

Universidade de Brasília
Grupo Interdisciplinar Comunicação-Direito-Economia-Engenharia
Curso de Extensão em Serviços Móveis
Coordenador: Prof. Márcio Iorio Aranha

Esta apostila é parte integrante do *Curso de Extensão em Serviços Móveis* produto de esforço conjunto da Faculdade de Comunicação, da Faculdade de Direito, do Departamento de Economia e da Faculdade de Tecnologia da Universidade de Brasília.

O curso consiste de 40 horas de aulas ministradas pelas áreas de comunicação, direito, economia e engenharia da UnB e voltado a fornecer uma visão interdisciplinar focada nos serviços móveis de telecomunicações.

As normas internas da Universidade de Brasília exigem presença mínima em 75% das aulas de cada disciplina do curso.

A avaliação do alunado será efetivada mediante prova escrita individual implementada a distância, mediante envio das questões para os inscritos com prazo adequado para envio das respostas, contendo questões das quatro áreas de conhecimento integrantes do curso. Para aprovação no curso, é indispensável que o partícipe alcance a nota mínima 5.0, correspondente, no sistema de menções da Universidade de Brasília, à menção MM.

1º CURSO: “SERVIÇOS MÓVEIS”

MÓDULO: LEI MÍNIMA. LGT. REGULAMENTO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E DEMAIS NORMAS GERAIS

MÓDULO: REDES DE TELECOMUNICAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

Antes de se proceder à análise das características regulatórias do serviço de comunicação eletrônica de massa, alguns contornos conceituais sobre telecomunicação, redes e serviços de telecomunicação devem ser discutidos.

2. TELECOMUNICAÇÃO

A definição de rede e de serviço de telecomunicação depende da apreensão inicial do que vem a ser telecomunicação.

Chama-se *comunicação* a interação direta estabelecida entre dois interlocutores (pessoas). A comunicação pressupõe a absorção da informação pela mente do receptor e compreende três etapas: emissão, transmissão e recepção.

Telecomunicação, por sua vez, não se opera entre interlocutores, mas entre meios técnicos. Também compreende emissão, transmissão e recepção, estabelecidas, entretanto, entre elementos técnicos.

Nesses termos, a *telecomunicação* pode ser conceituada como a mediatização da informação que proporciona a comunicação direta, operada por meio de elementos técnicos que possibilitem troca instantânea de informações, com reciprocidade ou não. A telecomunicação compreende, assim considerada, a troca direta e instantânea de sinais que representem informação, operada por meios técnicos, capazes de propiciar, de outra forma, a comunicação natural estabelecida entre interlocutores próximos.

A LGT, em seu art. 60, § 1º, assim define *telecomunicação*: “*Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza*”.

Do conceito exposto, algumas considerações merecem ser tomadas.

Primeiro, o transporte de informação, na *telecomunicação*, não recebe interferência humana. É realizado por meio técnico, isto é, eletromagnético, de qualquer natureza (fio, radioeletricidade, meios ópticos ou quaisquer outros). Interessante notar, nesse aspecto, que o meio técnico utilizado não caracteriza ou delimita o conceito de *telecomunicação*. Em outras palavras, *telecomunicação* não se refere a um determinado ambiente técnico (rede).

Segundo, o transporte de informação, na *telecomunicação*, é instantâneo: o armazenamento intermediário de informações não descaracteriza a instantaneidade, porque esta se referencia aos meios técnicos (a transferência é instantânea entre os meios técnicos) e não aos interlocutores.

Terceiro, o transporte de informação é elemento caracterizador da *telecomunicação*. Deve-se concluir, portanto, que o mero armazenamento de informação não constitui *telecomunicação*. Este ponto, entretanto, não é consensual entre os doutrinadores, assumindo parte da Doutrina que o armazenamento integra o processo e, portanto, o conceito de *telecomunicação*.

Quarto, a reciprocidade não é elemento essencial à definição de *telecomunicação*, a despeito de o desenvolvimento tecnológico moderno possibilitar, cada vez mais, a reciprocidade entre os interlocutores.

Quinto, a informação transmitida por meio de *telecomunicação* compreende todo o tipo de sinais existentes (escritos, imagens, sons, dados, etc...). Note-se, neste aspecto, que o tipo de informação transmitida não é capaz de caracterizar ou delimitar o conceito de *telecomunicação*. Em outras palavras, *telecomunicação* não se refere a um determinado tipo de serviço prestado.

3. REDE DE TELECOMUNICAÇÃO

Rede de telecomunicação, por sua vez, conceitua-se como meios organizados de *telecomunicação*. Compreende o sistema ou conjunto de meios técnicos, de natureza corpórea ou incorpórea, através dos quais é efetuado o transporte de mensagens ou informações entre pontos determinados.

O Regulamento Geral de Interconexão (Resolução nº 40/98 – ANATEL), em seu art. 3º, inc. VII, define como *rede de telecomunicações* o “conjunto operacional contínuo

de circuitos e equipamentos, incluindo funções de transmissão, comutação, multiplexação ou quaisquer outras indispensáveis à operação de serviço de telecomunicações”.

