
A ANÁLISE REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Diogo Thomson Andrade

RESUMO: O estudo *analisa* a dinâmica da *análise* regulatória e concorrencial de atos de concentração econômica no setor de telecomunicações, considerando tanto o arcabouço normativo que circunda o tema, como a forma como é realizada na prática pela ANATEL e pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O escopo do trabalho traz, como pano de fundo, a relação entre Regulação e Concorrência e as discussões que dela emergem, apontando para a necessidade de uma maior interação entre os órgãos reguladores e o SBDC, com vistas a um atendimento mais eficiente tanto das preocupações oriundas do marco regulatório como da legislação concorrencial.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Concorrência. Atos de Concentração. Telecomunicações. ANATEL. SBDC. SEAE. CADE. Anuência Prévia. Interação.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, embora se direcione especificamente aos atos de concentração econômica no setor de telecomunicações, encampa uma análise que vai além desse específico segmento da regulação.

Ao tratar da interação entre regulação e concorrência e o modo em que se dá a interface entre as agências reguladoras e o CADE em seus respectivos campos de análise, o trabalho aprofunda um tema que é reiteradamente alvo de debate acadêmico e prático, sobre o papel da concorrência nos setores regulados e sobre o alcance da regulação e o fomento da competitividade em cada segmento econômico.

2 REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

A referência ao setor de telecomunicações é talvez a que mais ilustre o escopo da relação entre concorrência e regulação porque, diferentemente dos demais setores regulados, foi alvo de uma exaustiva atividade legislativa e normativa, tanto no que tange ao marco regulatório, como com relação à competição no setor. Ademais, não se pode negar o interesse estratégico do setor para o desenvolvimento econômico do país, bem como o impacto das fusões, aquisições, incorporações e cisões neste segmento no que se refere não só a concorrência, mas, em última análise, ao usuário final do serviço.

O setor de telecomunicações no Brasil é atualmente resultado de um progressivo programa de privatização e de concessões que evoluiu dos antigos monopólios de infra-estrutura relacionado às redes de *par de cobre*¹ para um modelo de regulação, com competição, incrementado pelo advento de novas tecnologias e plataformas para prestação dos serviços de transmissão de dados e voz.

Assim, o modelo brasileiro é caracterizado pelo estabelecimento de um marco regulatório para o setor, o qual possui como objetivo, ao mesmo tempo, *garantir acesso amplo e universal às telecomunicações, em condições adequadas, estimulando a expansão do uso de redes e serviços em benefício do interesse público, mediante o fortalecimento do papel regulador do Estado (ex vi dos incisos I, II, IV e V do art. 2º da Lei 9.472/97 – LGT)* e, de outro lado, *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* (inciso III, art. 2º,

1 A expressão refere-se ao enlace físico que une os pontos de terminação de rede com a rede de um operador de telecomunicações. O nome surge porque o enlace é formado por dois fios de cobre trançados, destinados, originalmente, à transmissão das ligações de telefone fixo comutado, mas que também pode transmitir dados.

LGT) além de *criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico, em ambiente competitivo* (inciso V, art. 2º, LGT).

Diante deste cenário, verificou-se, ao longo dos últimos anos, um movimento natural em direção à concentração econômica entre os diversos grupos empresariais detentores de concessões, autorizações e permissões no setor de telecomunicações tanto com relação à infra-estrutura de redes como com relação à prestação dos diversos serviços regulados do setor, bem como aqueles de valor adicionado, caracterizados pela ausência de regulação e livre competição entre as empresas.

Aliás, nota-se que seguindo uma tendência de convergência na prestação dos diversos serviços de telecomunicações, os grupos empresariais que atuam no setor, no Brasil, optaram por um movimento caracterizado pela integração entre plataformas de rede de tecnologia diferentes.

Assim, a convergência “tecnológica” no Brasil tem sido realizada não tanto pelo investimento em infra-estrutura de determinado tipo de plataforma de rede capaz de prestar os diversos serviços de telecomunicações, e mais pela aquisição de um “portfólio” de redes complementares e substitutas, de diferentes tecnologias, de forma que um mesmo grupo de empresas possa ofertar os diversos serviços por meio de diversas redes diferentes.

