

---

# A ATUAÇÃO PREVENTIVA DA ANATEL NA PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES E O PLANO GERAL DE METAS DE COMPETIÇÃO

---

*THE PREVENTIVE ACTION OF ANATEL IN THE PROMOTION  
OF COMPETITION IN THE BRAZILIAN MARKET OF  
TELECOMMUNICATIONS AND THE RESOLUTION ANATEL 600/2012*

*Marina Georgia de Oliveira e Nascimento*

*Procuradora Federal com exercício na Procuradoria Federal Especializada da Anatel (DF)*

*Pós-Graduanda em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)*

*Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Fundamento Jurídico da Edição do Plano Geral de Metas de Competição; 2 A Promoção da Concorrência no Setor de Telecomunicações por meio do Plano Geral de Metas de Competição; 2.1 Adoção do Conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como Vetor de Intensidade Regulatória; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, ente a quem a Lei nº 9.472/1997 – LGT atribuiu a competência de regular o setor de telecomunicações no Brasil, tem o dever de promover a concorrência nesse mercado, mediante atuação tanto preventiva quanto repressiva. A elaboração do Plano Geral de Metas de Competição – PGMC, aprovado pela Resolução ANATEL nº 600/2012 consiste em um bom exemplo de como a Agência, atuando de forma *ex ante*, a partir da constatação de que falta ao mercado de telecomunicações maturidade para se autorregular, pode incentivar a concorrência entre os *players* do setor. Apesar das críticas doutrinárias referentes ao ato normativo, o fato é que ele traz em si a elevação do princípio da isonomia, mediante a adoção do conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como fator de discriminação e, portanto, como critério para adoção de medidas assimétricas que tenham como escopo a introdução da concorrência no setor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regulação. Competição. Telecomunicações. Isonomia; Poder de Mercado Significativo.

**ABSTRACT:** The Brazilian Agency of Telecommunications – ANATEL has the authority to regulate the telecommunications market in Brazil, promoting the competition amongst its players by acting *ex ante* and *ex post*. The document approved by ANATEL through the Resolution 600/2012 is a good example of how that entity act to prevent behaviors that can harm competition in telecommunications. Despite of the critics to the Resolution 600/2012, the fact is that it respects the principle of equality, by adopting the concept of SMP – Significant Market Power, which needs to be used as a standard to the imposition of asymmetric measures to introduce competition in the telecommunications market.

**KEYWORDS:** Regulation. Competition. Telecommunications. Equality. Significant Market Power – SMP.

## INTRODUÇÃO

A existência de um órgão regulador para o setor de telecomunicações foi prevista constitucionalmente no artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>. Em atenção ao comando constitucional, a Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT) criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, conferindo a ela função normativa, capacitando-a à aprovação de normas e regulamentos norteadores do setor regulado.

Conforme dispõe a LGT, é função da Agência a organização dos serviços de telecomunicações, o que inclui, além da fiscalização, o disciplinamento da execução dos serviços de telecomunicações, no exercício de sua já citada função normativa. De fato, conforme inteligência de seu artigo 19, incisos IV e X, é atribuição da ANATEL a expedição de normas quanto à prestação dos serviços de telecomunicações nos regimes público e privado.

Não bastasse isso, a mesma Lei, em seu art. 2º, inciso III, c/c art. 6º, determina à Agência a função de adotar medidas que promovam a competição de forma ampla, livre e justa, bem como confere ao usuário o poder de liberdade de escolha de sua prestadora (cf. art. 3º, inciso II da Lei nº 9.472/1997).

Com lastro em tais disposições jurídicas, a ANATEL iniciou o procedimento para a elaboração do Plano Geral de Metas de Competição – PGMC, aprovado, ao final, por meio da Resolução ANATEL nº 600/2012.

Não obstante, muitas são as críticas direcionadas ao diploma normativo. Existe uma corrente doutrinária que, além de se insurgir contra a adoção do conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como vetor de intensidade regulatória e contra a determinação de compartilhamento de infraestrutura, defende que o PGMC consiste em intervenção indevida do Estado na economia e em mecanismo de penalização das prestadoras mais eficientes.

O presente trabalho tem por objetivo consignar que os argumentos contrários ao Plano de Metas promulgado pela Anatel partem de premissas equivocadas, com lastro nas ideias decorrentes de um paradigma de Estado e de Direito liberais, cujo auge se verifica no século XVIII e que se encontra, atualmente, superado pelo paradigma da Modernidade, da qual adveio a noção de Estado Democrático de

---

1 De acordo com o dispositivo constitucional citado, compete à União 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.