Do conceito enunciado, algumas observações merecem atenção.

Primeiro, o conjunto de equipamentos deve ser operacional, isto é, deve possibilitar o transporte de informações.

Segundo, os elementos técnicos devem ser considerados em atenção às funções que são capazes de exercer, e não em suas características intrínsecas.

Terceiro, as funções exercidas pelas redes são tidas como indispensáveis à operação do serviço de telecomunicações.

Quarto, rede de telecomunicação pressupõe múltiplos usuários (ao menos três).

Quinto, as redes são compostas de elementos corpóreos (cabos e fios de cobre, cabos e fios ópticos, cabos coaxiais, condutores e circuitos, edifícios, receptores, radioeletricidade, dispositivos de comutação, equipamentos, etc...) e incorpóreos (programas de computador, protocolos necessários à transmissão de informações, servidões de passagem, direito ao uso de radiofrequência, etc...).

Sexto, quanto às funções, as redes possuem atividade fim, que é a transmissão de informações, e atividade meio (comutação, multiplexação), capazes de proporcionar conexões.

Sétimo, sobre uma mesma base técnica (infra-estrutura), pode-se identificar diversas redes de telecomunicações, cada uma configurando sistemas distintos, capazes de assegurar transmissões distintas entre si.

4. CONVERGÊNCIA DE REDES

O fenômeno da digitalização, caracterizado pela discreção do sinal analógico através da codificação dos sinais em seqüência de bits, contribuiu para a fungibilização qualitativa da informação, isto é, para unir em um único tipo técnico as diversas qualidades (tipos; por exemplo: voz, dados e imagens) de informação transportada.

Esse avanço tecnológico, por sua vez, contribui para a progressiva desvinculação entre a qualidade da informação transportada (o serviço prestado) e o meio técnico empregado (a rede utilizada). Conclui-se, aqui, que a digitalização capacita a uma mesma

infra-estrutura abarcar diversos serviços de telecomunicações. A esse fenômeno dá-se o nome de *convergência de redes*.

A convergência de redes assiste a três estágios de evolução. No primeiro estágio, cada rede é capaz de prestar apenas um determinado serviço de telecomunicação. No segundo estágio, uma mesma rede pode propiciar, em níveis distintos de qualidade, diversos serviços de telecomunicação (por exemplo: televisão digital, acesso à internet, videoconferência, telefonia fixa, telefonia celular, transmissão de dados, etc...). No terceiro estágio, as redes convergem para uma plataforma única, a qual ainda não foi alcançada em nosso momento histórico por limitações de ordem técnica e econômica.

5. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES

Serviço de telecomunicações pode ser definido como a oferta de acesso a uma dada rede de telecomunicações, capaz de propiciar ao seu usuário a utilidade desejada, qual seja, a intenção de se comunicar mediante o efetivo uso da rede de telecomunicação. Prestador de *serviço de telecomunicações* é, portanto, aquele que oferta ao usuário o uso de rede de telecomunicação.

Para a LGT (art. 60), *serviço de telecomunicação* é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. O Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (Resolução nº 73/98 – ANATEL), por sua vez, conceitua *serviço de telecomunicações* como “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

Há dois critérios básicos para se definir o *serviço* de telecomunicação: o da atividade realizada e o da utilidade produzida. A ANATEL (Res. nº 73/98, art. 22) elegeu o critério da utilidade produzida: “Os serviços de telecomunicações serão definidos em vista da finalidade para o usuário, independentemente da tecnologia empregada e poderão ser prestados através de diversas modalidades definidas nos termos do art. 69 da Lei nº 9.472, de 1997”.

Conclui-se, nesse contexto, que o serviço de telecomunicação não se define pelo meio técnico empregado, mas pela utilidade produzida, o que está em consonância com a crescente convergência de redes, produzida pelo desenvolvimento tecnológico.

Observe-se, ainda, que a LGT conferiu à ANATEL competência para definir qual seja, e qual não seja, serviço de telecomunicações. Assim considerado, o art. 3º do RST não considera serviço de telecomunicação o provimento de capacidade de satélite, a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações e os serviços de valor adicionado.

O *serviço de valor adicionado* (LGT, art. 61) constitui a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. No § 1º ao art. 61, afirma-se que o serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações. Como exemplos, cite-se as atividades de *call center*, o comércio eletrônico e o provimento de conteúdo por páginas de *internet* (MC, Portaria nº 148/1995 e STJ, Recurso Especial nº 456.650/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 08/09/2003).

Neste último caso (provedor de *internet*), parte da Doutrina e precedentes judiciais (STJ, Recurso Especial nº 323358/PR) consideram a atividade serviço de telecomunicações, porquanto envolve mero acesso à rede de telecomunicação.

Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, bem como o serviço de TV a Cabo, a despeito de configurarem serviços de telecomunicações, não se vinculam à LGT, mas a regimes jurídicos próprios (arts. 211 e 215, inc. I, da LGT, Lei nº 4117/62 e Lei nº 8977/1995).

Os serviços de telecomunicações compõem-se de atributos (âmbito de prestação e conteúdo da informação transmitida), modalidades (forma da rede de telecomunicação empregada, meios de transmissão e tecnologia empregados) e utilidade/finalidade para o usuário.

O serviço telefônico fixo comutado (STFC), por exemplo, adota como utilidade a comunicação entre pontos fixos determinados, como atributos a transmissão de voz ou outros sinais local, em longa distância nacional e em longa distância internacional e como modalidade os processos de telefonia (RSTFC, art. 3º, inc. XX), isto é, aqueles que

(RSTFC, art. 3º, inc. XV) permitem a comunicação entre pontos fixos determinados, de voz e de outros sinais, utilizando técnica de transmissão nos modos 3,1 kHz-voz ou 7 hHz-áudio ou até 64 kbits/s irrestrito, por meio de fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético.

O serviço de comunicação multimídia (SCM), por sua vez, adota como utilidade a comunicação entre pontos fixos, como atributos a transmissão internacional, nacional, regional ou local de *informação multimídia* (Res. nº 272/2001 – ANATEL, art. 4º, inc. I: sinais de áudio, vídeo, dados, voz e outros sons, imagens, textos e outras informações de qualquer natureza), que não se confunda com o STFC, os serviços de comunicação de massa (radiodifusão, tv a cabo, distribuição de sinais multiponto multicanal, distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite) ou quaisquer outros sinais de vídeo e áudio irrestrito (Súmula nº 06, de 24/01/2002), e como modalidade quaisquer meios eletromagnéticos, inclusive radiofrequência, desde que não sejam meios característicos de prestação de STFC (Res. 272/2001 - ANATEL, art. 66), em especial o encaminhamento de tráfego telefônico por meio da rede de SCM simultaneamente originado e terminado nas redes do STFC, e desde que o sinal transportado seja recebido direta e livremente pelo público em geral como ocorre no serviço de radiodifusão, ou distribuído de forma simultânea para os assinantes, como se dá nos serviços de TV a cabo, MMDS e DTH (Resolução 328/2003 – ANATEL, item 3.4.2 do termo de autorização de SCM).

6. REGIME JURÍDICO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES

Os serviços de telecomunicação, quanto ao regime jurídico em que são prestados, classificam-se em público ou privado, e quanto à abrangência dos interesses que atendem, classificam-se em interesse coletivo e interesse restrito (LGT, arts. 62 e 63).

6.1. PRESTAÇÃO EM REGIME PÚBLICO

6.1.1. CONCEITO

Os serviços prestados em regime público são aqueles de interesse coletivo cuja existência, universalização e continuidade a própria União compromete-se a assegurar (LGT, art. 64).

6.1.2. TIPOS

No regime da LGT, é de regime público o STFC (art. 64, § 1º da LGT e art. 13 do RST). Em diplomas legais específicos, sujeitam-se ao regime público os serviços de TV a cabo e móvel celular. E cabe ao Poder Executivo instituir ou eliminar a prestação de serviço em regime público, bem como aprovar o plano geral de outorgas dos serviços prestados em regime público (LGT, art. 18, *caput* e incisos).

6.1.3. UNIVERSALIZAÇÃO

A universalização do serviço está ligada ao objetivo de ofertar o acesso a qualquer cidadão e em qualquer localidade, independentemente de tal prestação possuir viabilidade econômica ou não (LGT, art. 79, § 1º).

6.1.4. CONTINUIDADE

A continuidade refere-se à fruição ininterrupta do serviço, sem qualquer paralisação injustificada, em condições adequadas de uso (LGT, art. 79, § 2º). Admite-se a interrupção circunstancial em razão de emergência, motivada por questões de ordem técnica ou de segurança nas instalações (RST, art. 45).

6.1.5. CONCESSÃO

A *concessão* é o instrumento contratual utilizado para a prestação de serviço em regime público. Define-se concessão de serviço de telecomunicações como (LGT, art. 83, parágrafo único): “*a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais,*

remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e prejuízos que causar”.

A outorga de concessão depende de licitação (LGT, art. 88), salvo nas hipóteses de inviabilidade (quando apenas um interessado puder realizar o serviço) ou desnecessidade (quando a exploração do serviço puder ser realizada por todos os interessados que atendam às condições requeridas) do processo licitatório (LGT, art. 91, *caput* e §§ 1º e 2º).

O contrato de concessão deve conter, entre outros elementos (LGT, art. 93), a exata definição do objeto de concessão (natureza do serviço, área e prazo), regras sobre universalização e continuidade do serviço, condições de prorrogação, tarifas e a indicação dos bens reversíveis.

A transferência do contrato de concessão é admissível, desde que conte o serviço prestado com três anos, ao menos, e o cessionário preencha os requisitos da outorga (LGT, art. 98).

