasileiras contemplou tal alteração.

Com base nesses novos critérios do guia estadunidense, é possível realizar alguns cálculos do HHI, para mercados relevantes do setor de telecomunicações. A Tabela 14 apresenta os valores de alguns destes cálculos com referência ao ano de 2010, para os quais foram utilizados os dados apresentados no Capítulo 2. Devido à falta de dados particularizados por região, todos os mercados relevantes foram considerados em âmbito nacional.

Tabela 14 – HHI para alguns mercados relevantes em telecomunicações - 2010

Mercados	HHI	Tipo de mercado
STFC Local (acessos fixos)	3.429,19	Altamente concentrado
STFC LDI (minutos tarifados)	4.409,87	Altamente concentrado
STFC LDN (minutos tarifados)	2.745,33	Altamente concentrado
STFC LDN (receita bruta)	2.680,02	Altamente concentrado
SMP (quantidade de celulares)	2.537,03	Altamente concentrado
TV por Assinatura (número de assinantes)	2.894,59	Altamente concentrado
Internet Banda Larga (quantidade de acessos fixos e móveis)	2.254,37	Moderadamente concentrado

Fonte: ANATEL (2010); Teleco (2010). Elaboração própria.

A partir da Tabela 14, percebe-se que, com exceção do mercado de Internet Banda Larga, os demais mercados relevantes de telecomunicações apresentados acima são altamente concentrados, embora os mercados de STFC LDN, SMP e TV por Assinatura possuam valores bem próximos do limite (2.500 pontos) entre um mercado moderadamente e um altamente concentrado. Desse modo, nota-se a necessidade de uma maior atenção em boa parte do setor de telecomunicações acerca de possíveis problemas concorrenciais.

3.3.2 Rivalidade

Um dos pontos analisados pelos órgãos antitruste é a questão da efetividade da rivalidade dentro de um mercado relevante. Segundo o Guia da SEAE/SDE (2001, pp. 14-15), “[...] a efetividade da competição entre a empresa resultante da operação e as demais empresas instaladas (seus rivais) pode tornar pouco provável o exercício do poder de mercado adquirido.” Nesse sentido, a probabilidade do exercício unilateral do poder de mercado aumenta à medida em que os consumidores se tornam incapazes de desviar suas compras para produtos de outras empresas (produtos substitutos). Nesse caso, os consumidores estariam considerando os produtos das empresas envolvidas na operação como sendo a primeira e a segunda escolha, sem que existam outros substitutos próximos no mercado relevante. O Guia da SEAE/SDE (2001, p. 15) destaca ainda que a substituíbilidade é menor quando “[...] as características técnicas dos produtos são bastante rígidas, quando a marca do produto é o principal fator de decisão do consumidor, ou quando as informações sobre as distintas combinações de preço e qualidade disponíveis no mercado são de difícil compreensão.”

Dessa maneira, as características do mercado e do modo de competir das empresas influenciam na efetividade da rivalidade, mas, também, como é o caso das telecomunicações, as ações regulatórias são capazes de aumentar ou diminuir o grau de competição. Sobre tais ações, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, no Ato de Concentração entre BrT e

Telemar/Oi, destaca algumas questões recentes que foram importantes para aumentar a concorrência do setor. Primeiro, em 2002, as empresas concessionárias foram autorizadas a oferecer novos serviços (longa distância e dados) e as Bandas D e E da telefonia móvel foram autorizadas a funcionar. Em 2005, foram renovados os contratos de concessão para a telefonia fixa. No ano de 2006, novas regras de faturamento (troca de pulsos para minutos) e de interconexão foram elaboradas. E em 2007, entrou em funcionamento o *full billing* para as operadoras móveis e iniciaram-se os leilões 3G. Ademais, é possível mencionar também que, em 1999, o Código de Seleção de Prestadora (CSP) foi criado, tornando-se um importante elemento de incentivo à competição. Enfim, em 2008, foi iniciada a implantação da portabilidade numérica e um novo Plano Geral de Outorgas entrou em vigor, retirando algumas restrições do PGO anterior.

Inicialmente, acerca do CSP, constata-se que esse artifício foi fundamental para inserir uma maior competição entre as operadoras de telefonia nas modalidades LDN e LDI. O Informe 112/2009 da ANATEL, constante do Ato de Concentração entre Telemar/Oi e BrT, menciona o Código de Seleção de Prestadora (CSP) como um importante elemento desses serviços. Por meio do CSP, é possível constatar um alto grau de substituíbilidade entre as ofertas das empresas, pois os usuários teriam um amplo poder de escolha, bastando apenas digitar o código da operadora desejada, sem a necessidade de contratar planos específicos. Ademais, pode-se mencionar que existe um grande número de empresas operando nesses serviços. A Teleco (2010) relaciona 56 operadoras de telefonia de longa distância, mas apenas seis delas apresentam participações significativas no mercado nacional.

Sobre a portabilidade numérica, os principais documentos oficiais pouco abordaram esse fundamental indutor de rivalidade. Basicamente, com esse instrumento, o usuário pode trocar de operadora, mantendo o seu atual número de telefone fixo ou celular. A portabilidade começou a ser implantada em 2008 e terminou em 2009, inicialmente pela telefonia fixa e, depois, incluindo a telefonia celular, em escala pelas regiões do Brasil. Em março de 2009, a portabilidade já estava disponível em todo o território nacional. O Gráfico 15 apresenta a evolução da quantidade de pedidos e de números de telefones fixos e celulares portados para cada trimestre entre os anos de 2009 e 2010.

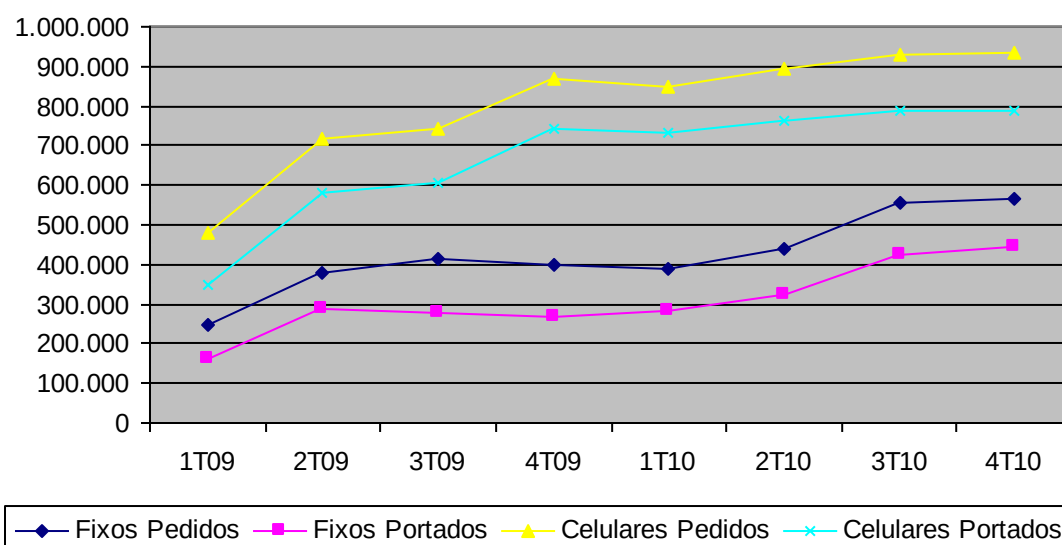


Gráfico 15 – Evolução trimestral de pedidos e números de telefone portados – 2009 a 2010

Fonte: Teleco (2010). Elaboração própria.

Com base no Gráfico 15, constata-se que, desde a instalação da portabilidade, a quantidade de pedidos e de números efetivamente portados tem demonstrado uma trajetória de crescimento. Isto pode indicar que a portabilidade foi exitosa em inserir uma maior competição entre as operadoras, de modo que elas estão disputando mais os clientes, na tentativa de captar os consumidores das concorrentes e de manter os seus.

A Teleco (2010) destaca outros pontos importantes sobre a portabilidade numérica no Brasil que contribuíram e demonstram o aumento da concorrência. Primeiro, apesar da portabilidade ter um custo único de R\$ 4,00, algumas operadoras estão subsidiando esse valor. Em seguida, é possível destacar o fato de que não existe limite de vezes que o usuário pode portar o número. Em maio de 2009, a ANATEL estabeleceu novos procedimentos para facilitar o cadastro dos celulares pré-pagos, o que aumentou a taxa de efetivação da portabilidade na telefonia móvel. Em março de 2010, a ANATEL reduziu o tempo limite de cinco para três dias para o número ser efetivamente portado. Por último, pode-se destacar que a GVT, até junho de 2010, recebeu 567,6 mil linhas de telefonia fixa portadas, representando 34,5% do total de linhas fixas portadas no Brasil até aquela data.

Para se constatar a rivalidade nos diversos mercados relevantes de telecomunicações, é possível, também, avaliar as participações de mercado das empresas ao longo dos anos. Por exemplo, no caso do STFC local, pode-se tentar avaliar a rivalidade por meio da evolução do número de acessos instalados de telefonia fixa e da quantidade de assinantes VoIP nos últimos anos. Desse modo, o Gráfico 16 apresenta as participações percentuais de mercado com base

na quantidade de acessos instalados e número de assinantes VoIP entre os anos de 2005 a 2010. Em relação às empresas Telemar/Oi e BrT, optou-se, nesse caso, por apresentá-las separadamente, pois o Gráfico 16 apresenta períodos anteriores à fusão dessas empresas e, também, para facilitar a visualização na evolução dos dados.

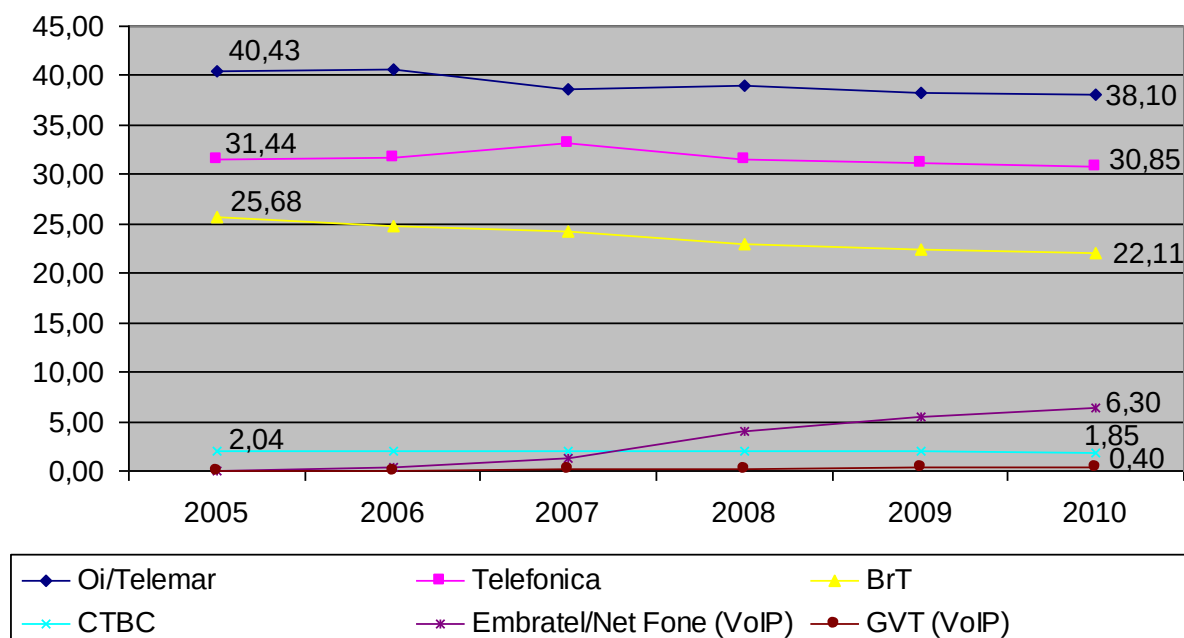


Gráfico 16 – Evolução das participações de mercado para a telefonia fixa em % – 2005 a 2010

Fonte: ANATEL (2010); Teleco (2010). Elaboração própria

A partir do Gráfico 16, percebe-se que não ocorreram variações bruscas nas participações de mercado das empresas, mas as concessionárias (Telemar/Oi, Telefônica e BrT) vêm apresentando uma tendência de queda nas suas parcelas de mercado, enquanto a Embratel/Net, por meio do seu serviço de VoIP (Net Fone), apresentou um crescimento relativamente expressivo. Desse modo, entende-se que a rivalidade ainda é muito reduzida nesse mercado, mas vislumbra-se que a telefonia VoIP está crescendo e, no futuro próximo, poderá aumentar a concorrência.