Direito. De fato, adotadas as argumentações utilizadas para afastar a possibilidade de a Anatel utilizar-se das medidas previstas no PGMC para propiciar a concorrência no setor de telecomunicações, poder-se-ia concluir pela possibilidade de o mercado se autorregular, pela adoção da ideia privada de propriedade (sem que esta se condicione pela sua função social) e, enfim, à legitimação da exploração do “homem pelo homem”, como se isto não tivesse sido causa da derrocada do Estado de bases teóricas estabelecidas por uma interpretação reducionista da obra de Adam Smith<sup>2</sup>.

## 1 O FUNDAMENTO JURÍDICO DA EDIÇÃO DO PLANO GERAL DE METAS DE COMPETIÇÃO

O art. 170 da Constituição Federal preceitua que “*a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”, observados, dentre outros, os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e da defesa do consumidor.

É justamente com espeque em tais princípios constitucionais que a lei nº 9.472/1997 (LGT) destaca a elevação da universalização e da competição como os valores primordiais a serem alcançados pela política pública de telecomunicações.

Na verdade, tal constatação já pode ser extraída da Exposição de Motivos nº 231/MC. No documento, repisou-se que a reforma perpetrada pelo Estado brasileiro no setor de telecomunicações à época da privatização do Sistema Telebrás teria como finalidade precípua a consolidação da introdução da concorrência na exploração dos serviços

---

<sup>2</sup> Apenas para confirmar o quanto alegado, destacam-se as conclusões de Menelick de Carvalho Neto, quanto ao que conceituou como paradigma de Estado de Direito, de bases liberais:

“Assim, o paradigma de Estado de Direito, ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei seja discutida e aprovada pelos representantes da ‘melhor sociedade’, autorize a atuação de um *Estado mínimo, restrito ao policiamento para assegurar a manutenção do respeito àquelas fronteiras anteriormente referidas e, assim garantir o livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados*, vedada a organização corporativo-coletiva, configura, aos olhos dos homens de então, um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de primeira geração, uma ordem jurídica liberal clássica. [...]”

A vivência daquelas idéias abstratas que conformavam o paradigma inicial do constitucionalismo logo conduz à negação prática das mesmas na história. *A liberdade e a igualdade abstratas, bem como a propriedade privada, terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando o acúmulo de capital jamais visto e as revoluções industriais*” (grifos nossos). Nesse sentido, ver: CARVALHO NETO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista Notícia do Direito Brasileiro, Brasília, vol. 6, p. 25-44, jul/dez 1998.

de telecomunicações e a universalização do acesso aos serviços básicos, mediante o fortalecimento do papel regulador do Estado<sup>3</sup> e da eliminação de seu papel de empresário, com vistas à criação de um ambiente competitivo no setor, observando-se, ainda, a necessidade de introdução de novos *players* no mercado a partir da eliminação de barreiras à entrada<sup>4</sup>.

Assim, tendo por fundamento o art. 170 da Carta Magna, que estabelece os princípios da Ordem Econômica e a Exposição de Motivos nº 231/MC, a Lei nº 9.472/1997, além de criar a Agência Nacional de Telecomunicações, determinou, em seu art. 2º, incisos II, III, IV e V, que o Poder Público tem como dever: (a) estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira; (b) adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários; (c) fortalecer o papel regulador do Estado; e (d) criar oportunidades de investimentos e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo.

O mesmo diploma legal, no inciso II de seu art. 3º, assegura ao usuário de serviços de telecomunicações o direito à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço. Em seu art. 6º, a LGT ainda afirma que os

---

3 “Passou a União Federal de provedora de serviços a reguladora. Foi mantido o monopólio na prestação, agora mediante concessão, permissão ou autorização a particulares, por meio de uma Agência especialmente constituída, com o objetivo, em síntese, de regulamentar os serviços de telecomunicações, o uso e ocupação do espectro de radiofrequências, a relação entre prestadoras dos diferentes serviços na interconexão e no uso de redes, fiscalizando-as”. (COSTA, Guilherme Ieno. *Os cuidados com a concorrência nas telecomunicações*. In: Custo Brasil – Soluções para o Desenvolvimento. Ano 3, nº 14, Abril-Maio 2008, p. 46).