O prazo máximo do contrato de concessão é de vinte anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período (LGT, art. 99). A prorrogação poderá ser obstada pela ANATEL em caso de comprovada reorganização do objeto ou da área de concessão (LGT, art. 99, § 3º).

O titular da concessão dependerá de prévia autorização da ANATEL (LGT, art. 97) nas hipóteses de cisão, fusão, transformação, incorporação, redução do capital da empresa ou transferência de controle societário.

Os bens reversíveis deverão ser entregues à União com a extinção da concessão (LGT, art. 102), admitindo-se a indenização em favor do concessionário, se restituídos antes de expirado o prazo contratual, a qual compreenderá os investimentos realizados para garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido (LGT, art. 102, parágrafo único).

A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da ANATEL (LGT, art. 101).

6.1.6. PERMISSÃO

Apenas em hipóteses excepcionais admite-se o uso da *permissão* (LGT, art. 118), em especial nos casos em que a execução do serviço estiver comprometida, não sendo possível aguardar-se a concretização de intervenção ou outorga de nova concessão.

A permissão depende de licitação, realizada por procedimento simplificado (LGT, art. 119). Extingue-se a permissão pelo advento do prazo (salvo prorrogação, LGT, art. 124), revogação (derivada de razões de conveniência e oportunidade supervenientes à permissão, LGT, art. 123), caducidade ou anulação.

6.1.7. CONCOMITÂNCIA ENTRE REGIME PÚBLICO E REGIME PRIVADO

A prestação do serviço em regime público, entretanto, não exclui a possibilidade de sua prestação em regime privado, com o intuito de assegurar a concorrência (LGT, art. 65, inc. III).

6.1.8. TARIFAS

A remuneração devida às concessionárias está sujeita à política tarifária impositiva do órgão regulador (RST, art. 47), o qual apenas poderá autorizar a prática de preços livres se a estrutura concorrencial do mercado considerado a recomendar (LGT, art. 104 e RST, art. 48).

É possível a concessão, pelo concessionário, de desconto na tarifa, caso a redução se baseie em critério objetivo e favoreça indistintamente todos os usuários (arts. 106 e 107).

6.1.9. SERVIÇO ADEQUADO

A prestação do serviço em regime público deve ser adequada, assim entendida aquela que preencha os requisitos de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas (RST, art. 46 e parágrafos).

6.1.10. INTERVENÇÃO

Admite-se a intervenção, a ser decretada pela ANATEL, sempre que o concessionário (LGT, art. 110) paralisar a prestação do serviço, prestá-lo de modo inadequado, incorrer em desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de má-administração, praticar faltas graves, desconsiderar metas de universalização, recusar a interconexão ou praticar infração à ordem econômica.

6.1.11. EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

Opera-se a extinção da concessão nas hipóteses de advento do termo contratual (LGT, 112), encampação (hipótese em que a União retoma o serviço, mediante lei específica e fundada em razão extraordinária de interesse público, LGT, art. 113), caducidade (quando houver falta imputável ao concessionário, dentre aquelas elencadas no art. 114 da LGT), rescisão (de iniciativa do concessionário, a rescisão está fundada na excessiva onerosidade do contrato, derivada de ação ou omissão do Poder Público, LGT, art. 115) ou anulação (decretada pela ANATEL, é cabível em caso de nulidade absoluta do contrato de concessão, LGT, art. 116).

6.2. PRESTAÇÃO EM REGIME PRIVADO

6.2.1. CONCEITO

Os *serviços prestados em regime privado* não estão sujeitos a obrigações de universalização e continuidade, nem prestação assegurada pela União (RST, art. 14). A sua prestação vincula-se aos princípios constitucionais da atividade econômica (LGT, art. 126) e a intervenção do órgão regulador será mínima (LGT, art. 128 e RST, art. 54), com vistas a garantir a livre competição, o equilíbrio concorrencial e as necessidades dos usuários, bem como a otimização dos recursos econômicos, o desenvolvimento tecnológico e o desenvolvimento industrial (LGT, art. 127).

6.2.2. AUTORIZAÇÃO

O instrumento contratual utilizado para a prestação em regime privado é a *autorização*, a qual pode ser definida como (LGT, art. 131, § 1º) “*o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias*” .

Possui direito à autorização aquele que preencher as condições objetivas (LGT, art. 132) e subjetivas (LGT, art. 133) exigíveis.

Entre as condições objetivas, cite-se a disponibilidade de radiofrequência e a apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis.

Entre as condições subjetivas, cite-se a constituição do autorizatário segundo as leis brasileiras, a ausência de impedimento para contratar com o Poder Público, a detenção de qualificação técnica e capacidade econômico-financeira para a prestação do serviço, bem como não possuir, na mesma área, autorização ou concessão para a prestação da mesma modalidade de serviço de telecomunicações.