Obviamente que o cenário acima relatado não era totalmente imprevisível quando da adoção do modelo regulatório, ao contrário, era uma situação ao menos esperada, ainda que não da forma como se desenvolveu. Nesse sentido, inclusive, acompanhando o movimento acima descrito, o próprio marco regulatório sofreu algumas alterações, procurando adequar-se à realidade sem deixar de cumprir às finalidades da regulação econômica do setor, quais sejam, aquelas previstas no art. 2º da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997) como dever do Estado, entre elas, a garantia de promover a competitividade na prestação de serviços, na realização de novos investimentos e no desenvolvimento tecnológico do setor.

Assim, como não poderia deixar de ser, os atos de concentração econômica no setor de telecomunicações não passam ao largo das disposições regulatórias. Da mesma forma, sendo a preservação do ambiente competitivo um dos objetivos do marco regulatório do setor e estando todo e qualquer ato de concentração econômica que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou, ainda, resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, submetido ao controle da legislação antitruste, não se poderia também passar ao largo da legislação antitruste nos atos de concentração que envolvam o setor de telecomunicações.

Frise-se que o próprio desenho regulatório foi criado para que haja concorrência no setor e, portanto, deve-se cuidar para que esta concorrência seja exercida de forma hígida e legal.

Neste sentido, os atos de concentração neste setor submetem-se, ao mesmo tempo, ao crivo regulatório da ANATEL, órgão regulador do setor, bem como ao crivo da análise antitruste realizada pelas autoridades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que têm no CADE sua autoridade máxima².

Este duplo crivo a que são submetidos os atos de concentração no setor de telecomunicações, o qual se repete em todos os setores regulados, conduz a uma natural necessidade de interação entre regulação econômica e defesa da concorrência, a qual vem sendo construída pelos órgãos envolvidos e freqüentemente é estimulada pela disciplina normativa de cada setor.

No caso das telecomunicações, especificamente, tal necessidade de interação se acentua, notadamente, por dois motivos principais: (i) a competição é um dos objetivos da regulação; (ii) o próprio arcabouço normativo que disciplina a análise regulatória estabelece o diálogo com o arcabouço normativo concorrencial.

Com efeito, quando se refere à regulação no setor, a LGT estabelece nos seus arts. 6º, 7º e 19, o regime competitivo tanto na prestação como na organização e regulação das telecomunicações, constituindo como dever do Poder Público combater a concorrência imperfeita, reprimir infrações à ordem econômica e o respeito e subsunção às normas gerais de proteção à ordem econômica, inclusive ao controle exercido pelo CADE³.

2 Cf. Art. 3º e, 54, da Lei 8.884/94.

3 *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.*

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

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.

Ademais, a idéia de estabelecer, no marco regulatório do setor de comunicações, a exigência de competitividade, não é estranha tendo em vista a experiência internacional do setor. Assim como no Brasil, o desenvolvimento das telecomunicações no mundo inteiro se deu mediante a transposição de um modelo de monopólio natural dos detentores das redes de par de cobre para um modelo de regulação competitiva, que cuida de estabelecer tanto as regras de uso e neutralidade das *essential facilities* envolvidas na infra-estrutura de telecomunicações como regras que permitam e estimulam novos investimentos e, sobretudo, expansão e competição entre os prestadores de serviço. Assim a própria LGT cuidou de estabelecer, como, por exemplo, a norma disposta no seu art. 155⁴:

Ressalte-se que a principal consequência de se estabelecer, para determinado mercado regulado, a finalidade de garantir competitividade entre as empresas atuantes nesse mercado, faz com que, necessariamente, nestes mercados, ganhe relevo o papel e a aplicação da legislação e do controle antitruste no setor regulado.

Este papel, segundo Herbert Hovenkamp⁵, deve atender, em maior ou menor medida, conforme mais ou menos rígido seja a regulação os seguintes objetivos: assegurar que o regime regulatório adotado atinja os objetivos econômicos, contribuindo para uma melhor performance competitiva dos mercados regulados naqueles pontos em que o regime regulatório permitiu ou determinou a competição, bem como identificando condutas potencialmente anticompetitivas que não podem ser previstas ou controladas via regulação.