4 Consta da Exposição de Motivos nº 231/MC os objetivos da reforma das telecomunicações no Brasil. Vejamos: “Com base nas premissas indicadas no item anterior e na política de governo de Vossa Excelência, foram formulados objetivos específicos para a reforma das telecomunicações no Brasil. De forma sucinta, *esses objetivos poderiam ser vistos como a consolidação de dois princípios essenciais: a introdução da competição na exploração dos serviços e a universalização do acesso aos serviços básicos*. Esses objetivos são os seguintes:

I) *fortalecer o papel regulador do Estado e eliminar seu papel de empresário*. Esse objetivo contempla a orientação de que o Estado promoverá um grau adequado de supervisão sobre o setor, de modo a assegurar que sejam alcançados os objetivos essenciais da reforma, a *criação de um mercado de competição efetiva* e a proteção dos consumidores contra comportamentos anticoncorrenciais. [...]

II) *aumentar e melhorar a oferta de serviços*. Três temas básicos decorrem desse objetivo: a *promoção da diversidade dos serviços oferecidos à sociedade*; o *aumento significativo da oferta de serviços de telecomunicações no Brasil*; e o *alcançe de padrões de qualidade compatíveis com as exigências do mercado*;

III) *em um ambiente competitivo, criar oportunidades atraentes de investimento e de desenvolvimento tecnológico e industrial*. Nesse objetivo consolidam-se três intenções básicas. A primeira delas associa-se à necessidade de atração de capitais privados através da criação de oportunidades para investimento no setor. *A segunda diz respeito à construção de um ambiente que propicie o desenvolvimento da competição justa no mercado e facilite a consolidação de novos participantes*. Finalmente, a terceira refere-se à geração de condições que estimulem a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico e industrial; [...].” (grifos nossos)

serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações de ordem econômica.

O art. 70 da LGT, de seu turno, determina que serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado, ao passo que o dispositivo seguinte possibilita que a Agência, visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, estabeleça restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações. Finalmente, o art. 86, parágrafo único, inciso II, da LGT reitera a necessidade de o Poder Público atuar para propiciar a ampla, livre e justa competição.

De se ressaltar, ainda, que a edição de um Plano Geral de Metas de Competição já era prevista desde o Contrato de Concessão do STFC – Modalidade Local<sup>5</sup>, celebrado em 31 de dezembro de 2005. Da mesma forma, o Plano também foi mencionado tanto nos artigos 6º, caput e §1º<sup>6</sup>, e 7º, incisos I e II<sup>7</sup>, do Decreto nº 6.654/2008, que aprovou o Plano Geral de Outorgas do Serviço de Telecomunicações prestado no Regime Público,

---

5 Segundo o Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Comutado – Modalidade Local: *“16.15. A Concessionária se obriga a cumprir o Plano Geral de Metas de Competição e a implementar a revenda do serviço objeto da concessão, nos termos da regulamentação.”*

6 Art. 6º. As transferências de concessão ou de controle de concessionária do serviço a que se refere o art. 1º deverão observar o princípio do maior benefício ao usuário e ao interesse social e econômico do País.

§ 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. [grifou-se]

7 Art. 7º. As concessionárias do serviço a que se refere o art. 1º devem, sem prejuízo do disposto no art. 155 da Lei no 9.472, de 1997:

I - cumprir as obrigações de universalização, inclusive aquelas relacionadas à ampliação das redes do serviço a que se refere o art. 1º que suportem a banda larga, conforme dispuser o Plano Geral de Metas de Universalização; e

II - assegurar a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo o acesso às suas redes de telecomunicações em condições não discriminatórias, isonômicas e coerentes com suas práticas comerciais, *conforme dispuser o Plano Geral de Metas de Competição a ser editado pela Agência Nacional de Telecomunicações*. [grifou-se]

como no Plano de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil – PGR, aprovado pela Resolução ANATEL nº 516/2008.

Não é demais lembrar que o ordenamento jurídico deve ser visto como uma pirâmide, que retira seu fundamento de validade da própria Constituição. Por isso, é possível afirmar, com tranquilidade, que a ideia de competição e concorrência trazida da Constituição Federal permeia todo o arcabouço regulatório infralegal e deve ser utilizada pela ANATEL quando do exercício de seu poder normativo, para que este revista-se de legitimidade e atenda ao interesse público a ser alcançado pela atividade regulatória.