Enfim, a rivalidade no setor de telecomunicações é diferente entre os vários mercados relevantes. Em alguns casos, como telefonia fixa local e a LDI, a concorrência é mais reduzida, mas, como já foi apontado anteriormente, a telefonia VoIP está num ritmo forte de crescimento, despontando como uma concorrente direta da telefonia fixa tradicional (fios de cobre) e forçando uma redução nos preços das chamadas internacionais. Por outro lado, mercados como o de telefonia celular e de Internet Banda Larga apresentam uma rivalidade maior, apesar de, em municípios menores e mais isolados, os usuários terem à sua disposição

um menor número de operadoras oferecendo esses serviços. Um destaque especial pode ser dado ao mercado de LDN, pois, como foi apresentado anteriormente, esse mercado apresentou mudanças significativas no *market share* em minutos tarifados, essencialmente no que se refere à Tim, que em pouco tempo se tornou a líder do mercado. Assim, entende-se que nesse mercado a rivalidade é efetiva. De todo modo, é fundamental destacar que um importante indutor de rivalidade são as regulamentações do agente regulador (ANATEL), que, quando elaboradas e aplicadas corretamente, geram uma maior concorrência nos mercados, como foi o caso da CSP e da portabilidade numérica.

3.3.3 Barreiras à entrada

A possibilidade de uma nova empresa entrar no mercado relevante também é um fator amplamente analisado como inibidor do exercício do poder de mercado. O Guia da SEAE/SDE (2001, pp. 12-13) estabelece que tal utilização de poder não ocorre quando se verifica que a entrada é provável, tempestiva e suficiente. Nesse sentido, a entrada é provável quando é economicamente lucrativo, com base nos preços anteriores à operação de concentração, a uma empresa realizar a sua entrada e assegurar os preços vigentes. Ela é tempestiva quando realizada totalmente em até dois anos, considerando todas as etapas necessárias. Finalmente, a entrada é suficiente quando todas as oportunidades de vendas puderem ser usufruídas pela potencial entrante.

As autoridades antitruste brasileiras, em seus documentos oficiais constantes nos atos de concentração mais atuais, avaliaram a questão da entrada. No entanto, em boa parte desses casos, elas o fizeram de maneira pouco aprofundada, talvez por não existir a necessidade de análises mais elaboradas, devido à constatação, em etapas anteriores, da ausência de riscos à concorrência advindos da operação. De todo modo, estudos mais aprofundados e abrangendo mais mercados relevantes teriam contribuído enormemente para a defesa da concorrência.

Nesse sentido, a averiguação de empresas que realizaram suas entradas com sucesso é um método interessante para se construir um cenário hipotético. O Guia da SEAE/SDE (2001, p. 13) entende que:

Exemplos de novas empresas entrando no mercado nos últimos 5 anos podem ser utilizados como evidência sobre as condições de entrada, desde que não existam indícios de que o exemplo já não seja representativo das condições de entrada no momento em que a análise esteja sendo realizada.

Portanto, apesar do exemplo da entrada da Tim no mercado de LDN ter sido avaliado pelas autoridades de defesa da concorrência, elas se limitaram unicamente a ele e deixaram de mencionar outras entradas importantes, que têm demonstrado relativo sucesso, como o caso da parceria Embratel e Net na oferta do serviço de telefonia fixa VoIP e também da entrada na Embratel (Via Embratel) no serviço de TV por Assinatura por meio da tecnologia DTH.

Segundo Turolla, Ohira e Lima (2007, pp. 22 – 25), dentro do setor de telecomunicações - no contexto de fortes movimentos de concentração, com base no conceito de *essential facilities* e relacionado à entrada de novos concorrentes em determinado mercado relevante - um ponto importante a ser mencionado é a estratégia de controle de última milha das empresas já estabelecidas. Tal estratégia se refere, basicamente, ao controle sobre determinada infraestrutura essencial, particularmente no trecho final da oferta de um serviço. Nesse sentido, ela contribui fortemente para a redução da rivalidade e contestabilidade dos mercados relevantes afetados.

A convergência tecnológica, em certa medida, demonstra certa tendência de diminuir a característica de *essential facilities* das redes de telecomunicações, mas o grau de substituíbilidade das novas tecnologias (3G, WiMax) ainda é relativamente desconhecido. Desse modo, no caso do STFC local, as concessionárias tendem a intensificar a estratégia de controle de última milha para a manutenção de sua posição dominante. Acerca desse fato, Turolla, Ohira e Lima (2007, p. 23) entendem que

A estratégia de controle da última milha por parte das concessionárias do STFC local constitui sofisticada estratégia de aquisição de operadores e de outorgas que potencialmente contestariam parte de seu mercado relevante. [...] esta estratégia depende de obter o convencimento do regulador setorial sobre o falso argumento de que o *bundling* comercial constitui fenômeno inerente ao ambiente de convergência tecnológica.

Desta feita, quanto ao controle sobre as infraestruturas, incluindo o controle de última milha, as autoridades, em seus documentos, avaliaram a questão e constataram, em vários casos, significativo controle sobre determinadas infraestruturas. Por outro lado, verificou-se também, em certa medida, a presença de previsão legal, garantidora do livre acesso às redes essenciais para a oferta dos serviços. No entanto, a suficiência legal e a efetiva aplicação da legislação nesse ponto foi alvo de contínuo questionamento, sem, contudo, se chegar a conclusões efetivas.

Ainda dentro da análise da entrada de novos concorrentes em um mercado, é fundamental identificar as barreiras à entrada existentes em determinado mercado relevante.

Segundo o Guia da SEAE/SDE (2001, pp. 13-14), as barreiras à entrada podem ser identificadas como

[...] qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Os seguintes fatores constituem importantes barreiras à entrada:

- (a) custos irrecuperáveis;
- (b) barreiras legais ou regulatórias;
- (c) recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas;
- (d) economias de escala e/ou de escopo;
- (e) o grau de integração da cadeia produtiva;
- (f) a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e
- (g) a ameaça de reação dos competidores instalados.

Quanto ao posicionamento das autoridades acerca da identificação das barreiras à entrada, entendeu-se que em mercados como o de telefonia fixa local, as barreiras seriam significativas, essencialmente, pela necessidade de se realizar grandes investimentos para a construção das redes de transmissão. De outro lado, alguns mercados teriam barreiras diminutas. No Informe nº 112/2009 da Anatel, no AC entre Telemar/OI e BrT, entendeu-se que ao invés “[...] do que ocorre no mercado de acesso local, a infraestrutura requerida para a prestação dos serviços de longa distância não constitui uma instalação essencial, ou seja, a sua duplicação por eventuais competidores é economicamente viável.” Desse modo, os mercados de LDN e LDI teriam menores barreiras à entrada. Ainda no Ato de Concentração entre Telemar/Oi e BrT, a ANATEL, em seu parecer, identifica que no mercado de transmissão de dados (SCM) a entrada de novos competidores é provável, tempestiva e suficiente, o que corresponderia à presença de reduzidas barreiras à entrada nesse mercado.

No Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, no processo relativo à fusão entre Sky e DirecTV, constatou-se que as barreiras à entrada no serviço de TV por Assinatura por meio da tecnologia DTH ou satélite seriam menores do que nas outras tecnologias (TV a Cabo e MMDS), devido a dois fatores: primeiro, a inexigibilidade do procedimento licitatório, pois a obtenção do direito de exploração ocorreria por meio de autorização ou permissão; e pelo fato de não haver limitação na área de prestação dos serviços, pois a autorização seria para todo o território nacional. Nesse sentido, percebe-se que a TV a cabo estaria sofrendo com algumas restrições regulatórias (barreiras legais), quais sejam: a abrangência das licenças que se restringe apenas à área dos municípios; a proibição para as concessionárias de telefonia fixa de oferecerem esse serviço; e o limite de 49% para a participação de capital estrangeiro nas operadoras de TV a cabo. Porém, a Resolução nº 551, de 3 de dezembro de 2010, da

ANATEL, acabou com algumas das restrições, como o fim da necessidade de se realizar licitações para a permissão da oferta do serviço, de modo que as licenças passaram a ser obtidas por meio do pagamento de um preço de outorga. Ademais, o art. 3º da supracitada Resolução passou a determinar que “[...] não haverá limite ao número de outorgas do Serviço de TV a Cabo e do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), salvo em caso de indisponibilidade de radiofrequência.” Restou, ainda, a restrição para a participação do capital estrangeiro, o que impede as empresas, como a Telefônica e a GVT, de oferecerem tal serviço.

Em relação aos tipos de barreiras à entrada, é possível realizar, ainda, algumas ponderações sobre dois deles: o grau de integração da cadeia produtiva e as barreiras legais ou regulatórias. No caso do grau de integração da cadeia produtiva, entende-se que em mercados como o de telefonia fixa local (STFC local), onde as concessionárias detêm o controle sobre a infraestrutura de vários mercados relevantes, a integração leva ao aumento das barreiras à entrada. Nesses casos, as empresas têm uma maior probabilidade de exercer poder de mercado, pois elas possuem o controle de uma única rede de transmissão, utilizada para a oferta de diferentes serviços. Aqui, verifica-se que a ausência de regulamentações que levem à desagregação das redes (*unbundling*) contribui para a presença de elevadas barreiras. A aplicação do *unbundling* possibilitaria que empresas destituídas de infraestrutura pudessem oferecer seus serviços por meio de redes já existentes, eliminando a necessidade dessa empresa de construir a sua rede ou entrar em mais de um mercado ao mesmo tempo.

Acerca das barreiras legais ou regulatórias, compreende-se que a multiplicidade de licenças para os serviços de telecomunicações pode, em certa medida, se transformar em barreiras à entrada. O atual ambiente de convergência dos serviços leva empresas com tecnologias diferentes a oferecerem serviços correlatos e, até mesmo, incluídos em um mesmo mercado relevante. Nesse sentido, é possível entender que diferentes licenças, com exigências diversas para serviços concorrentes, acabam por se transformar em empecilhos à atuação das firmas. Esse é caso, por exemplo, do serviço de Internet Banda Larga, em que, para a banda larga fixa, a autorização da ANATEL é para o SCM e, para a banda larga móvel, a permissão é para o SMP. Talvez uma solução para eliminar tais barreiras fosse a adoção de licenças únicas, que abrangeriam todos os serviços, ou seja, uma operadora receberia uma única licença para oferecer os serviços de telefonia fixa, móvel, Internet e TV por Assinatura. Enfim, o que se constata atualmente é que essa variedade de licenças e autorizações cria confusão e limita a entrada de prestadoras de serviços de telecomunicações.

Em suma, sobre a possibilidade do exercício do poder de mercado, conclui-se que em

mercados como o de telefonia celular, de telefonia de longa distância nacional, de Internet Banda Larga e de TV por Assinatura, mesmo a concentração sendo elevada, as barreiras à entrada e a rivalidade efetiva inibem o exercício do poder de mercado. Já nos mercados de telefonia fixa e de longa distância internacional, a constatação foi de alta concentração, rivalidade reduzida e barreiras à entrada mais expressivas. No entanto, isso não corresponderia, automaticamente, ao exercício abusivo do poder de mercado, pois nota-se que outras tecnologias, como o VoIP, estão em crescimento e oferecendo serviços com substituíbilidade cada vez maior em relação aos tradicionais. Portanto, apesar da maioria dos mercados serem altamente concentrados e de alguns ainda apresentarem uma rivalidade reduzida e significativas barreiras à entrada, o processo de convergência vem modificando esse cenário e dando indícios de rápidas mudanças no curto e médio prazo.

3.4 Eficiências econômicas

Em relação às eficiências econômicas, o Guia da SEAE/SDE (2001, p 16) estabelece que, para avaliar o efeito líquido sobre a economia de determinado ato de concentração, é preciso realizar uma comparação entre os custos econômicos e as possíveis eficiências oriundas desse ato. As eficiências econômicas provenientes da concentração, segundo o Guia da SEAE/SDE (2001, p 16), são apenas “[...] os incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato e que não podem ser gerados de outra forma (eficiências específicas da concentração).” Dessa maneira, serão desconsideradas como eficiências específicas da concentração em análise aquelas que puderem ser obtidas por meios alternativos e com menores riscos à concorrência, dentro de um período inferior a dois anos.

Sobre as eficiências econômicas, dentro do contexto de convergência tecnológica e de serviços, Turolla, Ohira e Lima (2007, p. 26) verificam que

A integração de vários serviços na mesma rede é a principal fonte de economias de escopo que poderá deslocar o custo médio do setor de telecomunicações no Brasil. Ela oferece a possibilidade de diluição dos custos de infra-estrutura entre serviços diferentes.

Há economias de escopo também nas concentrações que envolvem diferentes redes sob o controle do mesmo prestador, mas esta modalidade oferece economias de escopo apenas comerciais, com a integração de processos de venda, atendimento, fatura única e outros elementos administrativos.

Nesse sentido, Turolla, Ohira e Lima (2007, pp. 26 – 27) identificam dois tipos de

convergências com possibilidade de oferecer economias de escopo. Primeiro, é possível mencionar a convergência comercial, também denominada *bundling* comercial ou oferta de pacotes de serviços. Nesse caso, a empresa controla diferentes redes e oferta serviços diversos de voz, dados e vídeos. Ao utilizar mais de uma rede, a empresa acaba por reduzir a intensidade das eficiências geradas por um ato de concentração. Em seguida, pode-se citar a convergência tecnológica, que ocorre com a utilização de uma única rede para oferecer os serviços de voz, dados e vídeo. Aqui, as eficiências seriam maiores devido, essencialmente, à redução dos custos de infraestrutura. O Quadro 11 apresenta os tipos de redes e o grau de convergência, capaz de induzir economias de escopo na oferta dos serviços de telecomunicações no Brasil.