No caso específico das telecomunicações no Brasil, o papel do antitruste ganha importância acentuada pelo próprio arcabouço normativo estabelecido pela regulação, cujo conteúdo promove de forma expressa a necessidade de interação entre a regulação e o antitruste⁶.

4 “Art. 155 – Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviço de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviço de telecomunicações de interesse coletivo.”

5 *Federal Antitrust Policy*, p. 716. Tradução livre.

6 *Regulamento da Anatel (Decreto 2.338/97, com as alterações posteriores)*

“Art.18 – No exercício das competências em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, que lhe foram conferidas pelos art. 7º, §2º, e 19, inciso XIX, da Lei 9.472, de 1997, a Agência observará as regras procedimentais estabelecidas na Lei 8.884/94, de 11 de junho de 1994, e suas alterações, cabendo ao Conselho Diretor a adoção das medidas por elas reguladas.

Parágrafo único – Os expedientes instaurados que devam ser conhecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE ser-lhe-ão diretamente encaminhados pela Agência.

Norma 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 telecomunicação (Resolução 195, de 7 de dezembro de 1999).

“Art.2º - Sem prejuízo de suas outras atribuições, é de competência da Anatel em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no setor de telecomunicações:

(...)IX – sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho e fiscalizar o seu cumprimento;

3 AS ANÁLISES REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.

De todo o exposto, parece óbvio concluir que as análises regulatória e concorrencial de atos de concentração no setor de telecomunicações possuem necessária interação. Mais do que isso, sobretudo quando se está diante daqueles atos condicionados à anuência prévia do órgão regulador, esta interação é imperativa, tanto pela interpretação das normas de regência como pela própria lógica procedimental da análise. Isto porque a preservação do grau de competição é condição para a própria anuência prévia do ato apresentado, assim como são condições o cumprimento de todas as demais determinações. Neste sentido, o art. 97, da LGT, que trata do contrato de concessão e os arts. 6º e 7º, inciso III do Regulamento para apuração de controle e de transferência de controle em empresas prestadoras de serviços de telecomunicações (Resolução nº 101/99)⁷.

Assim, a Anatel, para conceder a anuência prévia tem o dever de necessariamente, preservar a competição. Logo, tanto o informe realizado pela área técnica, como a apreciação da matéria pelo Conselheiro Diretor, relator do caso e, posteriormente, pelo Conselho Diretor da Agência, trazem, desde logo, uma análise dos efeitos concorrenciais do ato de concentração.

(...)XI – receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE que envolvam prestadora de serviço de telecomunicações e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE;

XII – elaborar parecer sobre os atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei 8.884/94, que envolvam prestadora de serviço de telecomunicações.

Art. 3º - (...) §2º - É responsabilidade dos celebrantes de ato previsto no art. 54, da Lei 8.884/94, solicitar, por meio da Anatel, a apreciação do CADE.”

- 7 *“Art. 97 – Dependendo de prévia aprovação da Agência a cisão, fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.*

Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.”

Resolução nº 101/99

“Art. 6º - Deverá ser submetida previamente à Anatel alteração que possa vir a caracterizar transferência de Controle, especialmente:

I – quando a Controladora ou um de seus integrantes se retira ou passa a deter participação inferior a cinco por cento no capital rotante da prestadora ou de sua controladora;

II – quando a Controladora deixa de deter a maioria do capital votante da empresa;

III – quando a Controladora, mediante acordo, contrato ou qualquer outro instrumento, cede, total ou parcialmente, a terceiros, poderes para condução efetiva das atividades sociais ou de funcionamento da empresa.

Parágrafo único. Regulamentação específica poderá dispor sobre submissão a posteriori de alteração de que trata o caput ou mesmo dispensá-la.

Art. 7º A Anatel, na análise de processo de transferência de Controle, considerará, entre outros, os seguintes aspectos:

(...)III – grau de competição no setor e na prestação do serviço.”