A discussão acerca da atuação da ANATEL para garantir a competição no setor de telecomunicações ganhou contornos especiais e atualizados a partir da abertura do processo administrativo para a elaboração do Plano Geral de Metas da Competição - PGMC, aprovado pela Resolução ANATEL nº 600/2012. É de se dizer que, no decorrer da confecção do Plano, a Agência enfrentou muitas insurgências, especialmente de prestadoras que, nos termos da proposta então em análise, passariam a ser consideradas como detentoras de Poder de Mercado Significativo - PMS. Serve o presente trabalho para analisar se tais críticas são ou não pertinentes. É o que se pretende a seguir.

## 2 A PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES POR MEIO DO PLANO GERAL DE METAS DE COMPETIÇÃO

É possível afirmar que o PGMC, a partir da identificação dos *players* que detém Poder de Mercado Significativo – PMS, busca regular, por meio de adoção de medidas assimétricas, com a finalidade de corrigir, minimizar ou amenizar os efeitos advindos de falhas de mercado relacionadas à estrutura de mercado de prestação dos serviços de telecomunicações<sup>8</sup>. Trata-se, portanto, de documento que busca efetivar o princípio da isonomia para garantir a competição no mercado de telecomunicações.

---

8 “A introdução da concorrência entre prestadores representou um dos *leit motiv* da privatização, que se caracterizou, entre outras ações, pela transferência de empresas estatais prestadoras de serviços públicos (segundo a doutrina, delegatários) para concessionários ou permissionários privados. Disso resultou a necessidade de uma perspectiva diversa do regime de prestação desses serviços, ajustada ao direito de escolha do usuário, a ser implementada por meio da competição entre os prestadores. Embora seja este um dos mais relevantes aspectos da regulação, não podem ser olvidados outros propósitos, como a correção de falhas de mercado e de informação e a disciplina dos monopólios naturais” (FARENA, Duciran Van Marsen. *Serviços Públicos, Regulação e Concorrência*. In: *Lei Antitruste – 10 Anos de Combate ao Abuso de Poder Econômico*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 69).

Mesmo assim, verifica-se a existência de uma corrente doutrinária que defende a ilegalidade e a inconstitucionalidade do Plano Geral de Metas de Competição. Vejamos se tais alegações guardam respaldo jurídico.

Como destacado acima, a Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (que também está enumerado dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso IV, da Carta Magna), tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando-se, ainda, os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e da defesa do consumidor, que também foram alçados à categoria de direitos e garantias fundamentais, conforme se depreende do art. 5º, incisos XXII, XXIII e XXXII do texto constitucional.

Tais dispositivos, diga-se, devem nortear a atividade de interpretação do PGMC editado pela ANATEL. Em razão disso é possível afirmar que o documento em questão não tem como finalidade ou objetivo a intervenção indevida do Estado na economia. No ponto, cumpre destacar que a livre iniciativa e a livre concorrência não são passíveis de atenuação apenas em função da persecução das metas de universalização. Em tal afirmação, esconde-se o entendimento segundo o qual apenas o serviço de telecomunicações prestado no regime público é que seria passível de sofrer ingerências estatais com vistas ao atendimento do interesse público. E com tal premissa não se pode concordar.

Ora, o regime de prestação do serviço de telecomunicações não o descaracteriza como sendo um serviço público, bem como não exclui a sua essencialidade, nos termos do art. 10, inciso VII, da Lei nº 7.783/1989<sup>9</sup>. Outrossim, a Constituição Federal, no seu art. 21, inciso XI, conferiu à União a exploração de todos os serviços de telecomunicações, seja diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Sobre esse tema, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro<sup>10</sup> afirma que as atividades listadas no mencionado artigo 21 são competências públicas, de caráter material, positivo e prestacional. Tais competências públicas prestacionais permitem que o poder público discipline todos os aspectos da organização empresarial da atividade econômica reservada à União. É o que o direito administrativo convencionou chamar de serviços públicos, os quais, uma

---

9 Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais: [...]  
VII – telecomunicações; [...]

10 LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Consituição e para a identificação de uma política energética constitucional – A propósito dos arts. 173 e 175 da Carta*. Biblioteca Digital Revista de Direito Público – RBDP, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 8, nº 29, abr. 2010.

vez outorgados (delegados) à iniciativa privada, devem ser regulados (disciplinados) pelo Estado com o objetivo de garantir o interesse público estabelecido em lei (art. 2º da LGT). Por isso, depreende-se que a Carta Magna não excluiu, dentre as competências reservadas à União, qualquer espécie de serviço de telecomunicações, o que impede toda interpretação que pretenda considerar um ou outro serviço de telecomunicações como serviço privado, imune à regulação estatal, sob pena de direta violação ao texto constitucional.