Rede	Principais operadoras	Serviços convergentes			Índice de convergência (1 a 3)	
		Voz	Dados	Vídeo	Atual	Potencial
Fixa (fios de cobre e fibra ótica)	Concessionárias e autorizadas de telefonia fixa	Linha convencional e VoIP em xDSL	xDSL	IPTV (só DSL de última geração)	●●	●●●
Móvel (CDMA, GSM e 3G)	Operadoras de telefonia celular	Linha celular	Dados CDMA, GSM e Internet 3G	IPTV	●●	●●●
TV a Cabo – (cabos coaxiais)	Net, Oi e Abril+Telefônica	VoIP	Internet a Cabo	TV a Cabo	●●●	●●●
TV – MMDS (wireless)	Net, Abril+Telefônica	VoIP	Internet <i>wireless</i>	TV <i>wireless</i>	●●●	●●●
TV – DTH (satélite)	Sky, Embratel e Oi	-	-	TV via satélite	●	●
WiMax (rede móvel 4G)	Em fase de teste e aguardando novas autorizações.	VoIP	Internet 4G	IPTV	-	●●●

Quadro 11 – Redes e serviços convergentes no Brasil

Fonte: TUROLLA; OHIRA; LIMA (2007, p. 27).

Enfim, apesar das mais importantes economias de escopo ocorrerem na convergência tecnológica, é fundamental a compreensão de que os benefícios das eficiências devem superar os efeitos negativos da concentração. Ademais, a possibilidade da existência de eficiências estaria diretamente relacionada às especificidades das empresas envolvidas na operação. Desta feita, pelo fato das eficiências econômicas serem muito particulares a determinado

processo ou ato de concentração, nota-se uma certa dificuldade em avaliá-las para o setor de telecomunicações de forma mais ampla.

De todo modo, percebe-se que, em boa parte dos documentos oficiais do SBDC dentro dos atos de concentração, as eficiências econômicas foram, em certa medida, abordadas, mas não em itens específicos. Elas foram estudadas dentro de outras questões relevantes, em etapas anteriores das análises antitruste. Essa falta de avaliação das eficiências em item específico pode ser justificada pela não exigibilidade do prosseguimento das análises dos casos, devido à não constatação de riscos à concorrência oriundos das operações.

Alguns exemplos da atuação do SBDC nesse ponto podem ser apresentados, como no caso da aquisição da BrT pela Telemar/Oi, no qual as requerentes alegaram algumas eficiências advindas da operação. Dentre essas eficiências, pode-se destacar a criação de poder de mercado compensatório, onde a junção das duas concessionárias criaria uma nova empresa de abrangência nacional capaz de competir com a Embratel nos serviços em que a sua magnitude lhe conferia a dominação do mercado. Ainda dentro do processo entre Telemar/Oi e BrT, a Nota Técnica nº 005/2010/DEE do Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE destaca a possibilidade da integração das duas empresas eliminarem problemas de cobrança de dupla margem. Mais especificamente, as empresas cobram uma tarifa de interconexão pelas ligações terminadas em sua rede. Essa tarifa é composta pelo custo de interconexão e uma margem de lucro para a cobrança do serviço de atacado. Em seguida, essa margem é somada a outra margem de lucro no serviço cobrado do consumidor final. Portanto, ocorreria uma ineficiência alocativa, pois os preços e os lucros do atacado e do varejo estariam desalinhados daqueles advindos da maximização do bem-estar das firmas e dos consumidores. A fusão das duas empresas eliminaria tal problema de dupla margem, levando as operadoras a obterem lucros agregados maiores e a cobrarem preços mais baixos dos consumidores. No entanto, essa fusão também possibilitaria que a nova empresa pudesse discriminar suas rivais devido à integração vertical decorrente da operação, ou seja, a empresa fusionada teria o controle da rede na origem e no destino das chamadas telefônicas.

Nos Atos de Concentração nº 53500.002423/2003 e nº 53500.029160/2004, envolvendo a fusão entre Sky e DirecTV, o Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, em seu Voto, entende que:

Compensando parte de eventuais efeitos anticompetitivos pode-se considerar as eficiências geradas por viabilizar a permanência de um concorrente saudável no mercado, que poderá redirecionar seus esforços, focando-os para investimentos em qualidade e desenvolvimento, e desviando-os da

preocupação com o equilíbrio de custos.

Mas, o Ilmo. Conselheiro também verifica que, apesar das referidas eficiências, a operação também traria preocupações concorrências, devido à eliminação de um concorrente e à elevada concentração de mercado.

Conforme fora apontado anteriormente, as eficiências econômicas estão intrinsecamente relacionadas a cada operação de concentração entre empresas, o que dificulta a apresentação de um contraponto abrangente de todo o setor telecomunicações ao posicionamento das autoridades antitruste e reguladoras brasileiras. No entanto, é possível destacar como questão fundamental a análise das eficiências, mesmo na presença de inexigibilidade legal provocada pela constatação de ausências de problemas concorrências. Esse tratamento minucioso, especialmente pelo CADE e seus órgão parceiros (SEAE, SDE, DEE), é essencial para demonstrar o comprometimento com a defesa da concorrência, contribuindo para a segurança jurídica e a credibilidade do SBDC.

Em suma, sobre os principais elementos avaliados nos processos de defesa da concorrência do setor de telecomunicações, verifica-se que o mercado relevante e pontos relacionados à possibilidade do exercício do poder de mercado são mais intensamente estudados pelas autoridades, enquanto as eficiências econômicas recebem uma menor atenção. Tal situação é explicada pela própria estrutura das análises antitruste e pela constatação de inexigibilidade de estudos aprofundados das eficiências econômicas. Quanto à adequação dos posicionamentos das autoridades antitruste e da agência reguladora à realidade do setor de telecomunicações, especialmente em relação às mudanças tecnológicas e à convergência tecnológica e de serviços, percebe-se um certo conservadorismo. Esse posicionamento conservador pode estar sendo impulsionado pela ANATEL, que procura vincular o seu entendimento às suas regulamentações (que, em algumas situações, se mostram atrasadas em relação à realidade do setor) de modo a não se contradizer. Já o CADE, em certa medida, mostra uma tendência de seguir o entendimento da ANATEL em suas conclusões finais, apesar de questionar amplamente alguns desses entendimentos. Essa conduta do CADE pode estar relacionada à tentativa de se garantir previsibilidade e segurança jurídica no julgado, pois, se modificasse muito o posicionamento da ANATEL, poderia correr o risco de suas decisões serem reformadas pelo judiciário, o que levaria a impactos sobre sua credibilidade. Nesse sentido, o capítulo 4 busca avaliar a coerência entre os posicionamentos do CADE e da ANATEL, suas implicações para a segurança jurídica e as possíveis modificações capazes de aprimorar os julgamentos dos processos de defesa da concorrência.

4 A COERÊNCIA ENTRE OS POSICIONAMENTOS DO CADE E DA ANATEL E SEUS DESDOBRAMENTOS

O presente capítulo tem o intuito de analisar a coerência entre os entendimentos do CADE e da ANATEL nos atos de concentração referentes ao setor de telecomunicações e buscar as implicações para a defesa da concorrência dessa análise. Para tanto, a primeira seção realiza a análise entre os posicionamentos do CADE e da ANATEL, avaliando os entendimentos dessas autoridades nos principais elementos estudados nos processos de defesa da concorrência. A segunda seção avalia as implicações da análise anterior sobre a previsibilidade e a segurança jurídica no julgado. A terceira seção, por sua vez, discorre sobre as possíveis modificações que se mostram interessantes para o aprimoramento dos julgamentos antitruste do setor de telecomunicações brasileiro.

Os processos de defesa da concorrência do setor de telecomunicações são analisados conjuntamente pelo CADE e pela ANATEL. Conforme fora apontado nos capítulos anteriores, ambas as autoridades possuem competências legais para atuarem sobre as questões de defesa da concorrência dentro do setor de telecomunicações. O CADE, pelas atribuições conferidas pela Lei Antitruste Brasileira (Lei nº 8.884/94), e a ANATEL, por meio da LGT (Lei nº 9.472/97), que, no seu art. 7, dispõe que:

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

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

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

Na sequência, o art. 19, inciso XIX, da Lei nº 9.472/97 (LGT), complementa as funções da ANATEL no âmbito da defesa da concorrência, determinando que:

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

[...]

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

A partir das competências legais supramencionadas, é possível constatar, em certa medida, um sistema de competências concorrentes.¹⁰ Nesse sentido, nos atos de concentração do setor de telecomunicações que tramitam pelo SBDC, para se dirimirem os possíveis conflitos de competência entre os dois órgãos, e seguindo as determinações da LGT, a ANATEL passou a instruí-los, assumindo as funções da SEAE e da SDE. Ao CADE permaneceu o encargo de realizar os julgamentos e aplicar as medidas necessárias para se evitar prejuízos à concorrência. O Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, nos ACs nº 53500.012477/2008 e 08012.005789/2008-23, envolvendo a Telemar/Oi e a BrT, descreveu o atual trâmite para a aprovação de um ato de concentração da seguinte forma:

[...] (i) o AC é apresentado previamente à ANATEL que, analisando a perspectiva regulatória impõe as medidas necessárias à sua aprovação; (ii) com essa aprovação as empresas podem efetivar o ato de concentração; (iii) em seguida a ANATEL elabora um parecer voltado à análise dos aspectos concorrenciais da operação e o encaminha ao CADE como produto da sua instrução; (iv) finalmente o CADE analisa o AC e profere a decisão final sobre a sua regularidade, impondo as medidas que considerar necessárias para a mitigação de riscos concorrenciais. Evidentemente que o CADE pode impor medidas cautelares ou celebrar um APRO, em qualquer etapa do procedimento descrito.

No entanto, apesar dessa divisão de funções entre as autoridades, verifica-se uma dupla regulação antitruste nos atos de concentração. Isto ocorre devido ao fato de que, para se realizar uma operação de concentração entre duas empresas, é necessária uma anuência prévia da ANATEL. Nesse primeiro momento, essa agência reguladora avalia os elementos de regulação econômica, mas, em certa medida, acaba por perpassar por questões concorrenciais. De acordo com o que foi concluído nessa primeira análise, ela determina a autorização da operação, mesmo que de forma prévia. No segundo momento, a ANATEL avalia novamente a

¹⁰ O modelo de competências concorrentes é apresentado por Oliveira, Fujiwara e Machado (2005) e foi descrito no capítulo 1.

operação em termos da defesa da concorrência e a encaminha ao SBDC para ser julgada pelo CADE. Desse modo, tem-se uma regulação antitruste prévia (ANATEL) e outra definitiva (CADE). Pelo fato da ANATEL atuar nos dois momentos, esse modelo institucional pode levar a concordâncias e a conflitos nos posicionamentos das autoridades. Nesse sentido, a seção seguinte busca avaliar a coerência entre esses dois órgãos nos atos de concentração do setor de telecomunicações que foram efetivamente julgados.

4.1 A coerência entre a ANATEL e o CADE nas análises dos atos de concentração

A presente seção tem por objetivo verificar a atuação conjunta do CADE e da ANATEL em relação aos atos de concentração que foram julgados pelo SBDC desde a criação do atual modelo regulatório do setor de telecomunicação. Mais especificamente, busca-se avaliar a coerência entre os posicionamentos das duas autoridades acerca dos elementos principais de uma análise antitruste.

O procedimento escolhido para a realização do estudo se baseou no referencial teórico do capítulo 1 e, principalmente, na estrutura de análise apresentada no capítulo 3. Desse modo, foi possível focar o estudo em três elementos principais: mercado relevante, possibilidade do exercício do poder de mercado e eficiências econômicas. A partir desses três elementos, foi possível estabelecer um roteiro de análise, que foi dividido em seis etapas. A primeira etapa levanta o questionamento mais amplo de ter sido ou não avaliado algum dos três elementos principais. Na segunda etapa, foi questionado se a ANATEL e o CADE delimitaram o mercado relevante e se as suas delimitações foram iguais. Na terceira etapa, indagou-se sobre a presença de uma efetiva análise, por parte da ANATEL e pelo CADE, da possibilidade do exercício do poder de mercado, verificando se ambas as análises foram coerentes. Na quarta etapa, buscou-se constatar se a ANATEL e o CADE avaliaram as eficiências econômicas e se os entendimentos foram concordantes. Na quinta etapa, o intuito foi verificar se ANATEL e o CADE recomendaram restrições para a autorização da operação e se tais restrições foram iguais. Na última etapa, analisaram-se as etapas anteriores, concluindo se os posicionamentos das duas autoridades foram coerentes ou não.

Em seguida, foram escolhidos os atos de concentração (ACs) ocorridos no setor de telecomunicações e efetivamente julgados pelo CADE entre os anos de 1998 e 2010. Diante da impossibilidade de analisar todos os documentos dos processos, foram escolhidos os dois principais documentos, representativos do posicionamento da ANATEL e do CADE sobre determinado AC, quais sejam, o Parecer da ANATEL e o Voto do Conselheiro-Relator do

CADE. Após a pesquisa, foram encontrados 104 ACs do setor de telecomunicações em que estavam disponíveis para consulta o Parecer da ANATEL e o Voto do Conselheiro-Relator do CADE. Esse número representa praticamente a metade do total de ACs do setor de telecomunicações que tramitaram pelo SBDC até o momento. Desse modo, seguiu-se com a análise com base no roteiro apresentado anteriormente.