A expedição da autorização poderá ser condicionada à celebração de compromisso (LGT, art. 135) no interesse da coletividade, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

O descumprimento dos compromissos assumidos sujeita o autorizatário às sanções de multa, suspensão temporária ou caducidade (LGT, art. 137).

Em regra, não se limita o número de autorizações a ser expedida, salvo nos casos de impossibilidade técnica ou quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo (LGT, art. 136). Em caso de limitação ao número de autorizações, haverá procedimento licitatório (LGT, art. 136, § 1º).

6.2.3. LIBERDADE TARIFÁRIA

A prática de preços é livre (LGT, art. 129), salvo nos casos em que a impossibilidade técnica ou o comprometimento da prestação do serviço de interesse coletivo impossibilite a inexistência de limite ao número de autorizatários. Em tais hipóteses, haverá política tarifária, como definida em processo licitatório.

6.2.4. REVERSÃO: DISPENSA

Por fim, os bens utilizados pelos prestadores em regime privado são de propriedade destes e não estão sujeitos à reversão (salvo o espectro de radiofrequência, que constitui bem público: LGT, art. 157).

6.2.5. A NÃO-ADMISSÃO DO DIREITO ADQUIRIDO

As condições de prestação do serviço em regime privado não constituem direito adquirido do autorizatário. Ao contrário, *“a prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação”* (LGT, art. 130).

6.2.6. EXTINÇÃO DA AUTORIZAÇÃO

A autorização não possui termo final, mas poderá ser extinta por meio de cassação (no caso de perda das condições subjetivas ou objetivas à expedição ou manutenção da autorização, LGT, art. 139), caducidade (em caso de prática de infrações graves pelo autorizatário, LGT, art. 140), decaimento (decorrente de razões de excepcional relevância pública, hábeis a autorizar a ANATEL a vedar a prestação do serviço ou suprimir a sua exploração no regime privado, LGT, art. 141), renúncia (hipótese em que o autorizatário manifesta o seu desinteresse pela autorização, LGT, art. 142) e anulação (em caso de nulidade do ato de autorização, LGT, art. 143).

7. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES PRESTADO NO INTERESSE COLETIVO

O *serviço de interesse coletivo* é aquele (RST, art. 17) cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias e suficientes ao atendimento dos interesses da coletividade.

O *serviço de interesse coletivo* pode ser prestado em regime público ou privado. A rede de telecomunicação que confere suporte a serviço de interesse coletivo, no regime público ou privado, está sujeita à interconexão (RST, art. 59, RGI, art. 12 e LGT, arts. 145 e 146). É livre a interconexão de redes que prestam suportes a serviços prestados no regime privado (LGT, art. 148).

8. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES PRESTADO NO INTERESSE RESTRITO

O *serviço de interesse restrito* (RST, art. 18) é aquele destinado ao uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, em especial condicionamentos necessários a impedir que a prestação do serviço de interesse restrito venha a prejudicar a prestação do serviço de interesse coletivo (LGT, art. 145, parágrafo único e RST, art. 18, parágrafo único).

O *serviço de interesse restrito* deve ser prestado apenas no regime privado (RST, art. 19) e a autorização para a sua prestação independe de licitação, salvo se demandar o uso de radiofrequência (RST, art. 65). A remuneração da prestadora se dará por livre imposição de preço (RST, art. 68).

A rede de telecomunicação que conferir suporte à prestação de serviço de interesse restrito não poderá ser objeto de interconexão com outra rede que confira suporte a serviço de interesse restrito ou coletivo (RST, art. 71, incs. I e II). A prestadora de serviço de interesse restrito não poderá contratar diretamente com prestadora de serviço de interesse coletivo, devendo a interligação, nessa hipótese, ocorrer em caráter de acesso ao usuário (RST, art. 71, inc. III).

9. INTERCONEXÃO

Interconexão é a ligação entre 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 (LGT, art. 145, parágrafo único e RST, art. 58, parágrafo único).

O provimento de interconexão deve ser realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço (LGT, art. 152).

Ponto de interconexão, por sua vez, é o elemento de rede empregado como ponto de entrada ou saída para o tráfego a ser cursado na interconexão com outra rede, constituindo o ponto de referência para definição dos deveres e obrigações de cada uma das partes envolvidas no contrato de interconexão (Regulamento Geral de Interconexão - Resolução nº 40/98-ANATEL, art. 3º, inc. IX). A interconexão deve ser feita em pontos tecnicamente viáveis da rede da prestadora que recebe o pedido de interconexão (RGI, art. 13).

Não se considera *interconexão* a ligação entre rede de telecomunicações de suporte a serviço de telecomunicação de interesse coletivo e equipamento terminal ou rede de telecomunicação pertencente a usuário ou provedor de serviço de valor adicionado (RGI, art. 5º).

A rede de telecomunicação que confere suporte a serviço de interesse coletivo, no regime público ou privado, está sujeita à interconexão (RST, art. 59, RGI, art. 12 e LGT, arts. 145 e 146). É livre a interconexão de redes que prestam suportes a serviços prestados no regime privado (LGT, art. 148).