Diante disto, resulta que, na anuência prévia, a Anatel pode impor condicionamentos ao ato de concentração que sejam específicos para preservar a competitividade e, inclusive, pode até mesmo deixar de anuir previamente ao ato por vislumbrar eliminação de competição. Ou seja, ainda que de forma mediata e baseando-se tão somente no marco regulatório, já existe, desde o momento da anuência prévia, a aplicação, ao menos mediata, das disposições da legislação antitruste, consolidada, entre nós, nas disposições Lei 8.884/94, conforme, aliás, a própria legislação regulatória reconhece nos arts. 19, inciso XIX da LGT e 18 do Regulamento da Anatel.

Nessa esteira, sendo o CADE o órgão responsável por interpretar e aplicar, de maneira definitiva no âmbito administrativo, a Lei 8.884/94, não existe razão lógica ou racional para que a interação da Anatel com o SBDC não ocorra desde o primeiro momento, quando o ato realizado, e apresentado à Anatel.

E tal afirmação não constitui nenhuma inovação substancial, na medida em que, como visto, a própria legislação fora desenhada neste sentido e, tampouco, poderia ser diferente, já que, embora seja possível e até desejável, no plano teórico, estabelecer-se uma divisão precisa entre os efeitos regulatórios e concorrenciais de um mesmo ato, no plano da realidade os efeitos ocorrem ao mesmo tempo e de forma interativa. Evidência disto está no fato de que não obstante estar o ato condicionado à anuência prévia e à aprovação do CADE deve o mesmo ser apresentado desde que realizado.

Esta notificação, no âmbito do CADE permite aos órgãos do SBDC e, inclusive às Agências Reguladoras, como a Anatel, e a terceiros interessados, o requerimento de medida cautelar com vistas à preservar a concorrência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação ou reversibilidade, bem como permite, ainda, por iniciativa do Conselheiro Relator ou requerimento das partes, a celebração de um APRO – Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação⁸, com o mesmo objetivo.

Ora, sendo certo que durante o procedimento de anuência prévia já existe a análise e aprofundamento pela Anatel de questões ligadas à concorrência, sendo que, ainda que estas questões estejam tratadas segundo um prisma regulatório - que não necessariamente leva em conta o nexo de causalidade da operação com efeitos anticompetitivos e aplica as normas da Lei 8.884/94 de forma mediata -, não existe nenhum óbice que, desde a análise da anuência prévia, a Anatel, ou os próprios órgãos do SBDC, possuindo elementos suficientes, já requeressem ao CADE a adoção de medidas cautelares necessárias a garantir. Da mesma forma, o Conselheiro

8 Cf. Arts. 52, da Lei 8.884/94 e 132 a 141 da Resolução nº 45/2007 (Regimento Interno do CADE)

Relator do ato de concentração no CADE já poderia, desde então, celebrar o correspondente APRO.

Não obstante o acima relatado, a experiência tem demonstrado que uma maior interação que seria necessária para um atendimento mais preciso e eficiente sobre as preocupações concorrenciais e aquelas preocupações regulatórias diretamente relacionadas à competitividade nos mercados, oriundas de um mesmo ato de concentração econômica, não ocorre da forma como acima descrita, que reputamos a ideal.

O que normalmente ocorre, nos casos em que é obrigatória a anuência prévia da Anatel, é um desmembramento do ato apresentado na Anatel em dois procedimentos distintos, um de anuência prévia, e um de instrução concorrencial do ato para posterior julgamento do CADE, sendo que este último fica procrastinado para após a concessão ou não da análise prévia.

Este desmembramento não decorre diretamente de nenhuma das normas aqui estabelecidos, muito menos, como já afirmamos, parece decorrer da melhor interpretação dessas normas. A justificativa para o referido desmembramento costuma ter dois argumentos distintos. O primeiro é de que a não concessão da anuência desconstituiria o ato apresentado e, portanto, o mesmo perderia o objeto também com relação às questões concorrenciais. O segundo é de que a análise regulatória precede a análise concorrencial na medida em que sua consequência é mais grave e poderia gerar, ou a desconstituição do ato, ou, até mesmo, a caducidade das concessões envolvidas.