Além disso, a função estatal regulatória quanto aos serviços de telecomunicações, ainda que prestados no regime privado, remanesce incólume, já que a própria LGT, em seu art. 19, incisos X e XI, dispõe que incumbe à Agência *“expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”* e *“expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções”*, finalizando, em seu art. 135, que *“a Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade”*.

A grande diferença entre um e outro regime de prestação dos serviços de telecomunicações é depreendida da LGT. O serviço prestado no regime público, por exemplo, tem como característica a reversibilidade dos bens essenciais à prestação do serviço, a outorga mediante contrato de concessão, a imposição de obrigações de continuidade e de metas de universalização, com o consequente atendimento de localidades e áreas não justificadas pelo interesse econômico, bem como a possibilidade de a Anatel controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas, podendo fixá-las nas condições previstas na LGT e homologar reajustes. Em contrapartida, as prestadoras do serviço de telecomunicações prestado no regime público (atualmente, apenas o STFC detém essa condição) desfrutam, por exemplo, de garantias como aquela que assegura o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão e a possibilidade de utilização de recursos do FUST para cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, nos termos do art. 82, inciso II, da LGT.

Por óbvio que o serviço prestado em regime privado não detém tais peculiaridades. No entanto, é de vital importância entender que esta constatação não legitima, sob nenhum aspecto, o argumento segundo o qual o Estado não pode regular um serviço que, apesar de prestado no regime privado, remanesce como um serviço público e, portanto, essencial (pois é reservado constitucionalmente à União).

Em suma, seja no regime privado, seja no público, ambos são serviços públicos, de titularidade da União, prestados por delegação estatal e sujeitos à regulação da ANATEL, órgão constitucionalmente previsto para tal finalidade.

Ainda, não se pode afirmar, que a ANATEL estaria privilegiando o serviço prestado em regime privado em detrimento daquele prestado em regime público. A LGT deve ser interpretada em sua totalidade e em consonância com sua Exposição de Motivos, já que este documento detectou a necessidade de a regulamentação direcionar-se no sentido de fomentar a competição nos mercados relevantes onde exista posição de dominância por parte das detentoras da infraestrutura no setor brasileiro de telecomunicações.

Finalizando, a ANATEL detém poder de polícia tanto para verificação da adequação da prestação do serviço de telecomunicações tanto no regime público quanto no privado, fiscalizando e aplicando sanções, tudo isso alicerçado não só na ideia de continuidade, mas também de qualidade do serviço.

Desta forma, observa-se que a alegação segundo a qual “*a atenuação da livre iniciativa e livre concorrência mediante a ação direta do Estado pode se dar apenas em razão da persecução das metas de universalização*”<sup>11</sup> não deve ser acolhida. Isso porque, em primeiro lugar, não se está a falar em ingerência direta do Estado na seara econômica, mas na sua atuação como entidade reguladora de um serviço público reservado à União, que tem como uma de suas funções a promoção da concorrência no setor. Demais disso, baseando-se na ideia de que a competição destaca-se como um valor propagado ao longo da LGT, conforme se depreende também de sua Exposição de Motivos, cabe ao Estado uma atuação regulatória não apenas repressiva, mas também preventiva, uma vez que, conforme inteligência de seu art. 6º, “*os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica*”.

Por oportuno, destaca-se, uma vez mais, o teor da Exposição de Motivos nº 231/MC, que, visualizando a atuação preventiva da ANATEL para evitar condutas lesivas à competição, asseverou a necessidade de

---

11 Nesse sentido entende Floriano de Azevedo Marques Neto, conforme se observa do parecer intitulado “*Proposta de Plano Geral de Metas de Competição: Panorama Geral de Inconsistências e Ilegalidades*”, elaborado a pedido do SindiTelebrasil e juntado aos autos do Processo Administrativo ANATEL nº 53500.010769/2010, em que se discutia a elaboração do Plano Geral de Metas de Competição no âmbito daquela Agência.

se estimularem “*modalidades de cooperação entre prestadores de serviços que visem aumentar a sua eficiência econômica e o bem estar do consumidor; adotando-se entretanto precauções contra o comportamento anticoncorrencial, particularmente o abuso de poder pelas empresas dominantes no mercado*”.