O contrato de interconexão é de livre negociação entre as partes, e sua eficácia está sujeita à homologação pela ANATEL (RGI, art. 41 e LGT, art. 153 e parágrafos). Não havendo acordo, a ANATEL, se provocada, arbitrará as condições para a interconexão.

Se necessário à implementação da interconexão, a prestadora objeto do pedido deverá compartilhar os seus meios, aqui compreendidos os equipamentos, infra-estrutura, facilidades, etc... (RGI, art. 33).

A infra-estrutura de prestadora cuja rede estiver sujeita a pedido de interconexão deverá dispor de área suficiente, próxima ao ponto de interconexão, para a instalação de equipamentos de terceiros, a serem utilizados para a interconexão (RGI, art. 34).

A rede de telecomunicação que conferir suporte à prestação de serviço de interesse restrito não poderá ser objeto de interconexão com outra rede que confira suporte a serviço de interesse restrito ou coletivo (RST, art. 71, incs. I e II). A prestadora de serviço de interesse restrito não poderá contratar diretamente com prestadora de serviço de interesse coletivo, devendo a interligação, nessa hipótese, ocorrer em caráter de acesso ao usuário (RST, art. 71, inc. III).

Não se considera interconexão o uso da infra-estrutura de rede alheia com o intuito de construir a sua própria rede de telecomunicação. A esse direito, que corresponde ao conceito de desagregação de elementos de rede (*unbundling*), relaciona-se à idéia de que, nas redes de acesso local, não basta a interconexão, mas deve ser assegurado ao concorrente viabilidade técnica para que este construa a sua própria rede.

10. DESAGREGAÇÃO, USO INDUSTRIAL E COMPARTILHAMENTO DE MEIOS

Chama-se desagregação de elementos de rede (*unbundling*) o uso da infra-estrutura de rede alheia com o intuito de construir a sua própria rede de telecomunicação. Nas redes de acesso local, não basta a interconexão: deve ser assegurado ao concorrente viabilidade técnica para que este construa a sua própria rede, a partir dos elementos da rede local existente (LGT, art. 155).

Ao prestador de STFC é assegurado o direito à desagregação de elementos de rede (LGT, art. 155 e RGI, art. 39): “*As prestadoras de serviço de interesse coletivo devem tornar disponível, em condições justas e não discriminatórias, facilidades, tais como cabos, fibras, dutos, postes, torres dentre outras, para uso, quando solicitado, pelas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado com a finalidade específica destas construírem suas redes*”.

Na desagregação de elementos de rede, a prestadora titular da rede a ser desagregada deverá ofertar os elementos de rede individualmente, no interesse do outro prestador, não podendo exigir a oferta casada de diversos elementos de rede.

O uso industrial, ou *exploração industrial de meios*, corresponde ao acordo estabelecido, em bases justas e não discriminatórias, entre prestadoras de serviços de interesse coletivo (LGT, art. 154, RST, arts. 60, inc. I e 61, e RGI, art. 40), com o intuito de

compartilhar meios em benefício da prestação do serviço de telecomunicações aos seus usuários.

O uso industrial deve ser incentivado sempre que houver viabilidade técnica (LGT, arts. 2º, inc. III, 3º, inc. II, e 5º), porquanto reduz o custo de implantação e manutenção de rede. Mesmo o espectro de radiofrequência é passível de compartilhamento, por meio da tecnologia MVNO. A LGT, entretanto, não condiciona o espectro de radiofrequência ao compartilhamento.

Se necessário à implementação da interconexão, a prestadora objeto do pedido deverá *compartilhar os seus meios*, aqui compreendidos os equipamentos, infra-estrutura, facilidades, etc... (RGI, art. 33).

A infra-estrutura de prestadora cuja rede estiver sujeita a pedido de interconexão deverá dispor de área suficiente, próxima ao ponto de interconexão, para a instalação de equipamentos de terceiros, a serem utilizados para a interconexão (RGI, art. 34).

11. DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ÀS REDES DE SUPORTE DE SERVIÇOS DE INTERESSE COLETIVO

A rede de telecomunicação que confere suporte a serviço de interesse coletivo, no regime público ou privado, está sujeita à interconexão (RST, art. 60, RGI, art. 12 e LGT, arts. 145 e 146).

Se necessário à implementação da interconexão, a prestadora objeto do pedido deverá compartilhar os seus meios, aqui compreendidos os equipamentos, infra-estrutura, facilidades, etc... (RGI, art. 33).

A infra-estrutura de prestadora cuja rede estiver sujeita a pedido de interconexão deverá dispor de área suficiente, próxima ao ponto de interconexão, para a instalação de equipamentos de terceiros, a serem utilizados para a interconexão (RGI, art. 34).

No que se refere ao uso do espectro de radiofrequência, as prestadoras de serviço no interesse coletivo deterão prioridade sobre aquelas que o prestam no interesse restrito (RST, arts. 42, § 1º e 74).