Embora ambos os argumentos possuam alguma lógica, eles dificilmente se sustentam quando se analisa mais detidamente os procedimentos administrativos e seus resultados. Como também já afirmamos, a possibilidade de risco concorrencial nasce com a realização do ato, que é o fator que desencadeia a obrigatoriedade de submissão do ato ao controle antitruste e que permite, inclusive, adoção de medidas cautelares para preservação dos mercados envolvidos e da reversibilidade da operação.

Some-se a isto o fato de que nem sempre os atos apresentados referem-se exclusivamente a infra-estrutura e serviços de telecomunicação, sendo que, no mais das vezes, importam também na negociação de serviços de valor adicionado, os quais são analisados, do ponto de vista concorrencial, diretamente pelo SBDC, via SEAE e SDE e não pela Anatel. Uma boa parte destes serviços depende da infra-estrutura de telecomunicações, e as decisões referentes a esta infra-estrutura influenciam diretamente nas relações de competição entre os agentes prestadores, o que conduz à conclusão de que o desmembramento poderia prejudicar a análise do SBDC com relação a este objeto do contrato, que independe do resultado da anuência prévia.

De outro lado, os argumentos também não se sustentam em uma análise pragmática e histórica dos procedimentos de anuência prévia, qual seja, a constatação de que na grande maioria dos casos, a anuência é concedida, ainda que, para tanto, sejam necessários a celebração de compromissos voluntários por parte das requerentes ou ainda mediante a imposição pela Anatel de rigorosos condicionamentos para a anuência. Nestes casos, estes condicionamentos e/ou compromissos possuem diversos aspectos direcionados especificamente à preservação da concorrência e ou mitigação/compensação de efeitos anticompetitivos, que restam impostos no ato de concessão da anuência.

A consequência disto tem sido uma limitação excessiva da análise concorrencial que se segue. Isto porque, como boa parte das questões competitivas já foram analisadas do ponto de vista regulatório no procedimento de anuência com a adoção de medidas a elas endereçadas, a instrução concorrencial posteriormente realizada pela Anatel muito pouco pode avançar, na medida em que não pode excluir ou alterar as medidas já adotadas na anuência prévia, nem avaliar se as mesmas são as mais adequadas do ponto de vista concorrencial ou se possuem nexos causal com as preocupações concorrenciais oriundas da operação, mas tão somente acrescentar novas medidas ou identificar alguma questão remanescente.

Por sua vez, esta limitação gerada na instrução concorrencial do setor de telecomunicações pela Anatel pelos condicionamentos da anuência prévia pode limitar, ainda, a atuação da SEAE com relação à análise dos serviços de valor adicionado, sobretudo no que tange àqueles que dependem da infra-estrutura de telecomunicações.

E mesmo o CADE, que quando recebe o ato instruído possui a atribuição de aplicar de forma definitiva a Lei 8.884/94 e identificar os efeitos concorrenciais que possuem nexos causal com a operação, pode apenas acrescentar novos condicionamentos ou restrições nas questões remanescentes ou, ainda, criar mecanismos de monitoramento ou incremento próprios com relações as medidas já adotadas na anuência prévia.

A atuação antitruste resta, portanto, não só limitada como fragilizada, na medida em que as questões concorrenciais não recebem o tratamento preciso e aprofundado que receberiam numa situação de interação, sobre tudo com relação à verificação do nexos causal entre a operação e a probabilidade de exercício de poder de mercado, bem como no que diz respeito à aplicação dos princípios e medidas específicas da Lei 8.884/94 no que diz respeito ao controle de estruturas.

4 A NECESSIDADE DE MAIOR INTERAÇÃO ENTRE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.

Muito embora ultimamente tenha sido aprimorada, por parte do SBDC, a forma de atuação do CADE nos atos de concentração de telecomunicações em que o desmembramento descrito acima foi verificado, como ocorreu, por exemplo, no julgamento e celebração do Termo de Compromisso de Desempenho no CADE do caso TIM/Telefônica⁹, a verdade é que a evolução deste sistema de análise em direção a um modelo mais cooperativo, técnico e eficiente, passa, necessariamente, por uma maior interação entre análise regulatória e concorrencial, desde o momento de realização do ato, permitindo-se a adoção de medidas cautelares e de preservação de reversibilidade da operação, bem como uma análise competitiva mais técnica já no momento da análise da anuência prévia.