Não há que se falar, portanto, na atuação estatal apenas para coibir comportamentos e atitudes de empresas que eventualmente estejam criando barreiras para os entrantes, como se fosse necessária a existência de dolo por parte dos Grupos e prestadores já consolidados no mercado, em claro esquecimento de que pode o Estado, na seara concorrencial, atuar preventivamente, de modo a propiciar a competição. É preciso ter em mente que é pressuposto da função regulatória a estipulação de normas gerais e abstratas que necessariamente incidirão *ex ante* com o objetivo de promover a competição, e não apenas a função repressiva, cuja atuação se dá *ex post*, após a verificação em concreto de determinada conduta lesiva.

De fato, buscando concretizar a competição no setor de telecomunicações, como determina a LGT e a própria Carta Constitucional, à Agência compete atuar em três frentes: (i) preventiva, adotando mecanismos para evitar infrações concorrenciais; (ii) repressiva, de forma a eliminar infrações concorrenciais; e (iii) positiva, fomentando, por medidas proativas (como é o caso do PGMC), o incremento da competição no setor, em cumprimento ao objetivo fixado pelo art. 2º, inciso III, da LGT.

Ora, na análise do Plano Geral de Metas de Competição, a constatação é bem simples: verificada a necessidade de correção de falhas de mercado, que induzem à competição imperfeita, urge ao Estado a atuação para propiciar a livre, ampla e justa concorrência entre todas as prestadoras do setor. Por meio do Plano de Metas, portanto, a ANATEL estimula a competição no setor regulado, mediante a correção de falhas de mercado, tendo como suporte, como se verá, a aplicação do princípio constitucional da isonomia.

Diante disso, não apenas a edição de um Plano de Metas de Competição por parte da ANATEL é autorizada pelo ordenamento jurídico-regulatório, mas também a utilização do conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como vetor de intensidade regulatória.

Assim, o Plano Geral de Metas de Competição destina-se à correção de falhas de mercado por meio da determinação de obrigações assimétricas a Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo e encontra-se em perfeita harmonia com o disposto na Constituição Federal, na LGT, no Plano Geral para Atualização da Regulamentação no Brasil (aprovado pela Resolução ANATEL nº 516/2008) e no Decreto

nº 6.654/2008, diplomas em que se percebe a nítida intenção de se fortalecer o papel regulador do Estado, o que é corroborado por meio da promoção da competição.

Observa-se, ainda, que a atuação da ANATEL não é limitada a atos direcionados à obtenção e transferência de concessões e autorizações, nos termos do art. 71 da LGT. Defender que a atuação da ANATEL, com vistas à defesa da competição no setor, seria voltada apenas para os casos em que haja transferência societária implicaria reduzir a atuação da Agência nessa seara e concluir em sentido não autorizado tanto pela Constituição quanto pela LGT. O que a lei, na verdade, pretendeu foi chamar a atenção da Agência para tais atos, casos em que o ente regulador, em função do risco à competição visualizados nessas hipóteses, poderia, pela simples ocorrência deles, estabelecer restrições, limites ou condições que visem a propiciar a competição efetiva e a impedir a concentração econômica de mercado.

Enraizando a ideia ora disposta, preconizou o PGR – Plano Geral de Atualização da Regulamentação no Brasil, aprovado pela já citada Resolução nº 516/2008, que *“a competição é vista como o principal motor do desenvolvimento das telecomunicações, em todos os sentidos. Sendo assim, o fortalecimento dos grupos existentes, bem como o incentivo ao surgimento de novos grupos, tanto pequenos como grandes, por meio de mecanismos como assimetrias regulatórias, acabarão por contribuir para o aumento da competição. Esse aumento da competição, por sua vez, somado ao estabelecimento de contrapartidas em favor da sociedade, trará como principal consequência uma maior oferta de serviços aos usuários, a preços menores e com qualidade satisfatória”*.

Estabelecida a legitimidade jurídica do Plano Geral de Metas de Competição, incumbe-nos, a seguir, a análise do principal pilar do referido ato normativo: a adoção do conceito de Poder de Mercado Significativo como vetor de intensidade regulatória.

### **2.1 Adoção do Conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como Vetor de Intensidade Regulatória**

O Plano Geral de Metas de Competição acolhe o conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como vetor de intensidade regulatória, definindo-o, em seu art. 4º, inciso XIII, como *“posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do Mercado Relevante”*. Nesse sentido, os opositores do conceito e de sua utilização no arcabouço regulatório-concorrencial defendem a impossibilidade de promoção da competição com a inserção de medidas regulatórias assimétricas baseadas apenas no poder econômico do competidor dominante.