Se o serviço de interesse coletivo for prestado sob o regime privado, os bens utilizados são de propriedade dos prestadores e não estão sujeitos à reversão (salvo o espectro de radiofrequência, que constitui bem público: LGT, art. 157).

12. DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ÀS REDES DE SUPORTE DE SERVIÇOS DE INTERESSE RESTRITO

A rede de telecomunicação que conferir suporte à prestação de serviço de interesse restrito não poderá ser objeto de interconexão com outra rede que confira suporte a serviço de interesse restrito ou coletivo (RST, art. 71, incs. I e II).

A prestadora de serviço de interesse restrito não poderá contratar diretamente com prestadora de serviço de interesse coletivo, devendo a interligação, nessa hipótese, ocorrer em caráter de acesso ao usuário (RST, art. 71, inc. III).

A prestadora de serviço de interesse restrito poderá, entretanto, celebrar acordo de exploração industrial de meios (uso industrial) com prestadora de serviço de interesse coletivo, com o intuito de facilitar a construção de acesso à rede que preste serviço de interesse coletivo (RST, art. 72).

A prestadora de serviço de interesse restrito poderá, também, pactuar o uso de infraestrutura alheia, pertencentes a entes públicos ou não, necessária à prestação do serviço (RST, art. 73).

No serviço de interesse restrito, os bens utilizados são de propriedade dos prestadores e não estão sujeitos à reversão (salvo o espectro de radiofrequência, que constitui bem público: LGT, art. 157).

13. LEI MÍNIMA

A Lei 9295, de 19 de junho de 1996, buscou regulamentar, em caráter provisório, a exploração dos serviços de telecomunicações, em especial do serviço móvel celular, do serviço de sinais de telecomunicações por satélite e a utilização da rede pública de telecomunicações para a prestação de serviço de valor adicionado. Subsidiariamente, aplicar-se-iam as Leis 4117/62, 8987/95 e 9074/95.

No que respeita ao Serviço Móvel Celular, definiu-o a Lei Mínima como (art. 2º, § 1º) “o serviço de telecomunicações móvel terrestre, aberto à correspondência pública, que utiliza sistema de radiocomunicações com técnica celular, conforme definido na regulamentação, interconectado à rede pública de telecomunicações, e acessado por meio de terminais portáteis, transportáveis ou veiculares, de uso individual”.

Pela Lei Mínima, a exploração de SMC depende de concessão, outorgada por licitação pelo prazo de quinze anos, renovável por iguais períodos, a empresas constituídas segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País (arts. 3º e 11).

Os exploradores de SMC estão sujeitos à interconexão de redes (art. 3º, parágrafo único, da Lei Mínima), em condições adequadas, equânimes e não discriminatórias.

14. A LEI N 8987/95: INSTITUTOS

A Lei nº 8987/95 regulamenta o art. 175 da CF/88, ao disciplinar os contratos de concessão e permissão para a prestação de serviço público, aqui incluído os serviços de TV a Cabo, como acima referido.

14.1. HIPÓTESES DE INTERRUPÇÃO NO SERVIÇO

A interrupção na prestação do serviço descumpra o princípio da adequação (art. 6º, Lei nº 8987/95), porquanto fere a continuidade do serviço. As exceções ao dever de continuidade estão previstas no § 3º ao art. 6º, Lei nº 8987/95, sendo o qual são lícitas as interrupções decorrentes de razões de ordem técnica ou segurança nas instalações, ou ainda de inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

14.2. TARIFAS

A prestação do serviço está sujeita à tarifa fixada no contrato, conforme o preço da proposta vencedora da licitação (art. 9º, Lei nº 8987/95), admitindo-se a revisão das tarifas,

como meio de se preservar o equilíbrio econômico-financeiro, em especial nas hipóteses de alteração da carga tributária incidente (art. 9º, § 3º, Lei nº 8987/95).

Admite-se a diferenciação tarifária, em função de características técnicas ou de custos específicos, relacionados ao atendimento de usuários pertencentes a segmentos distintos (art. 13, Lei nº 8987/95).

14.3. CONCESSÃO

A concessão para a prestação do serviço depende de prévia licitação (art. 14, Lei nº 8987/95). O contrato de concessão, por sua vez, possui os seguintes elementos, dentre outros (art. 23, Lei nº 8987/95): objeto, área e prazo da concessão, forma de prestação do serviço, regras tarifárias e indicação dos bens reversíveis.

14.4. DEVERES DOS EXPLORADORES DO SERVIÇO

Incumbe ao concessionário a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder pelos prejuízos causados (art. 25, Lei nº 8987/95). E, nos termos do art. 31 da Lei nº 8987/95, o concessionário deve prestar serviço adequado, manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão, prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, cumprir o contrato de concessão, facilitar a fiscalização, preservar os bens e gerenciar os recursos financeiros captados.