A evidência fática do afirmado percebe-se quando nos deparamos com a instrução realizada no âmbito operação de aquisição da Brasil Telecom pela Telemar (Oi).

A referida operação, até mesmo por sua complexidade e abrangência, no que se refere às infra-estruturas e serviços nela envolvidos, demonstra claramente que uma análise mais precisa, aprofundada e eficiente poderia ter sido realizada caso se tivesse respeitado, desde o início, uma maior interação entre as questões regulatórias e concorrenciais, com a participação simultânea das inteligências técnicas específicas tanto do órgão competente para a aplicação do marco regulatório como dos órgãos responsáveis pela aplicação da Lei 8.884/94.

Com efeito, diversas evidências dessa necessidade de maior interação exsurgem diretamente de uma leitura detida sobre a análise de anuência prévia e os condicionamentos por ela impostos e as conseqüências desta análise sobre a instrução concorrencial realizada pela Anatel e pela SEAE, bem como das próprias conclusões extraídas destes documentos¹⁰.

Neste sentido, uma parte relevante dos condicionamentos indicados pela área técnica da Anatel, acatados pela Conselheira Relatora e adotados no ato de anuência prévia, dizem respeito, quase que exclusivamente, a afastar possíveis efeitos nocivos à competição em cada um dos mercados relevantes. Da mesma forma, muitos dos compromissos voluntários propostos pelas partes na anuência prévia e acatados pela Conselheira

9 AC nº 53500.012487/2007.

10 Informes nº 427/2008/ e nº 112/2009/PBCPD/PVCPC/CMLCE/PBCP/PVCP/CMLC/SPB/SPV/SCM, Análise 10/2010/GCJBR, Análise 130/2008/GCER. Parecer nº 768/2008/PGF/PFE-Anatel e nº 992/2009/DRI/PFE-Anatel/PGF/AGU, Ato nº 7.828/2008, disponíveis em: <http://www.anatel.gov.br> e Parecer 06364/2009/RJ COGCE/SEAE/MF, Nota Técnica nº 005/2010/DEE/CADE, disponíveis em www.cade.gov.br.

Relatora ou transformados por ela em condicionamentos à anuência prévia endereçam, primordialmente, eventuais efeitos adversos à competição que poderiam resultar do ato.

Não bastasse, na própria instrução concorrencial realizada pela Anatel no referido caso, o Conselheiro Relator na Anatel, acatando as orientações da área técnica, concluiu pela recomendação de aprovação da operação sem restrições, porquanto a maioria das questões concorrenciais já havia sido tratada no âmbito da análise da anuência prévia realizada no órgão.

Note-se, neste sentido, inclusive, que, discordando da área técnica, a própria PFE-Anatel recomendou uma reanálise do processo, entendendo que a instrução concorrencial neste caso deveria seguir as regras e etapas do Guia de Análise de Concentração Horizontal da SEAE/SDE¹¹, bem como atentar para as definições de mercado relevante adotadas pelo CADE no caso do Serviço Móvel Pessoal e Serviços de Comunicação em Multimídia, as quais seriam diferentes daquelas adotadas pela Anatel na anuência prévia.

Tal fato não só demonstra a ineficiência de se desmembrar a análise do mesmo ato, como também deixa estreme de dúvidas a necessidade de interação desde a anuência prévia, uma vez que fica claro que a análise competitiva atualmente realizada no âmbito da anuência prévia não é feita, sobretudo no que se refere ao estabelecimento donexo causal entre a operação e os efeitos concorrenciais decorrentes, segundo os mesmos preceitos estabelecidos na análise do SBDC, muito embora termine por configurar aplicação mediata da Lei 8.884/94.