É aqui, portanto, que resulta essencial averiguar se o fator de *discrímen* utilizado pela proposta de PGMC é legítimo do ponto de vista constitucional e legal. Celso Antonio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, destacou que o reconhecimento das discriminações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões. Vejamos o que leciona o doutrinador:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido como critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatórios; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.<sup>12</sup>

De posse de tais afirmações, vejamos se a utilização do conceito de PMS como fator de discriminação é possível sem que haja desrespeito ao postulado da isonomia.

Como se disse, o fator de discriminação utilizado consiste na ideia de Poder de Mercado Significativo – PMS, definido como a posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do Mercado Relevante.

Em resposta à segunda indagação, existe correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação procedida, já que o PGMC

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 21-22.

propõe a correção de falhas de mercado por meio da determinação de obrigações assimétricas a Grupos que detêm poder de influenciar de forma significativa as condições de Mercado Relevante (PMS), ou seja, Grupos que possuem porte econômico capaz de desenhar os contornos concorrenciais do setor de telecomunicações.

Finalmente, perquirindo-se acerca da harmonia da discriminação com os interesses protegidos na Constituição, imperioso concluir que a ideia de se definir a existência de Grupos com PMS é essencial para que a ANATEL promova a competição, elevando os ideais de função social da propriedade e de defesa do consumidor.

Ademais, de bom alvitre lembrar que Poder de Mercado Significativo é um conceito amplamente utilizado no âmbito do Direito Econômico e da própria Economia. De fato, não bastassem as considerações expendidas acima, tem-se que o Plano Geral de Atualização da Regulamentação no Brasil - PGR, ao definir como princípio regulatório a necessidade de propiciar a competição a garantir a liberdade de escolha dos usuários, já dizia que:

#### *PGR*

[...] A atuação da Anatel na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações e na defesa da livre concorrência tem permitido a ampliação da liberdade de escolha dos usuários. *Nesse sentido, o conceito difundido internacionalmente de identificação de mercados relevantes e entidades com Poder de Mercado Significativo pode ser bem aproveitado no exercício das políticas públicas que visam melhor atender os anseios da sociedade.* [grifou-se]

Assim, o documento determinou como ação de curto prazo, ao lado da elaboração do Plano Geral de Metas de Competição – PGMC (item V.6 do PGR), a necessidade de regulamentação do Poder de Mercado Significativo (PMS), nos termos de seu item V.15. Ante o exposto, a adoção do conceito de PMS, além de respaldado pela prática internacional, conforme nos assegura o Anexo à Resolução ANATEL nº 516/2008, também visa densificar o princípio da isonomia, de *status* constitucional e, por isso, de observância compulsória pela Agência quando de sua atuação fulcrada em seu poder normativo.

Vislumbrando-se, pois, a necessidade de assegurar a competição por meio da adoção do conceito de PMS, justifica-se, também, a imposição de medidas regulatórias assimétricas em favor daquele que não detém esse poder. Ora, como se disse acima,

critérios de discriminação podem estar abrigados pelo ordenamento constitucional, desde que haja um nexo de proporcionalidade entre o fator utilizado como discriminante e o objetivo a ser alcançado. Nesse sentido, a possibilidade de o ente regulador impor medidas regulatórias assimétricas repousa justamente na necessidade de o Poder Público atuar no sentido de conferir às prestadoras do setor as condições para que a concorrência seja ampla, livre e, também, justa, elevando o ideal de isonomia inclusive na seara concorrencial.

Não se diga que a sujeição do detentor de PMS a um regime diferenciado equivale a penalizá-lo por ser eficiente. Esse argumento até seria válido se, no atual desenho do setor, todos os interessados tivessem condições factíveis de entrar e se manter no mercado, caso em que o fator de avaliação a ser considerado seria apenas a eficiência econômica. Ora, como se verá a seguir, em um estágio inicial, chegou-se a pensar que o setor de telecomunicações seria um verdadeiro monopólio natural em decorrência mesma do alto custo financeiro da infraestrutura necessária à prestação do serviço. Ocorre que, no caso brasileiro, com a privatização do sistema Telebrás, as concessionárias acabaram por deter a maior parte do insumo necessário a que terceiros prestadores conseguissem explorar serviços de telecomunicações em patamares competitivos.