Inicialmente, procurou-se constatar se foi realizado algum tipo de análise sobre os três elementos principais comumente avaliados nos estudos antitruste, quais sejam, o mercado relevante, a possibilidade do exercício do poder de mercado e as eficiência econômicas específicas da operação. A Tabela 15 mostra a distribuição entre os ACs em que ocorreu ou não a análise dos principais elementos antitruste.

Tabela 15 – ACs em que ocorreu ou não a análise dos principais elementos antitruste

Principais elementos antitruste	Nº casos	%
Foram analisados	78	75
Não foram analisados	26	25
Total	104	100

Fonte: Elaboração própria.

A partir da Tabela 1, nota-se que, na maioria dos casos, aproximadamente 75% deles, ocorreu algum tipo de análise pela ANATEL ou pelo CADE de, pelo menos, um dos principais elementos antitruste. Nos outros 25% dos ACs, não ocorreu tal análise pelo fato do processo ter sido arquivado sem julgamento do mérito ou por ele ter se enquadrado no rito sumário. Na primeira situação, geralmente, o arquivamento do processo sem a necessidade do julgamento do mérito se deve à desistência das partes da realização da operação, antes que sua apreciação pudesse ser realizada ou porque o caso não se adequou às condições legais previstas na Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste Brasileira). Na segunda situação, o rito sumário pode ser caracterizado como uma análise simplificada, que pode ser utilizada nos casos que, potencialmente, não gerem efeitos danosos à concorrência. Ademais, ele proporciona uma diminuição expressiva no tempo de tramitação dos casos considerados mais simples, o que possibilita uma maior atenção aos casos mais complexos. A utilização do rito sumário pela ANATEL foi introduzida pela Resolução nº 393, de 22 de fevereiro de 2005, que alterou a Norma nº 7/99, de modo que o Parágrafo Único do art. 61 passou a determinar que essa agência reguladora poderia

“[...] adotar o procedimento sumário estabelecido pela Portaria Conjunta n.º 1, de 18 de fevereiro de 2003, complementada pela Portaria Conjunta n.º 8, de 2 de fevereiro de 2004, e suas eventuais alterações, emitidas pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.”.

Ainda sobre o rito sumário, a SEAE e a SDE, no Parágrafo Único, do Capítulo I, da Portaria Conjunta nº 001, de 18 de fevereiro de 2003, determinam que:

Parágrafo único. O parecer simplificado de que trata o caput englobará a identificação das requerentes e dos setores de atividades das empresas envolvidas, a breve descrição da operação, observações e recomendação, e poderá não conter discussão acerca do mercado relevante da operação.

Dessa maneira, percebe-se que a delimitação do mercado relevante da operação não é um procedimento obrigatório dentro do rito sumário. Tal fato foi constatado na análise dos documentos, pois se verificou que, nos ACs que adotaram o referido rito, em alguns momentos optou-se por delinear o mercado relevante e, em outros, esse estudo não foi feito.

A partir da segunda etapa da análise em tela, passou-se a trabalhar com os 78 ACs em que foi identificado algum tipo de análise dos principais elementos antitruste. Nessa etapa, o objetivo foi identificar os casos em que a ANATEL realizou a delimitação do mercado relevante, os casos em que o CADE também abordou esse elemento e se os entendimentos foram iguais. A Tabela 16 apresenta o número de casos em que a ANATEL e o CADE fizeram o estudo do mercado relevante e a quantidade de situações concordantes e discordantes.

Tabela 16 – ACs em que ocorreu a análise do mercado relevante

Mercado relevante	Nº casos	%
Foi analisado	78	100,00
ANATEL analisou	75	96,15
CADE analisou	58	74,36
Análises concordantes	66	84,62
Análises discordantes	12	15,38

Fonte: Elaboração própria.

Com base na Tabela 16, percebe-se que, em 78 ACs, ocorreu a análise do mercado relevante por alguma autoridade, em 75 casos (96,15%) a ANATEL delimitou o mercado relevante e em 58 casos (74,36%) o CADE realizou esse procedimento. Ademais, em três

ACs, aproximadamente 4%, somente o CADE abordou o mercado relevante e em 20 ACs (25,64%) apenas a ANATEL avaliou esse elemento. Em um primeiro momento, pode-se estranhar o fato da ANATEL não ter realizado esse procedimento em três casos, já que a delimitação do mercado relevante é um ponto fundamental em qualquer análise de defesa da concorrência, especialmente durante a instrução de um processo. No entanto, esses três ACs se enquadraram no rito sumário, o qual dispensa a obrigatoriedade da análise do mercado relevante, mas os Conselheiros-Relatores desses ACs entenderam pela necessidade de realizar tal procedimento. Sobre os 20 processos em que o CADE não delimitou o mercado relevante, verificou-se que essa autoridade entendeu pela falta de necessidade de analisar esse elemento e apenas seguiu o posicionamento da ANATEL.

Em relação à concordância ou não entre os dois órgãos, constatou-se que em 84,62% dos atos de concentração ocorreu um alinhamento dos entendimentos e em 15,38% os posicionamentos foram diversos. Nas análises discordantes, estão incluídos os três processos em que somente o CADE analisou o mercado relevante e dez ACs em que os Conselheiros-Relatores consideraram que a delimitação proposta pela ANATEL era equivocada. Um exemplo em que o CADE se posicionou contrariamente à ANATEL na delimitação do mercado relevante foi nos ACs nº 53500.022892/2007 e 53500.000478/2008, envolvendo a compra da Telemig Celular pela Vivo e da Amazônia Celular pela Oi. Nos referido processos, o Ilmo. Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, quanto à dimensão geográfica do mercado relevante, entendeu que:

A ANATEL considerou a dimensão geográfica da operação como correspondente à Área de Prestação nº 8. Essa definição, porém, é demasiado ampla e mesmo a delimitação por UF não seria apropriada. Cada UF pode conter uma ou mais áreas de numeração e cada área de numeração corresponde a um Código Nacional (código DDD) distinto. As chamadas cursadas dentro de uma área (chamadas locais) são tarifadas com valores muito menores que as chamadas cursadas entre áreas distintas (chamadas interurbanas). Dessa forma, os consumidores buscam linhas de SMP cujo Código Nacional seja aquele correspondente à área onde residem. Portanto, a dimensão geográfica da operação, no que respeita ao SMP, corresponde a cada uma das áreas de numeração em que há sobreposição entre o Grupo Oi e a Amazônia Celular [...]

Na terceira etapa da presente análise, o objetivo foi constatar se a ANATEL e o CADE realizaram algum estudo sobre a possibilidade do exercício do poder de mercado. Em seguida, procurou-se identificar se tais estudos foram coerentes ou não. Nesta etapa, buscou-se identificar a presença de fatores como a determinação das parcelas de mercado, índices de

concentração, a competição interna (rivalidade), a existência de barreiras à entrada. A Tabela 17 mostra a distribuição de casos em que os dois órgãos analisaram a possibilidade do exercício do poder de mercado e se as análises foram consonantes.

Tabela 17 – ACs em que ocorreu a análise da possibilidade do exercício do poder de mercado

Possibilidade do exercício do poder de mercado	Nº casos	%
Foi analisado	47	100,00
ANATEL analisou	47	100,00
CADE analisou	34	72,34
Análises concordantes	39	82,97
Análises discordantes	8	17,02

Fonte: Elaboração própria.

O que se verifica a partir da Tabela 17 é que em 47 casos ocorreu alguma análise sobre a possibilidade do exercício do poder de mercado. A ANATEL realizou esse estudo nos 47 casos e o CADE em 34 ACs (aproximadamente 72%). Quanto à consonância entre as autoridades, verificou-se que em 83% dos processos em que esse elemento foi avaliado, os entendimentos foram concordantes e em 17% houve divergências. Sobre as concordâncias, constatou-se que em cinco processos, apesar do CADE não ter realizado nenhum estudo sobre esse elemento, ele referendou o posicionamento da ANATEL. Em relação às discordâncias, elas se projetaram relativamente à falta de identificação de algum fator importante para a determinação da possibilidade do exercício do poder de mercado. Por exemplo, no AC nº 53500.001162/2002, apesar da ANATEL não ter identificado em seu parecer a presença de barreiras legais à entrada, o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em seu voto, entendeu que:

Afere-se, também, a existência de barreiras legais como, por exemplo, a necessidade de autorização de órgãos públicos para licenciamento de importação, de instalação, de certificação, e, demais políticas, exigências e entraves regulatórios que também constituem uma expressiva barreira à entrada. Enfim, vislumbra-se, assim, a presença de elevadas barreiras à entrada nos mercados relevantes em questão.

Outro ponto a ser mencionado em relação à terceira etapa da presente análise, é que, dos 78 ACs que abordaram algum dos principais elementos antitruste, em apenas 47 casos avaliou-se a possibilidade do exercício do poder de mercado. Isso corresponderia a 60% dos casos com algum tipo de análise. Esse não é um número tão alto quanto se desejaria, mas é

plausível de se compreender que, devido à grande quantidade de processos que tramitam no SBDC, à necessidade de um rápido julgamento, às economias processuais e à eficiência da Administração Pública, muitos casos podem encerrar suas análises na definição do mercado relevante sem que se precise da continuidade de um estudo pormenorizado. Isto se justifica pelo fato desses casos já inicialmente demonstrarem que não oferecem efeitos anticompetitivos e poderem ser enquadrados no rito sumário.

Na quarta etapa, o intuito foi identificar os atos de concentração que tiveram a análise das eficiências econômicas específicas da operação. Mais especificamente, procurou-se verificar em quais processos a ANATEL e o CADE realizaram tal procedimento e se os entendimentos foram coerentes. A Tabela 18 apresenta os resultados.

Tabela 18 – ACs em que ocorreu a análise das eficiências econômicas

Eficiências econômicas	Nº casos	%
Foi analisado	3	100,00
ANATEL analisou	0	0
CADE analisou	3	100,00
Análises concordantes	0	0
Análises discordantes	3	100,00

Fonte: Elaboração própria.

Com base nos resultados da Tabela 18, nota-se que em apenas três casos ocorreu a análise das eficiências econômicas e somente o CADE avaliou esse elemento. Esse resultado tão diminuto pode ser compreendido pelo fato de que em nenhum dos atos de concentração analisados se verificou a necessidade de abordar esse elemento. As análises da ANATEL e do CADE atingiram, no máximo, o estudo das probabilidades do exercício do poder de mercado, em que já se verificou a possibilidade de autorização da operação com ou sem restrições. Portanto, em nenhum dos processos escolhidos foi constatada a necessidade do prosseguimento das análises de defesa da concorrência para o estudo das eficiências econômicas. No entanto, em três processos foi identificada, em etapas anteriores da análise antitruste, alguma abordagem em relação às eficiências econômicas. Particularmente, nos dois processos referentes à fusão da Sky e da DirecTV e no processo sobre a compra da BrT pela Telemar/Oi, os Conselheiros-Relatores desses ACs entenderam pela relevância de se avaliar esse elemento, mesmo que em uma etapa anterior.

Quanto à consonância entre os posicionamentos da ANATEL e do CADE, entende-se

que, como a ANATEL não abordou esse elemento em nenhum caso e pelo fato de sua intervenção ser anterior à do CADE, não existe a possibilidade dessa agência referendar o entendimento do CADE. Portanto, pode-ser considerar que as autoridades são discordantes em relação às eficiências econômicas.

Na quinta etapa da análise em tela, buscou-se encontrar em quais processos a ANATEL e o CADE entenderam pela necessidade de autorizar a operação com restrições e se as recomendações foram as mesmas. As restrições podem ser de dois tipos: as estruturais e as não-estruturais. As medidas estruturais, segundo o Guia Para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE e da SDE (2001, p. 19), são as que têm a intenção de “[...] restabelecer a dinâmica concorrencial nos mercados relevantes definidos, eliminando a necessidade de controles futuros. São exemplos deste tipo de medida a alienação de ativos de empresas, tais como a venda de marcas ou de fábricas e a quebra de patentes.” Já em relação às medidas de cunho não-estrutural, o referido guia da SEAE e da SDE (2001, p. 19) sugere que essas medidas devem gerar efetivos ganhos de eficiência que não seriam alcançados na ausência de tais medidas. Ademais, elas devem ser claras e pontuais, de modo a se minimizar os custos de monitoramento estatal em relação ao cumprimento dos compromissos acordados entre as empresas e a autoridade de defesa da concorrência. A Tabela 19 mostra a distribuição de processos com recomendações de restrições por parte da ANATEL e do CADE e as consonâncias, ou não, entre esses órgãos.

Tabela 19 – ACs em que ocorreu a recomendação de restrições para a aprovação da operação

Restrições ao ato de concentração	Nº casos	%
Foram recomendadas	9	100,00
ANATEL recomendou	7	77,78
CADE recomendou	8	88,89
Recomendações concordantes	1	11,11
Recomendações discordantes	8	88,89

Fonte: Elaboração própria.