Mas, talvez a maior evidência extraída da referida operação que aponta para uma necessidade de maior interação entre as análises se percebe nas discussões do ato que envolvem a integração vertical entre a infra-estrutura de telecomunicações e alguns serviços de valor adicionado.

Com efeito, no âmbito da anuência prévia do caso, a Conselheira Diretora demonstrou uma preocupação bastante relevante e louvável com esta integração, estabelecendo, no tópico *serviços baseados na internet* uma série de considerações, com cunho eminentemente concorrencial, referentes à participação das concessionárias de Serviço de Telefone Fixo Comutado e suas controladas e coligadas tanto no mercado nacional de banda larga, bem como sobre a relação destas com os provedores de serviços de internet (serviço de valor adicionado), levando em conta que muitas delas possuem provedores próprios ou integrados a seus grupos econômicos e que as prestadoras de Serviço de Telefone Fixo Comutado também são prestadoras de Serviços de Comunicação em Multimídia.

11 Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001.

Não obstante tais preocupações e a recomendação de alguns condicionamentos específicos no sentido de preservar uma higidez competitiva diante destas relações verticais, no ato de anuência somente constou, entre os condicionamentos, uma obrigação genérica de manutenção de neutralidade de rede.

De outro lado, na análise concorrencial da Anatel sequer se atentou para esta integração, limitando-se a considerar que o poder de controle no mercado de SCM seria mitigado pela entrada provável, tempestiva e suficiente e pela existência de rivalidade. Já na análise na SEAE, mais uma vez, embora reconhecida a relação vertical, o órgão, por conta de sua atribuição legal, se limitou a analisar a concentração horizontal nos mercados de provedores de internet banda larga e discados, sem avaliar qualquer impacto desta concentração com o mercado de infra-estrutura para prestação dos serviços no sentido das relações verticais que geraram preocupações na anuência prévia.

O paradoxo extraído dessa operação, qual seja, o da análise da Conselheira Relatora da anuência prévia aprofundar-se em questões concorrenciais que passaram ao largo das instruções concorrenciais realizadas pela Anatel e pela SEAE, surgiu do fato de que naquela análise já havia uma análise de efeitos anticompetitivos da área técnica da Anatel e, como na anuência deve-se preservar a competição, a questão foi abordada profundamente.

De outro lado, alguns dos condicionamentos ali propostos não restaram confirmados no ato de anuência, mas, sem dúvida, demonstravam uma preocupação real e efetiva com a integração vertical entre o fornecimento de insumos para prestação de serviços de valor adicionados e estes mesmo serviços. Não obstante, as análises concorrenciais que se seguiram, ao adotarem uma divisão estanque entre telecomunicações e serviços de valor adicionado não aprofundaram a questão, deixando a preocupação a descoberto.

Ora, ao se deparar com uma situação como a descrita acima, resta claro, e é até mesmo intuitivo, que existe uma deficiência/ineficiência na forma de análise de atos de concentração em telecomunicações, sobretudo nos casos em que se exige anuência prévia. Resta evidente, ainda, que esta deficiência/ineficiência decorre de uma falta de interação e de um modelo que vai de encontro ao próprio desenho normativo que aqui descrevemos, do qual se depende expressamente a idéia de interação intensa entre Anatel e SBDC.

Claro que o CADE pode, ao julgar a operação, acrescentar condicionamentos no caso acima referido, no entanto, as divergências e preocupações descritas poderiam ter sido, desde a apresentação do ato, que se deu ao mesmo tempo à Anatel e ao CADE, endereçados por uma

análise mais profunda dos órgãos técnicos regulatórios e concorrenciais, possibilitando, inclusive, uma atuação cautelar do CADE de preservação de possíveis efeitos nocivos decorrentes das relações verticais entre a infraestrutura de telecomunicações e os serviços de valor adicionado, bem como possibilitado uma cooperação entre as inteligências com vistas a uma análise final mais precisa.