Com base nesse raciocínio, não é possível afirmar que a posição de dominância detida pelos sucessores do Sistema Telebrás adveio pura e simplesmente de sua eficiência empresarial. Ao contrário, percebe-se que o Poder de Mercado Significativo dessas empresas decorreu de situações fáticas que, iniciadas na oportunidade do Leilão das empresas componentes do sistema Telebrás, asseguraram a elas o uso das redes em regime de quase exclusividade, com efeitos que perduram até os dias de hoje. De fato, já dizia a Exposição de Motivos da LGT (EM nº 231/MC):

*Exposição nº 231/MC*

*Embora a competição se constitua no melhor regulador para os mercados, é fato que, em praticamente todos os países que já promoveram alguma reestruturação de suas telecomunicações, algum tipo de organismo regulador foi implementado. [...] Isso decorre da percepção de que, se deixado às próprias forças do mercado estabelecer essa regulação, muito provavelmente ocorreria o seu domínio pelo antigo operador monopolista, de vez que, pelo fato de deter praticamente toda a infra-estrutura e todos os clientes, esse operador teria condições de impedir, ou pelo menos dificultar, a entrada de novos concorrentes no mercado. [grifou-se]*

Assim, ainda com lastro na Exposição de Motivos da LGT, as concessionárias, com a privatização do sistema Telebrás, passaram a exercer um monopólio de fato sobre o setor de telecomunicações, e, ainda que os novos operadores comecem a atuar, eles serão dominantes por algum tempo. Nesse diapasão, como contrapartida, *“eles estarão sujeitos a uma regulamentação que objetiva reduzir o poder que detêm sobre o mercado”*<sup>13</sup>. O Plano Geral de Metas de Competição caminha nesse sentido, detendo, por isso, legitimidade jurídica e regulatória.

Em suma, é juridicamente possível a utilização do Poder de Mercado Significativo como elemento legítimo de discrímen para a imposição de medidas regulatórias assimétricas, em atenção ao princípio constitucional da isonomia, quer a prestadora explore o serviço no regime público, quer no regime privado.

### 3 CONCLUSÃO

A ANATEL, prevista na Constituição Federal de 1988 e criada pela Lei nº 9.472/1997, é o ente que detém a atribuição de regular o setor de telecomunicações. A mesma LGT, ainda com espeque no texto constitucional, conferiu à Agência o dever de promover a competição entre os *players* do setor, de modo a garantir aos usuários os direitos assegurados de liberdade de escolha de sua prestadora e a fruição de um serviço de qualidade satisfatória.

Considerando tais competências, a ANATEL, mediante o exercício de seu poder normativo, elaborou o Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução Anatel nº 600/2012. Consigne-se que o documento normativo detém ampla previsão normativa e legitimidade jurídica, conforme se observa da leitura do próprio texto constitucional, da LGT, do Decreto nº 6.654/2008, no Plano Geral de Atualização da Regulamentação no Brasil – PGR, bem como nos Contratos de Concessão assinados pela Agência e pelas concessionárias do setor.

Do ponto de vista regulatório, a adoção do conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como vetor de intensidade regulatória é consentâneo com o ordenamento jurídico pátrio, pois homenageia o princípio da isonomia, de *status* constitucional, podendo, por isso, ser utilizado como critério para imposição de medida regulatória assimétrica com vistas à introdução da concorrência no mercado brasileiro de telecomunicações.

---

13 E.M. nº 231/MC.

**REFERÊNCIAS**

CARVALHO NETO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 6, p. 25-44, jul./dez. 1998.

COSTA, Guilherme Ieno. Os cuidados com a concorrência nas telecomunicações. In: *Custo Brasil – Soluções para o Desenvolvimento*, ano 3, n. 14, abril./maio 2008.

FARENA, Duciran Van Marsen. Serviços Públicos, Regulação e Concorrência. In: *Lei Antitruste – 10 Anos de Combate ao Abuso de Poder Econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Consituição e para a identificação de uma política energética constitucional – A propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. Biblioteca Digital *Revista de Direito Público – RBDP*, Fórum, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Proposta de Plano Geral de Metas de Competição: Panorama Geral de Inconsistências e Ilegalidades*. Parecer elaborado a pedido do SindiTelebrasil, como contribuição à Consulta Pública ANATEL nº 41/2012. Disponível nos autos do Processo Administrativo ANATEL nº 53500.010769/2010.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. GABINETE DO MINISTRO. 1996. *Exposição de motivos n. 231*. Brasília : Ministério das Comunicações.