A partir da Tabela 19, percebe-se que em apenas nove atos de concentração foram recomendadas restrições para a autorização da operação. O CADE recomendou restrições em oito casos (88,89%) e a ANATEL em sete (77,78%). Em relação à concordância ou não entre as autoridades, verificou-se que em apenas um caso (cerca de 10%) as recomendações foram as mesmas. Nos outros oito atos de concentração, aproximadamente 90%, ocorreu algum tipo

de discordância no sentido de que as restrições sugeridas pela ANATEL foram insuficientes, inexistentes ou desnecessárias. Um exemplo de discordância entre as duas autoridades, com relação à insuficiência das restrições sugeridas pela ANATEL, pode ser visto no AC nº 53500.012487/2007, envolvendo a Telefônica e outras empresas, no qual o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo entendeu que:

Além da repetição dos remédios impostos no âmbito da ANATEL, foram acordados, no âmbito do TCD firmado com o CADE, remédios adicionais, que ainda não estavam previstos e que, a meu ver, são necessários para a manutenção das condições de passividade, de efetiva separação das atividades da Telefônica e da Telecom Itália no Brasil e de um monitoramento eficaz.

Outro exemplo de discordância entre os dois órgãos, em que foram consideradas desnecessárias as restrições, se configurou no AC nº 53500.000595/2004, entre Embratel e Claro, no qual o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo considerou que:

Embora pertinentes as preocupações da ANATEL, alguns elementos tornam desnecessárias as restrições por ela sugeridas. Por um lado, o Termo de Entendimento e Compromisso entre **Embratel** e **Claro** já contém previsão explícita de não-exclusividade (cláusula 1.3) e, segundo informaram as Requerentes em resposta ao Ofício nº 208/2006/PBCPD/ANATEL, para alguns clientes do VipNet Móvel têm sido ativados terminais móveis tanto da **Claro** quanto da TIM. Por outro lado, o tráfego de dados entre usuários de uma mesma rede corporativa, no serviço VipNet Móvel, não está sujeito ao pagamento de tarifas de uso de rede. Ainda que estivesse sujeito a tanto, a regulamentação em vigor já determina que a remuneração da **Claro** pelo uso de sua rede SMP seja praticada de forma isonômica com todas as operadoras. Como consequência, não há preocupações concorrenciais remanescentes que fundamentem quaisquer restrições à operação.

Por fim, na última etapa foram, novamente, avaliadas as etapas anteriores, de modo a se verificar se os posicionamentos da ANATEL e do CADE foram amplamente coerentes ou não. Desse modo, considerou-se o total de ACs escolhidos, verificando em quantos ocorreu a análise de, pelo menos, um elemento principal antitruste; a quantidade de ACS em que a ANATEL e o CADE delimitaram o mercado relevante; quantos processos tiveram análises consonantes sobre o mercado relevante; em quantos a ANATEL e o CADE avaliaram a possibilidade do exercício do poder de mercado; o número de análises coerentes sobre a possibilidade do poder de mercado; em quantos a ANATEL e o CADE analisaram as eficiências econômicas; quantas análises de eficiências econômicas foram consonantes; a quantidade de processos em que a ANATEL e o CADE recomendaram restrições; o número

de casos em que as restrições foram as mesmas; e em quantos as análises em geral foram coerentes, isto é, quais processos tiveram concordâncias em todas as etapas anteriores. Neste último ponto, é importante ressaltar que, nos processos em que não ocorreu nenhuma análise de algum dos elementos principais antitruste, considerou-se que os posicionamentos não foram consonantes nem discordantes, devido à falta de elementos que pudessem ser avaliados. A Tabela 20 mostra os resultados obtidos

Tabela 20 – Análise geral da coerência entre a ANATEL e o CADE

Atos de concentração	Nº casos	%
Atos de concentração escolhidos	104	100,00
Ocorreu a análise de pelo menos um elemento principal antitruste	78	75,00
ANATEL analisou o mercado relevante	75	72,12
CADE analisou o mercado relevante	58	55,77
Análises de mercado relevante coerentes	66	63,46
ANATEL analisou a possibilidade do exercício do poder de mercado	47	45,19
CADE analisou a possibilidade do exercício do poder de mercado	34	32,69
Análises de possibilidade do exercício do poder de mercado coerentes	39	37,50
ANATEL analisou as eficiências econômicas	0	0
CADE analisou as eficiências econômicas	3	2,88
Análises de eficiências econômicas coerentes	0	0
ANATEL recomendou restrições	7	6,73
CADE recomendou restrições	8	7,69
Restrições coerentes	1	0,96
Análises em geral coerentes	65	62,50

Fonte: Elaboração própria.

A partir da Tabela 20, percebe-se que, do total de processos escolhidos, as análises do CADE e da ANATEL podem ser consideradas efetivamente coerentes em 62,50%. No entanto, esse valor se eleva fortemente quando consideramos apenas os ACs em que pelo menos um dos elementos principais dos estudos antitruste é abordado por alguma autoridade. Neste caso, a consonância entre os dois órgãos subiria para mais de 80%. Desse modo, é possível compreender que, normalmente, o CADE segue o entendimento da ANATEL. As discordâncias surgiriam nos casos mais complexos, que exigem estudos mais elaborados. Nestas situações, percebeu-se que o CADE atua no sentido de corrigir eventuais equívocos da ANATEL, sem, contudo, apresentar discordâncias em toda a extensão da análise do ato de

concentração.

Enfim, buscou-se avaliar, mesmo que de modo muito simples, a interação entre a ANATEL e o CADE no âmbito dos julgamentos dos atos de concentração. Nesse sentido, pode-se inferir que ambas as autoridades atuam conjuntamente e com relativa coerência entre seus posicionamentos. Desta feita, a seção seguinte tem o objetivo de avaliar, com base nos resultados da presente seção e na análise do Capítulo 3, em que medida essa atuação conjunta entre ANATEL e SBDC pode influir sobre a previsibilidade e a segurança jurídica dos processos de defesa da concorrência.

4.2 Previsibilidade e segurança jurídica na defesa da concorrência do setor de telecomunicações brasileiro

A previsibilidade está relacionada à capacidade dos agentes privados de poderem inferir previamente os possíveis resultados e consequências legais de seus atos ou condutas. A segurança, de acordo com Ferraz Júnior (2009, p. 44)

[...] tem a ver com a consistência da duração, isto é, com o evitar que um evento passado (*o estabelecimento de uma norma e o advento de uma situação normada*), de repente, torne-se algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto, o que faria do tempo do direito um mero tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida.

Em termos jurídicos, Ferraz Júnior (1981, p. 51), em outro texto, discorre que a segurança jurídica significaria

[...] a clara determinação e proteção do direito contra o não-direito, para todos. Na determinação do jurídico e, pois, na obtenção da segurança, a certeza é um elemento primordial. Por certeza entende-se a determinação permanente dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento, de modo que o cidadão saiba ou possa saber de antemão a consequência das suas próprias ações.

A segurança jurídica e a previsibilidade para os agentes privados são fatores constantemente perseguidos pelo judiciário e, no caso da defesa da concorrência, a situação não é diferente. Forgioni (2005, p. 130) destaca que, desde as discussões sobre a Lei 4.137/62, os

[...] debates pautaram-se, indubitavelmente, no problema da segurança e

previsibilidades jurídicas, que, até nossos dias, é um dos balizadores das discussões em direito da concorrência. Enfrentava-se (como, ademais, enfrenta-se até hoje) o problema da conciliação da eficiência do sistema antitruste (coibindo o maior número de práticas prejudiciais possíveis) com a segurança e previsibilidade a serem proporcionadas aos agentes econômicos.

Ainda segundo Forgioni (2005, p. 134),

Essa análise técnica das discussões que se travaram, longe de constituir um mero exercício acadêmico é válida para verificarmos que alguns dos problemas derivados do texto legal da Lei Antitruste e sua interpretação foram superados pela própria evolução legislativa brasileira, fruto da meditação sobre nossa realidade e não mera transposição de institutos alienígenas. Erros e acertos já foram cometidos e não podemos prescindir de seu estudo, sob pena de impossibilitar-se a correta inserção do antitruste no atual contexto brasileiro.

Atualmente, a busca pela segurança jurídica é, claramente, um dos principais objetivos do CADE. Tanto que em seu Relatório de Gestão (CADE, 2010, p. 3) referente ao biênio 2009-2010, são destacadas como principais realizações dessa instituição dois fatores importantes para o aumento da segurança dos julgamentos. Primeiro, o referido documento ressalta a promulgação de cinco Súmulas de Jurisprudência do CADE, que teriam o objetivo de aumentar a segurança em relação à aplicação da lei pelo CADE. Segundo, destaca-se que a autoridade antitruste brasileira atingiu elevadas taxas de confirmação de suas decisões pelo Poder Judiciário nesses dois últimos anos (2009-2010), de modo que se constata o aprimoramento da defesa judicial desse órgão, com aumento de sua credibilidade e, desse modo, a elevação da previsibilidade e segurança de seus julgamentos.

Com relação à jurisprudência como segurança na aplicação da lei, Souza (1996, pp. 19-23) explica que a vocação da lei é se direcionar à sentença, e a sentença, por sua vez, tende à jurisprudência. A sentença só se transforma em jurisprudência quando bem fundamentada e reiteradamente citada pelos tribunais, que utilizam suas razões e, em muitos casos, apenas a seguem, sem nada acrescentar. A jurisprudência seria uma série de julgados que possuem uma linha essencial de continuidade e coerência. Ela tem a capacidade de garantir uma certeza que, muitas vezes, ultrapassa a própria lei, pois ela nasce do caso concreto e se funda na coisa julgada, de modo a garantir que controvérsias já decididas não retornem aos tribunais. Ainda de acordo com Souza (1996, pp. 195-210), um dos importantes institutos jurídicos é a uniformização da jurisprudência, por evitar decisões conflitantes ou divergentes na interpretação do Direito. Desse modo, quando a jurisprudência é sumulada, ela se torna uniforme e mais eficaz, pois passa a ser válida para todos, seja de modo persuasivo ou

vinculante. Enfim, a segurança proporcionada pela lei é geral, hipotética e estática. Por outro lado, a segurança da jurisprudência é mais concreta e dinâmica. Nesse sentido, a jurisprudência aperfeiçoa a lei, por meio da garantia de sua correta aplicação e através do incremento da segurança.

Dentro da perspectiva da defesa da concorrência, as Súmulas de Jurisprudência do CADE são um grande avanço na garantia de que a lei possa ser aplicada com segurança, evitando-se controvérsias e tornando os julgamentos dos processos mais rápidos. Outro ponto importante é que a uniformização do entendimento do CADE sobre assuntos controversos confere maior credibilidade a essa instituição, garantido uma melhor fundamentação legal quando questionada junto ao judiciário.

A judicialização da política antitruste brasileira e o avanço da atuação do CADE junto aos tribunais de justiça foram destacados pela OCDE no *Peer Review* (revisão pelos pares) do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), realizado no ano de 2010. De acordo com a OCDE (OECD; IDB, 2010, pp. 59-60), o SBDC tem reconhecido a importância do judiciário na aplicação da política antitruste. Primeiro, pelo fato das partes envolvidas nos processos de defesa da concorrência estarem demonstrando uma tendência a cada vez mais recorrerem aos tribunais de justiça. Segundo, pela necessidade de confirmar as decisões do CADE e garantir o pagamento das multas aplicadas. Ademais, apesar dos tribunais brasileiros normalmente estarem se recusando a analisar o mérito das decisões de instâncias especializadas (como o CADE), baseados na prerrogativa de que os tribunais de jurisdição geral não teriam qualificação para analisar litígios de caráter especial, uma indicação diferente tem surgido no judiciário. Os tribunais de justiça têm mostrado uma predisposição para passarem a analisar as decisões de autoridades como o CADE, com o intuito de garantir a aplicação do propósito ou objetivos subjacentes da lei e evitar o uso abusivo de poder. De todo modo, o CADE tem demonstrado bons resultados na confirmação de suas decisões, conforme é apresentado na Tabela 21.

Tabela 21 – Decisões judiciais - 2005-2009

	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Decisões favoráveis	8	31	54	49	10	152
Decisões desfavoráveis	6	14	10	9	5	44
Percentagem favorável	57%	69%	84%	84%	67%	78%

Fonte: OECD;IDB (2010, p. 62).

A partir da compreensão da importância da segurança jurídica para a política antitruste, é possível retornar à constatação de que ela tem sido um objetivo há muito perseguido pelas autoridades antitruste. De acordo com Forgioni (2005, p. 306), na busca pela segurança jurídica do antitruste, percebeu-se que a simples interpretação normativa das leis de defesa da concorrência não seria suficiente para se garantir uniformidade e previsibilidade satisfatórias. Desse modo, recorreu-se às doutrinas econômicas como forma de se encontrar uma solução por meio de métodos interpretativos e fórmulas matemáticas capazes de proporcionar aos intérpretes uma visão mais clara e previsível. No entanto, mesmo o arcabouço teórico econômico não foi capaz de disciplinar, em termos antitruste, a nossa turbulenta realidade.