A análise da referida operação, pois, ainda realizada da forma segmentada que se tornou a praxe nos últimos anos, ofereceu uma nova oportunidade, baseada em vastas evidências extraídas dos autos, para que se aprofundasse a discussão sobre a interação entre regulação e concorrência com relação ao setor de telecomunicações e sobre a forma mais desejável de se atender ambas as demandas com mais precisão e eficiência e com uma maior segurança jurídica, notadamente para os casos de atos de concentração cuja anuência prévia seja obrigatória.

O caso demonstra, ainda, a necessidade de se incrementar a possibilidade de atuação preventiva do SBDC no setor de telecomunicações desde o momento da realização do ato e de se aprofundar as considerações concorrenciais realizadas na análise regulatória, já durante o procedimento de anuência prévia, gerando uma profilaxia mais abrangente dos eventuais efeitos danosos oriundos do ato.

5 CONCLUSÃO

Do exposto, à guisa de conclusão, podemos extrair algumas considerações:

1. O debate entre concorrência e regulação é costumeiramente gerador de preocupações acadêmicas e das respectivas autoridades reguladoras e o sistema brasileiro de defesa da concorrência, na medida em que os atos de concentração econômica nos setores regulados passam por um duplo crivo de análise, um relativo à sua adequação ao marco regulatório, realizado pela agência específica e outro relativo aos seus impactos concorrenciais, realizado pelo SBDC.
2. A realidade insuperável de que um mesmo ato de concentração gera efeitos que podem alterar, ao mesmo tempo, o ambiente regulatório e concorrencial, conduz a uma necessidade intrínseca de que as análises possuam algum grau de interação.
3. O setor de telecomunicações, pela sua posição estratégica para o desenvolvimento econômico do país, bem como pela sua complexidade e, principalmente, pelo detalhamento normativo a que é submetido, deve ser considerado o paradigma dessa discussão sobre a interação entre regulação e concorrência.

4. A legislação disciplinou expressamente a necessidade de interação entre Anatel e SBDC na análise dos atos de concentração no setor de telecomunicações. Não obstante, na prática, o que se tem verificado é um distanciamento entre as análises regulatórias e concorrencial neste setor, fruto de uma divisão estanque de funções e de estruturas burocráticas.
5. Esta distância entre o previsto no arcabouço normativo e a prática têm conduzido a uma análise ineficiente e, muitas vezes, imprecisa, até mesmo incompleta, sobretudo dos aspectos concorrenciais destes atos de concentração, fragilizando e limitando a análise final do CADE. A operação Oi/BRT é a evidência fática que mais ilustra esta situação.
6. A escorregia análise dos atos de concentração no setor de telecomunicações e o enderçamento mais preciso das preocupações regulatórias e concorrenciais destes atos, bem como uma preservação mais efetiva do *status quo ante* no decorrer das análises da Anatel e do SBDC, passa, necessariamente, por um mecanismo de maior interação entre os referidos órgãos, possibilitando medidas concretas de atuação de ambos.

BIBLIOGRAFIA:

ANATEL. *Telecomunicações. Consolidação da Legislação Específica e Correlata. Revista e Atualizada*. Janeiro/2003.

CARVALHO, Vinicius Marques de. *O Direito do Saneamento Básico*. São Paulo: 2010.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law & Economics*. Pearson Education, Inc. Fifth Edition. 2007.

CORDOVIL, Leonor Augusta G. *A Intervenção Estatal nas Telecomunicações – a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial (As Telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. Third Edition. Hornbook Series, Thomson West. 2005.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy – Theory and Practice*. Cambridge University Press, First Edition. 2004.

PAULETTI, José Fernandes (Presidente da Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado – Abrafix). *Telecomunicações no Desenvolvimento do Brasil*. Momento Editorial.

SULLIVAN, Lawrence A. e GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. Second Edition. Hornbook Series, Thomson West. 2006.

TIROLE, Jean e LAFFONT, Jean-Jacques. *Competition in Telecommunications*. Cambridge, Massachusetts. The MIT Press, 2000.

VISCUSI, W. Kip. JOSEPH E. Harrington, Jr. e VERNON, John M. Vernon. *Economics of Regulation and Antitrust*. Fourth Edition. Cambridge, Massachusetts, The MIT Press. 2005.