Forgioni (2005, p. 306) destaca que a busca pela melhor forma de disciplinar a realidade social e econômica no âmbito antitruste é perene. A interação entre os vários campos teóricos (jurídicos e econômicos) é fundamental para se alcançar um método interpretativo ideal. De todo modo, até o momento, entende-se que tal método deveria abarcar dois objetivos: a garantia de uma maior adequação do direito antitruste à realidade que ele disciplina; e a garantia de certa previsibilidade do resultado da conduta de um agente econômico.

Em termos da defesa da concorrência no setor de telecomunicações e partindo dos dois objetivos supramencionados como meios de se obter uma maior segurança jurídica, é possível analisar a interação entre antitruste e regulação sob dois aspectos. Primeiro, conforme o primeiro objetivo, percebe-se que a política antitruste para o setor de telecomunicações tem que se adequar à atual realidade. Nesse sentido, conforme fora analisado no Capítulo 3, constatou-se que as análises realizadas pela ANATEL demonstraram certo atraso em relação à realidade brasileira, principalmente sob a perspectiva de rápidas inovações e convergência tecnológica e de serviços. A ANATEL poderia apresentar um posicionamento diferente, seja em relação às delimitações dos mercados relevantes, seja nas avaliações sobre a possibilidade do exercício do poder de mercado, mesmo que, para isso, ela tivesse que se posicionar contrariamente às suas atuais regulamentações.

No caso do CADE, verificou-se que ocorreram vários momentos de questionamento em relação ao posicionamento da ANATEL, com correções nos pontos em que a agência reguladora se mostrava relativamente equivocada. No entanto, quando consideramos a adequação ao atual momento de convergência, constatou-se que o CADE discutiu consideravelmente tais questões, mas o órgão, preferencialmente, adotou um posicionamento

conservador. Tal conservadorismo fica relativamente evidente em vários casos, como, por exemplo, no AC nº 53500.010407/2004, envolvendo a Telmex e outras empresas, em que o Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos entende que:

No que se refere à oferta de serviços, é possível realizar uma análise sob a perspectiva de um mercado único convergente *triple play* que contempla tanto telefonia, internet e televisão, assim como pode-se analisar cada um destes mercados de forma segmentada. Frise-se que a opção pela segmentação não significa negar o processo de convergência, mas, apenas, analisar este mesmo setor de forma mais conservadora em relação à possibilidade de exercício de poder de mercado por parte das operações objeto do escrutínio da autoridade antitruste.

Portanto, compreendendo que as mudanças tecnológicas não cessam e que a tendência a uma convergência cada vez mais significativa nas telecomunicações é forte, percebe-se que os posicionamentos de ambas as autoridades devem se modificar em um curto prazo, sob o risco de se afastarem muito da realidade. Neste sentido, quanto mais rápido ocorrer essa mudança, maior será a segurança jurídica transmitida para a sociedade.

Em seguida, acerca do segundo objetivo, entende-se que uma maior previsibilidade nos julgamentos dos atos e condutas dos agentes econômicos será alcançada à medida que os posicionamentos da ANATEL e do CADE se tornarem mais coerentes. Com base na análise da seção anterior do presente capítulo, percebe-se que a consonância entre os entendimentos das duas autoridades é relativamente alta. As discordâncias se descortinam nos poucos processos de maior complexidade. Porém, o conservadorismo do CADE tende a amenizar o grau de discordância e talvez esse posicionamento conservador também seja impulsionado pela necessidade de se garantir certa previsibilidade no julgado e, consequentemente, maior segurança jurídica. Em outros termos, segundo Forgioni (2005, p. 312), “[...] para que seja proporcionado um certo grau de segurança e previsibilidade, exige-se a definição da política de concorrência, por parte das autoridades competentes”.

Por outro lado, essa provável tentativa de uniformização dos entendimentos das duas autoridades leva a um descolamento da realidade do setor, descolamento este que não é tão evidente no momento, mas que pode se tornar preocupante, ao passo que as inovações tecnológicas intensificam o processo de convergência. Nesse sentido, a seção seguinte busca avaliar as possíveis modificações que podem contribuir para o aprimoramento dos julgamentos de defesa da concorrência no setor de telecomunicações.

4.3 As possíveis modificações institucionais para o aprimoramento dos julgamentos

A partir da análise realizada ao longo dos capítulos do presente trabalho, percebe-se que, apesar das análises ainda guardarem certa congruência com a realidade do setor de telecomunicações e da interação entre agência reguladora e autoridade antitruste ser razoavelmente harmônica, constata-se certos problemas no âmbito dessas duas ressalvas. Primeiro, percebe-se a existência de um certo distanciamento das análises de defesa da concorrência para com a realidade do setor, o que se relacionaria com o atraso das regulamentações da ANATEL em relação ao atual cenário tecnológico e de convergência. Essa situação vem sendo reiteradamente questionada pelo CADE, que, em muitos casos, mesmo seguindo o posicionamento da ANATEL, coloca ressalvas claras. Por exemplo, no AC nº 53500.007079/2001, o Ilmo. Conselheiro Cleveland Prates Teixeira afirma que

“Apesar de adotar, nesse caso, a definição da ANATEL para o mercado relevante, gostaria de ressaltar que não há nenhuma relação necessária entre a classificação dos serviços e suas áreas de abrangência previstas na legislação específica, e a existência de um mercado relevante.”

Nessa afirmação, percebe-se, ao fundo, a ideia de que as rápidas mudanças tecnológicas do setor e o processo de convergência estariam alterando mais rapidamente as características dos serviços de telecomunicações do que a legislação poderia acompanhar. Desse modo, a vinculação de uma análise, como a delimitação do mercado relevante, a uma regulamentação específica poderia acarretar em equívoco. No entanto, seria pouco plausível imaginar que a ANATEL elaboraria pareceres completamente dissociados e contrários às suas atuais regulamentações. A solução para uma melhor adequação das análises à realidade somente se configuraria por meio de uma revisão arcabouço regulamentar dessa agência reguladora.

Essa é uma medida que vem sendo repetidamente solicitada nas análises do CADE. No AC nº 53500.008391/2008, o Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, ao analisar os serviços de TV por assinatura, expõe que

[...] a análise acima simplesmente ressalta o existente descompasso entre dois desenhos regulatórios distintos adotados para a prestação de serviços de TV a Cabo e MMDS, de um lado, e para a prestação de serviços de DTH, de outro, que resultou, nos últimos anos, em uma concentração de mercado nas mãos das operadoras desse último sistema. É perfeitamente possível que essa concentração seja um resultado natural da dinâmica atual do setor. Entretanto, não vislumbro motivos para a manutenção dessa dualidade de

regras que acabam por beneficiar artificial e involuntariamente apenas uma plataforma.

De maneira mais enfática, o Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, no AC nº 53500.019422/2004, entre Telmex e Globopar, afirma:

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

Considero, portanto, imprescindível, uma revisão da legislação e das práticas nacionais com o intuito de fomentar tanto a inovação tecnológica como a concorrência, que tendem a se intensificar com o fenômeno da convergência.

Ao se mencionar revisão do arcabouço legal, entende-se que não é necessária uma completa mudança ou total substituição da legislação atual, mas modificações pontuais que podem gerar efeitos significativos. A ANATEL obteve êxitos expressivos em termos concorrenciais com a instalação do Código de Seleção de Prestadora (CSP) e, mais recentemente, com a portabilidade numérica. Na mesma linha, alterações, como a regulamentação do *unbundling*¹¹ e talvez até a extensão do CSP para as chamadas locais de telefone fixo e celular, podem também se mostrar exitosas. Outra modificação importante e diretamente relacionada com a convergência tecnológica e de serviços é a instalação da licença única. Esta, basicamente, representaria a possibilidade de uma empresa poder oferecer os serviços de telefonia fixa, celular, Internet e TV por Assinatura com uma única licença, ou seja, a mesma outorga valeria para todos os serviços.

Enfim, compreende-se que a revisão do arcabouço regulatório da ANATEL, para a sua melhor adequação ao atual ambiente de convergência, configura-se como uma importante ação, com capacidade de contribuir diretamente para o aumento da concorrência no setor. Essa mudança da legislação também geraria efeitos indiretos sobre a concorrência na medida em que possibilitaria uma melhora nos julgamentos de defesa da concorrência. Primeiro, pela facilitação de que as análises sejam baseadas nas regulamentações e, ao mesmo tempo, estejam mais congruentes com a realidade. Em seguida, por meio da redução das divergências entre CADE e ANATEL.

Na sequência, sobre os possíveis problemas na interação entre o CADE e a ANATEL, entende-se, conforme mencionado acima, que a revisão da legislação resolveria boa parte das

¹¹ Os benefícios do *unbundling* foram discutidos no Capítulo 2.

divergências. No entanto, surge o questionamento de que se o atual modelo de interação nos processos antitruste é realmente satisfatório. Inicialmente, é fundamental fazer a ressalva de que qualquer que seja o modelo adotado, ele nunca será perfeito e sempre existirão algumas dificuldades. Em relação ao modelo atual, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, nos ACs nº 53500.012477/2008 e 08012.005789/2008-23, entre Telemar/Oi e BrT, compreende que a atual legislação possibilita a instalação de um modelo de competências complementares, no qual ocorreria a alocação de competências setoriais entre o SBDC e as agências reguladoras. E, ainda, segundo o Ilmo. Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, para a implementação desse modelo dever-se-ia seguir dois critérios básicos:

[...] com base no ambiente competitivo estruturado pela política pública e monitorado pela agência setorial, ao SBDC cabe ser ouvido na estruturação desse ambiente, compartilhando informações, experiências e oferecendo sugestões; e atuar, com base no princípio da subsidiariedade, no controle de condutas e estruturas, quando a ação regulatória não tiver esgotado ou abarcado todas as possibilidades de concorrência no setor.

Apesar desse modelo realmente ser capaz de instalar uma situação de complementaridade, ele também traz consigo traços de uma situação de competências concorrentes, conforme já fora mencionado no início do presente capítulo. Ao longo do terceiro capítulo e do atual capítulo, na busca de se avaliar os conflitos entre o CADE e a ANATEL, constatou-se, em determinados momentos, as características do ambiente de competências concorrentes. Portanto, nesse modelo, melhor caracterizado como uma ponte entre a disputa e a cooperação, é possível se questionar sobre sua eficiência e efetividade na aplicação de uma política de concorrência.

Na tentativa de responder a esse questionamento, considerando o caso dos atos de concentração, é possível identificar dois problemas. Primeiro, conforme apontado no início do capítulo, tem-se a problemática da dupla regulação antitruste: a regulação prévia da ANATEL e a definitiva do CADE. Segundo, verifica-se uma dupla atuação da ANATEL, regulando previamente o ato de concentração e, posteriormente, instruindo o processo junto ao SBDC.

Quanto ao primeiro problema, não se vislumbra no curto prazo qualquer solução, já que as prerrogativas legais impõem a ocorrência da dupla regulação e uma solução prescindiria de alteração da LGT.

Em relação à segunda problemática, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, nos supracitados atos de concentração entre BrT e Telemar/Oi, entende que existe a possibilidade legal de uma alternativa para o atual arranjo institucional. A LGT, especialmente no seu art.

7º, somente determina que os atos de concentração sejam encaminhados ao CADE e não impõe uma dupla atuação da ANATEL. Ademais, diante do fato de que, durante o processo de anuência prévia da operação junto à ANATEL, essa agência reguladora já realiza um estudo concorrencial, constata-se uma certa dispensabilidade de novamente ela realizar uma análise concorrencial da operação para a instrução do ato de concentração. É possível utilizar o processo de anuência prévia como sendo a instrução do AC no SBDC, já que as análises concorrenciais realizadas nessa anuência seguem os moldes propostos pelo Guia Para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE e da SDE. Desta feita, percebe-se que existe a possibilidade de que a ANATEL só atue, em termos de defesa da concorrência, na realização da anuência prévia, o que reduziria muito o tempo de tramitação do processo junto ao SBDC.

Em suma, as análises iniciais sobre a coerência entre o CADE e a ANATEL demonstraram uma taxa relativamente alta de consonância entre as autoridades, mas também mostraram que as divergências existem e ocorrem nas situações mais complexas. Essas situações seriam mais complexas, principalmente, por causa do rápido processo de inovações do setor de telecomunicações e devido ao fenômeno de convergência tecnológica e de serviços. Ao relacionar as análises iniciais com a previsibilidade e segurança jurídica, percebe-se a importância da adequação entre os entendimentos do CADE e da ANATEL, bem como para com a atual realidade do setor. Por último, para se alcançar um aprimoramento dos julgamentos, com melhorias para a concorrência no setor e para a previsibilidade e segurança jurídica do julgado, entende-se que alterações do atual arcabouço legal são necessárias e possíveis modificações do modelo institucional de análise de atos de concentração se mostrariam interessantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, buscou-se analisar a aplicação da política de defesa da concorrência no setor de telecomunicações, particularmente a atuação da ANATEL e do SBDC nos atos de concentração entre empresas desse setor. Nesse sentido, o primeiro capítulo apresentou os fundamentos da regulação econômica e da política antitruste. Os principais conceitos, necessários ao desenvolvimento dos estudos dos demais capítulos, foram descritos nessa primeira parte e também foram relacionados os modos de interação entre essas duas doutrinas. Com base no que foi apresentado, verificou-se que os princípios que norteiam a regulação econômica e a política antitruste guardam significativa semelhança, de maneira que em vários momentos os seus objetivos se mostram os mesmos. No entanto, em outros casos, eles podem se posicionar contrariamente. Desse modo, é possível identificar modelos harmoniosos de interação entre as duas disciplinas e outros relativamente conflituosos.

Ainda em relação às formas de interação das duas doutrinas, foi possível constatar que a regulação econômica e a política antitruste são duas formas de intervenção estatal sobre os mercados com origem na sociedade estadunidense e que já possuem uma história de convívio superior a um século nos EUA. No caso brasileiro, tal relação é relativamente recente, de modo que ambas só passaram a, efetivamente, interagir na década de 1990, com a abertura econômica e a instalação de um modelo regulatório e de intervenção antitruste bastante semelhante ao modelo norte-americano.

No segundo capítulo, buscou-se apresentar o setor de telecomunicações brasileiro. Inicialmente, foram descritos os elementos históricos e legais do setor. Em seguida, as atuais configurações dos principais serviços de telecomunicações (telefonia fixa e móvel, TV por Assinatura e Internet Banda Larga) foram objeto de estudo. Por último, discutiu-se alguns elementos recentes que influem sobre o grau de concorrência no setor. A partir do que foi descrito no capítulo, percebeu-se que o setor de telecomunicações brasileiro vivenciou momentos diversos ao longo do último século. Ele saiu de uma situação de concentração de empresas sob a propriedade do Estado para um processo de privatizações nos anos 90, o que contribuiu para a desconcentração do setor. Entretanto, atualmente, vislumbra-se um processo de concentração, devido à intensificação das operações de fusão e aquisição que vem ocorrendo na última década.

Diante do novo cenário que vem se formando nas telecomunicações brasileiras, verificou-se que o setor é caracterizado por um forte dinamismo, de modo que, em curtos

espaços de tempo, empresas entram no mercado e conquistam parcelas significativas de seus concorrentes, empresas mudam constantemente suas estratégias, algumas auferem ganhos de mercado e outras perdas expressivas. Esses movimentos são, em grande parte, influenciados pelas inovações tecnológicas que têm a capacidade de alterar a dinâmica desse setor e conferir fortes vantagens a determinadas empresas. Dentro dessa perspectiva, percebeu-se que o fenômeno de convergência tecnológica e de serviços é um dos principais determinantes da concorrência no setor. Desta feita, foi plausível de compreensão que o atual marco regulatório necessita de modificações para tentar se aproximar das novas situações. Tais alterações se mostrariam fundamentais para garantir os direitos dos usuários, uma maior universalização dos serviços e incentivos mais expressivos à concorrência.

No terceiro capítulo, foram analisados os entendimentos do SBDC e da ANATEL acerca dos principais elementos avaliados nos processos de defesa da concorrência, quais sejam, mercado relevante, possibilidade do exercício do poder de mercado e eficiências econômicas. Para tanto, foram estudados os processos antitruste, especialmente os atos de concentração, de empresas atuantes no setor de telecomunicações. A preferência foi por analisar os casos mais atuais, pois eles representam um entendimento mais recente tanto da autoridade antitruste quanto da agência reguladora e estariam em maior sintonia com o atual cenário do setor. Nesta parte, novamente restringiu-se a análise aos principais serviços de telecomunicação (telefonia fixa e móvel, TV por Assinatura e Internet Banda Larga) por dois motivos principais. Primeiro, esses são os serviços que geram impactos diretos sobre a maior parte da população. Segundo, se fossem abordados todos os serviços e possíveis mercados relevantes, o estudo acabaria por se mostrar muito extenso.

A partir das análises realizadas nesse terceiro capítulo, identificou-se que as definições e delimitações do mercado relevante são as mais intensamente discutidas nos processos. Os pontos relacionados à possibilidade do exercício do poder de mercado também receberam uma atenção significativa. Por outro lado, as eficiências econômicas específicas da operação foram pouco analisadas e, quando abordadas, o estudo foi feito em etapas anteriores das análises antitruste. Porém, essa situação pode ser explicada pelo fato das análises antitruste seguirem um roteiro, no qual, a cada etapa, pode-se entender por prosseguir ou não o estudo. Em nenhum dos atos de concentração avaliados foi constatada a exigibilidade legal de se avaliar as eficiências econômicas, isto é, não se constatou a necessidade de prosseguir as análises antitruste para o estudo dessa etapa.

Em relação à adequação dos entendimentos da ANATEL e do SBDC à realidade do setor de telecomunicações, percebeu-se um certo conservadorismo quando confrontados com

as questões tecnológicas, em especial com o fenômeno de convergência. Tal conservadorismo estaria relacionado com o posicionamento da ANATEL, que tenderia a vincular o seu entendimento às suas regulamentações. Estas, como verificado no capítulo 2, estariam, em certa medida, distantes da atual realidade do setor. Desse modo, a ANATEL preferiria deixar as suas análises de defesa da concorrência relativamente atrasadas, ao invés de adotar um posicionamento que iria contradizer suas regulamentações. De outro lado, o SBDC, em especial o CADE, demonstrou uma tendência de também adotar um posicionamento conservador em suas conclusões, embora, ao longo de suas análises, tenha sido constatado que essa autoridade discutiu amplamente as questões tecnológicas e de convergência, colocando em dúvida vários entendimentos da ANATEL. Esse conservadorismo do CADE estaria relacionado com a tentativa de garantir previsibilidade e segurança jurídica nos julgamentos, pois um posicionamento muito diverso e contrário ao da ANATEL poderia criar riscos jurídicos para as decisões do CADE. Em outros termos, uma conduta muito radical do CADE poderia elevar o risco de suas decisões serem reformadas no judiciário, gerando impactos sobre sua credibilidade.

No quarto capítulo, o intuito foi avaliar a coerência entre os posicionamentos do CADE e da ANATEL nos atos de concentração do setor de telecomunicações. Em seguida, analisou-se as implicações das análises dos capítulos 3 e da primeira seção do capítulo 4 sobre a previsibilidade e segurança jurídica no julgado. Por fim, buscou-se identificar as possíveis mudanças institucionais que poderiam auxiliar no aprimoramento dos julgamentos.

Com base nas análises desse capítulo, constatou-se que o CADE e a ANATEL demonstraram uma relativa coerência entre seus posicionamentos na maioria dos atos de concentração. No entanto, divergências foram verificadas e elas ocorreram em maior quantidade nos processos mais complexos. Conforme já havia sido constatado no capítulo 3, as discordâncias ocorreram, geralmente, nos casos em que a influência da convergência tecnológica e de serviços era mais evidente.

Na sequência, foi possível compreender que, quanto mais os posicionamentos das duas autoridades forem consonantes e quanto maior for a adequação de suas análises à atual realidade do setor, maiores serão a previsibilidade e a segurança jurídica dos julgados. Nesse sentido, para se aprimorar os julgamentos, constatou-se que algumas modificações seriam interessantes. Primeiro, a revisão do arcabouço legal se mostra cada vez mais necessária para garantir uma maior aproximação para com o atual cenário do setor, o que, consequentemente, permitiria que as análises da ANATEL seguissem no mesmo sentido. Tal modificação também permitiria ao CADE se posicionar de modo menos conservador. A outra modificação

se processaria em relação ao modelo institucional de análise dos atos de concentração. Neste caso, a possibilidade de acabar com a dupla atuação da ANATEL (na anuência prévia e no processo junto ao SBDC) poderia conferir uma melhora dos julgamentos.

Em suma, a partir do que foi analisado ao longo do trabalho, foi possível perceber um certo atraso do marco regulatório do setor de telecomunicações em relação à realidade e alguns entraves no modelo de análise de atos de concentração. Nesse sentido, uma revisão institucional da intervenção do Estado sobre o setor possibilitaria o incentivo direto à concorrência e um incentivo indireto por meio da melhoria dos julgamentos antitruste.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M. W. **Reestruturação, internacionalização e mudanças institucionais das telecomunicações**: lições das experiências internacionais para o caso brasileiro. 1994. 358 f. Tese (Doutorado em Economia)-Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1994.

AREEDA, P., TURNER, D. **Antitrust law**: an analysis of antitrust principles and their application. Boston: Little Brown, 1978.

ARMSTRONG, M.; SAPPINGTON, D. E. M. **Regulation, competition, and liberalization**. Journal of Economic Literature, v. 44, n. 2, jun. 2006, pp. 325-366.

AZEVEDO, P. F.; FARINA, E. M. M. Q.; PICCHETTI, P. A reestruturação dos setores de infra-estrutura e a definição dos marcos regulatórios: princípios gerais, características e problemas. In: REZENDE, F.; PAULA, T. B. (Orgs.). **Infra-estrutura**: perspectivas de reorganização/regulação. Brasília: IPEA, 1998, v. 1. p. 43-80

BAIN, J. S. **Barriers to New Competition**: their character and consequences in manufacturing industries. Cambridge: Harvard University Press, 1956.

BAIN, J. S.; QUALLS, P. D. **Industrial organization**: a treatise. Greenwich Conn: Jan, 1987.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995. Altera o art. 21 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Decreto nº 95.744, de 23 de fevereiro de 1988. Aprova o regulamento do Serviço Especial de Televisão por Assinatura – TVA. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998. Aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003. Dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Decreto nº 6.654, de 20 de novembro de 2008. Aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995. Dispõe sobre os serviços de TV a Cabo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996. Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Portaria nº 254, de 16 de abril de 1997. Aprova a Norma nº 002/94-REV/97 – Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Portaria nº 321, de 21 de maio de 1997. Aprova a Norma nº 008/97 – Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por assinatura Via Satélite (DTH). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. ANATEL. 2010. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. **Estudo técnico para atualização da regulamentação das telecomunicações no Brasil**. Brasília, 2008, 245 p.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. Informe nº 112/PBCPD/PVCPC/CMLCE/PBCP/PVCP/CMLC/SPB/SPV/SCM, de 17 de abril de 2009, constante no Ato de Concentração nº 535000.012477/2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. Parecer n. 109/2010-CGJR referente ao Ato de Concentração nº 535000.012477/2008. Relator: João Batista de Rezende. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório Anual 2009**. Brasília, 2009, 106 p.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 195, de 7 de dezembro de 1999. Aprova a Norma n.º 7/99 - Anatel - “Procedimentos administrativos para apuração e repressão das infrações da ordem econômica e para o controle de atos e contratos no setor de telecomunicações”. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 272, de 9 de agosto de 2001. Aprova o regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 393, de 22 de fevereiro de 2005. Aprova a adaptação da Norma n.º 7/99 para adotar o procedimento sumário na análise dos atos que visem a qualquer forma de concentração econômica envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 410, de 11 de julho de 2005. Regulamento geral de interconexão. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 438, de 10 de julho de 2006. Regulamento de remuneração pelo uso de redes de prestadoras do Serviço Móvel Pessoal – SMP. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 458, de 8 de fevereiro de 2007. Regulamento de remuneração pelo uso de redes de prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 551, de 3 de dezembro de 2010. Aprova o planejamento do serviço de TV a Cabo e do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Telecomunicações Brasileiras S.A. TELEBRÁS. 2010. Disponível em: <<http://www.telebras.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Parecer Técnico nº 12/2004/DF constante na Medida Cautelar nº 08700.000018/2004-68. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Fazenda; Ministério da Justiça. Secretaria de Acompanhamento Econômico; Secretaria de Direito Econômico. Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1 de agosto de 2001. Guia para análise de atos de concentração horizontal. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. Ministério da Fazenda; Ministério da Justiça. Secretaria de Acompanhamento Econômico; Secretaria de Direito Econômico. Portaria Conjunta n. 001, de 18 de fevereiro de 2003. Estabelece o procedimento sumário para a análise de atos de concentração. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.007079/2001. Requerente: Qualcomm Inc., Vésper S/A e Vésper São Paulo S/A. Conselheiro-relator: Cleveland Prates Teixeira. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.001162/2002. Requerente: TNL PCS S/A. Conselheiro-relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.002423/2003. Requerentes: Hughes Electronics Corporation, General Motors Corporation e The News Corporation Limited. Conselheiro-relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.000595/2004. Requerentes: Albra Telecomunicações Ltda, Alecan Telecomunicações Ltda, Americel S/A, ATL - Algar Telecom Leste S/A, BCP S.A., BSE S/A., Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel, Stemar Telecomunicações Ltda, Telet S/A e Tess S/A. Conselheiro-relator: Paulo Furquim de Azevedo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.010407/2004. Requerentes: MCI International, MCI WorldCom Brazil, LLC, MCI WorldCom International, Inc, Teléfonos de México S/A de C.V. e Worldcom, Inc. Conselheiro-relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.019422/2004. Requerentes: Globopar Comunicações e Participações S/A e Teléfonos de México S/A. Conselheiro-relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.029160/2004. Requerentes: Globo Comunicações e Participações S/A, The DIRECTV Group e The News Corporation Limited. Conselheiro-relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.022515/2006. Requerentes: CLIC - Clube de Investimentos dos Empregados da CEMIG, Diários Associados Ltda., Brasil Telecomunicações S/A, Empresa de Infovias S/A, TNL PCS Participações S.A e Way TV Belo Horizonte S.A. Conselheiro-relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.012487/2007. Requerentes: Assicurazioni Generali S.p.A, Intensa Sanpaolo S.p.A, Mediobanca - Banca di Credito Finanziario S.p.A, Sintonia S/A e Telefónica S.A. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Ragazzo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.022892/2007. Requerentes: Telpart Participações S/A e Vivo Participações S/A. Conselheiro-relator: Paulo Furquim de Azevedo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.000478/2008. Requerentes: Telemar Norte Leste S/A e Vivo Participações S/A. Conselheiro-relator: Paulo Furquim de Azevedo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.008391/2008. Requerentes: ITSA-Intercontinental Telecomunicações Ltda e Sky Brasil Serviços Ltda. Conselheiro-relator: Fernando de Magalhães Furlan. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.012477/2008. Requerentes: Telemar Norte Leste S.A. “Oi”, Brasil Telecom S/A, Invitel S.A. e Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. Conselheiro-relator: Vinícius Marques de Carvalho. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.005789/2008-23. Requerentes: Telemar Norte Leste S/A, Brasil Telecom S/A, Invitel S.A. e Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. Conselheiro-relator: Vinícius Marques de Carvalho. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.025332/2008. Requerentes: ESC 90 Telecomunicações Ltda. E Net Serviços de Comunicações S.A. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.010496/2009. Requerentes: INTELIG Telecomunicações Ltda., JVCO Participações Ltda., Tim Brasil Serviços e Participações S.A.. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Relatório de gestão 2009-2010**. 2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 45, de 28 de março de 2007. Aprova o regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. Nota Técnica nº 005/2010/DEE constante nos Atos de Concentração nº 535000.012477/2008 e nº 08012.005789/2008-23. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de Proteção e Defesa Econômica. Parecer constante no Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91. Relator: Tatiana de Macedo Nogueira Lima. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Minas e Energia; Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Energia Elétrica; Agência Nacional de Telecomunicações; Agência Nacional do Petróleo. Resolução conjunta nº 001, de 24 de novembro de 1999. Aprova o regulamento conjunto para compartilhamento de infra-estrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. **Desafios e oportunidades do setor de telecomunicações no Brasil**. Brasília, 2010, 92 p.

_____. Senado Federal. Parecer aprovado na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 6, de 2009 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

CABEZA, E. R. D. O.; CAL, A. B. R. O risco de captura nas agências de regulação dos serviços públicos: uma abordagem à luz da teoria econômica. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULAÇÃO, 6, 2009, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/trabalhos.htm>>. Acesso em: 15 out. 2010.

CARLTON, D. W.; PERLOFF, J. M. **Modern industrial organization**. 3 ed. Reading: Addison-Wesley, 2000.

CARLTON, D. W.; PICKER, R. C. **Antitrust and regulation**. National Bureau of Economic Research Working Paper Series, Cambridge, n. 12902, fev. 2007.

CARVALHOSA, M. S. B. **Poder econômico: a fenomenologia, seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: RT, 1967.

CATERMOL, F. Inovações e contestabilidade: algumas considerações sobre eficiência econômica. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 22, p. 125-149, dez. 2004.

CHURCH, J.; WARE, R. **Industrial organization: a strategic approach**. Boston: Irwin/MacGraw-Hill, 2000.

CUZA, L. O regulador: elemento essencial para garantir conquistas. In: SALGADO, L. H.; MOTTA, R. S. **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. p. 291-300.

DE PAULA, G. M.; AVELLAR, A. P. Reforms and infrastructure regulation in Brazil: the experience of ANTT and ANTAQ. **The Quarterly Review of Economics and Finance**, University of Illinois/Elsevier, 2007.

FAGUNDES, J. **As telecomunicações no Brasil: uma agenda para as políticas públicas**. Rio de Janeiro: IE-UFRJ, 1995, Texto para Discussão n. 353.

FAGUNDES, J; PONDÉ, J. L.; POSSAS, M. L. **Regulating competition in oligopoly: the case of telecommunications in Brazil**. Estocolmo: Twelfth Biennial Conference of The International Telecommunication Society, jun. 1998.

FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS, M. L. Defesa da concorrência e regulação ue setores de infra-estrutura em transição. In: POSSAS, M. L. (Coord.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Segurança jurídica e normas gerais tributárias. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, RT, n. 17-18, p. 51-56, 1981.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Direito: tempo que passa, tempo que fica.. **Revista USP**, São Paulo, n. 81, p. 40-49, mar./mai. 2009.

FIANI, R. **Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras**. Rio de Janeiro: IE-UFRJ, 1998, Texto para Discussão n. 423.

FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GODOY, M. A. Agências reguladoras. **Revista de Direito - Anhanguera Educacional S.A.**, Valinhos, v. 11, n. 14, p. 7-30, out. 2008.

KAYSEN, C., TURNER, D. **Antitrust policy: an economic and legal analysis**. Harvard University Press, 1959.

MATTOS, C. A proposta do governo em interconexão e unbundling na renovação dos contratos de concessão em telecomunicações em 2006. In: ECONTRO NACIONAL DE ECONOMIA - ANPEC, 33, Natal, 2005. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A107.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

MATTOS, C. **Unbundling policy in telecommunications: a survey**. Brasília: SEAE/MF, 2006, Documento de Trabalho nº 34.

MELLO, M. T. L. Defesa da concorrência. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (Orgs.) **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 485-514.

MELLO, M. T. **Regulação e defesa da concorrência: interação conflitos e critérios de solução**. Rio de Janeiro: ANPEC, dez. 2003.

MOTTA, R. S. Princípios de regulação econômica. In: RAMALHO, P. I. S. (org.) **Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impactos regulatórios**. Brasília: ANVISA/Casa Civil da Presidência da República, 2009. p. 87-104.

NORTH, D. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge University Press, 1990.

NORTH, D. Institutions. **Journal of Economic Perspective**, v. 5, n. 1, 1991, pp. 97-112.

OLIVEIRA, G.; FUJIWARA, T.; MACHADO, L. E. A experiência brasileira com agências reguladoras. In: SALGADO, L. H.; MOTTA, R. S. **Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT; THE WORLD BANK. **Diretrizes para a elaboração e implementação de política de defesa da concorrência**. Diretor do projeto R. Shyam Khemani. São Paulo: Singular, 2003.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. **Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. **Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. 2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

PINDYCK, R. S., RUNBIFELD, D. L. **Microeconomia**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PINTO JÚNIOR, H. Q.; FIANI, R. Regulação econômica. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (Orgs.) **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 515-543.

PIRES, A.; CAMPOS FILHO, L. Investimentos em setores de infra-estrutura: a questão da regulação do monopólio natural e a defesa da concorrência. In: FIANI, R. et al. **Regulação e Defesa da Concorrência: investimento em setores de infra-estrutura**. BNDES, Desenvolvimento em Debate, 2002.

PITOFSKY, R. The political content of antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 124, n. 4, 1979.

PITOFSKY, R. **The essential facilities doctrine under United States antitrust law**. 2002. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

PITOFSKY, R; PATTERSON, D.; HOOKS, J. The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law. **Antitrust law journal**, v. 70, p. 443-462, 2003.

POSNER, R. **Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework**. National Bureau of Economic Research, revisado em jan. 2010. Disponível em: <<http://www.nber.org>>. Acesso em: 15 out. 2010

POSNER, R. The chicago school of antitrust analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 127, n. 4, 1979, pp. 925-1033.

POSSAS, M. L. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v.3, n. 5, 1996.

POSSAS, M. L. Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-shumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas. **Revista de Economia Política**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 73-94, jan./mar. 2004.

SALGADO, L. H. **As políticas de concorrência (ou antitruste):** um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 1992, Texto para Discussão n. 264.

SALGADO, L. H. **Política de concorrência:** tendências e o estado da arte no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 1995, Texto para Discussão n. 385.

SALGADO, L. H. **A economia política da ação antitruste.** São Paulo: Singular, 1997.

SALGADO, L. H. **Agências regulatórias na experiência brasileira:** um panorama do atual desenho institucional. Rio de Janeiro: IPEA, 2003, Texto para Discussão n. 941.

SCHERER, F. M.; ROSS, D. **Industrial market structure and economic performance.** 3 ed. Boston: Houghton Mifflin Company, 1990.

SHAPIRO, C.; KAPLOW, L. **Antitrust.** Cambridge: National Bureau of Economic Research, Working Paper Series, n. 12867, jan. 2007.

SHUGHART II, W. F. Regulation and antitrust. In: ROWLEY, C. K.; SCHNEIDER, F. (Ed). **The encyclopedia of public choice.** Boston and London: Kluwer Academic Publishers, v. 1, 2003. p. 263–283.

SOUZA, C. A. M. **Segurança jurídica e jurisprudência:** um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996.

SULLIVAN, E. T. ; HARRISON, J. L. **Understanding antitrust and its economics implications.** 5. ed. New York: Lexis Publishing/Matthew Bender, 2009.

SULLIVAN, T; HOVENKAMP, H. **Antitrust law, policy and procedures:** cases, materials, problems. 5. ed. Lexis Publishing, 2007.

TELECO INFORMAÇÃO E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA. **Teleco:** inteligência em telecomunicações. 2010. Disponível em: <<http://www.teleco.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

TIROLE, J. **The theory of industrial organization.** Cambridge: The MIT Press, 1988.

TUROLLA, F. A.; LIMA, M. F. F. **Análise econômica da concentração BrT-Oi.** São Paulo: Telecomp/Pezco, 2008.

TUROLLA, F. A.; OHIRA, T. H.; LIMA, M. F. F. **Concorrência, convergência e universalização no setor de telecomunicações no Brasil.** São Paulo: Telecomp/Pezco, 2007.

UNITED STATES. Department of Justice; Federal Trade Commission. Horizontal merger guidelines. 1992. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/index.shtml>>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. Department of Justice; Federal Trade Commission. Horizontal merger guidelines. 2010. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/index.shtml>>. Acesso em: 15 out. 2010.

VALÉRIO, M. A. G. **Antitruste em setores regulados**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

VARGENS FILHO, J. R. C.; FERREIRA JÚNIOR, H. M. O preço do unbundling no Brasil: concorrência e universalização na indústria de telecomunicações. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 57-85, jan./jun. 2002.

VARIAN, H. R. **Microeconomic analysis**. 3 de. New York: W.W. Norton & Company, 1992.

WILLIAMSON, O. E. **Markets and hierarchies**: analysis and antitrust implications. New York: Free Press, 1975.

ANEXO A – Atos de concentração escolhidos (104)**2009**

53500.010496/2009; 53500.009187/2009

2008

53500.031750/2008; 53500.012477/2008; 53500.008391/2008; 53500.001477/2008;
53500.000248/2008

2007

53500.022892/2007; 53500.020532/2007; 53500.020216/2007; 53500.019250/2007;
53500.012556/2007; 53500.012487/2007; 53500.010030/2007; 53500.009352/2007;
53500.007669/2007

2006

53500.031210/2006; 53500.029599/2006; 53500.028344/2006; 53500.022515/2006;
53500.001212/2006

2005

53500.032382/2005; 53500.023883/2005; 53500.022275/2005; 53500.014636/2005;
53500.013624/2005; 53500.007772/2005; 53500.006805/2005; 53500.004613/2005;
53500.000753/2005; 53500.000607/2005

2004

53500.032779/2004; 53500.029160/2004; 53500.017008/2004; 53500.013498/2004;
53500.013396/2004; 53500.013183/2004; 53500.010407/2004; 53500.009502/2004;
53500.002956/2004; 53500.002955/2004; 53500.002400/2004; 53500.001591/2004;
53500.001484/2004; 53500.000595/2004; 53500.000180/2004

2003

53500.005856/2003; 53500.005473/2003; 53500.005471/2003; 53500.005055/2003;
53500.004738/2003; 53500.003745/2003; 53500.003744/2003; 53500.002710/2003;
53500.002423/2003; 53500.002089/2003; 53500.001229/2003; 53500.000544/2003;
53500.000350/2003; 53500.000330/2003; 53500.000298/2003; 53500.000249/2003;
53500.000204/2003; 53500.000183/2003; 53500.000101/2003; 53500.000100/2003

2002

53500.006612/2002; 53500.006442/2002; 53500.005049/2002; 53500.004348/2002;
53500.003287/2002; 53500.002885/2002; 53500.002819/2002; 53500.001346/2002;
53500.001162/2002; 53500.000655/2002; 53500.000288/2002

2001

53500.006568/2001; 53500.007079/2001; 53500.005109/2001; 53500.002734/2001;
53500.002364/2001; 53500.001898/2001; 53500.001742/2001; 53500.001592/2001;
53500.001555/2001; 53500.001054/2001; 53500.001002/2001; 53500.000321/2001

2000

53500.005688/2000; 53500.004950/2000; 53500.004183/2000; 53500.001990/2000;
53500.001856/2000; 53500.001447/2000; 53500.000487/2000; 53500.000315/2000

1999

53500.005503/1999; 53500.002189/1999

1998

53500.003750/1998; 53500.002187/1998