14.5. SUBCONCESSÃO E TRANSFERÊNCIA

Admite-se a subconcessão, desde que autorizado pelo poder concedente (art. 26, Lei nº 8987/95). A outorga dependerá de concorrência e o concessionário assumirá todos os direitos e obrigações do cedente, nos limites da subconcessão.

Admite-se, ainda, a transferência da concessão, mediante a autorização do poder concedente, cuja falta implicará em caducidade da concessão (art. 27, Lei nº 8987/95). A transferência apenas será efetiva se o concessionário atender às exigências necessárias para assumir a concessão (art. 27, parágrafo único, incs. I e II, Lei nº 8987/95).

14.6 INTERVENÇÃO

A intervenção poderá ser determinada pelo poder concedente com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço e o fiel cumprimento do contrato (art. 32, Lei nº 8987/95).

14.7 EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

A concessão se extingue (art. 35, Lei nº 8987/95) pelo advento do termo, encampação (retomada da prestação do serviço pelo Poder Público, por motivo de interesse público, reconhecido em lei específica e mediante o pagamento de indenização ao concessionário), caducidade (quando houver prestação inadequada do serviço, falta grave ou descumprimento de sanções impostas ao concessionário, bem como na hipótese de perda das condições econômicas para a prestação do serviço), rescisão (requerida pelo concessionário, nas hipóteses em que o poder concedente não cumprir com as suas obrigações contratuais) ou anulação (existência de vício formal insanável no ato de concessão).

14.8 PERMISSÃO

Caracteriza-se pela precariedade e possibilidade de revogação unilateral do contrato pelo poder concedente. Submete-se à licitação e é formalizada por meio de contrato de adesão (art. 40, Lei nº 8987/95).

15. PLANEJAMENTO DE USO DO ESPECTRO

A. Regulamentação

A- i. Regulamento de Uso do Espectro

O espectro de radiofrequências constitui recurso limitado e, portanto, administrado pelo órgão regulador como bem público (LGT, 157). Corresponde a uma parte do espectro

eletromagnético, abaixo de 3000 GHz, que se propaga no espaço sem guia artificial (RUEP, art. 4º, XXI).

O espectro se divide em faixas de radiofrequência (RUEP, 4º, XXIII), a qual, por sua vez, se subdivide em canais, os quais podem conter uma ou mais radiofrequências portadoras (RUEP, 4º, X).

Conceitua-se radiocomunicação como a modalidade de telecomunicação que utiliza frequências radioelétricas não confinadas a fios, cabos ou outros meios físicos (LGT, 162, § 1º).

Observados os tratados internacionais sobre o tema (LGT, 158, em especial, o Regulamento de Radiocomunicações da UIT), o uso do espectro de radiofrequências está condicionado à observância dos seguintes princípios:

- i) preponderância dos tratados internacionais (LGT, 158);
- ii) emprego racional, adequado, eficiente e econômico do espectro (LGT, 159 e 160), com o fito de promover, por meio da exploração dos serviços de telecomunicações, o desenvolvimento tecnológico, econômico e social do País, bem como garantir a segurança e a defesa nacional (RUEP, 3º);
- iii) prevenção contra interferência prejudicial (LGT, 159, *caput* e parágrafo único e RUEP, 4º, XXV), assim considerada qualquer emissão, irradiação ou indução que obstrua, degrade seriamente ou interrompa repetidamente a telecomunicação; aplica-se à hipótese os procedimentos de fiscalização (RUEP, 63 a 65) e coordenação (RUEP, 4º, XIII, 66 a 77);
- iv) prevalência do interesse público, podendo a Agência restringir o emprego de determinadas radiofrequências ou faixas (LGT, 160 e RUEP, 10);
- v) uso adequado da radiofrequência, assim entendido o uso compatível com a atividade ou serviço a ser prestado, em especial no que se refere à potência, faixa de transmissão e técnica empregada (LGT, 160, parágrafo único);
- vi) inexistência de direito adquirido ao uso de determinada radiofrequência, podendo a Agência, a qualquer tempo, modificar a destinação de radiofrequências ou faixas, a potência ou outras características técnicas, observado o interesse público e os tratados internacionais. A Agência deverá conferir ao usuário, entretanto, prazo razoável para a efetivação da mudança (LGT, 161 e RUEP, 5º, *caput* e parágrafo único);

vii) necessidade de licença prévia para funcionamento de estação transmissora de radiocomunicação (conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicações, seus acessórios e periféricos, e quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis – RUER, 4º, XXII), a qual se sujeitará à fiscalização permanente da Anatel (LGT, 162 e RUER, 4º. XXVII);

viii) necessidade de certificação expedida ou aceita pela Agência, para fins de utilização de equipamentos emissores de radiofrequência (LGT, art. 162, § 2º); e

ix) necessidade de prévia outorga da Agência, mediante autorização e verificação de requisitos (RUER, 6º), para uso de radiofrequência, com ou sem caráter de exclusividade (LGT, 163), exclusive o uso de radiofrequência por equipamento de radiação restrita (ISM – uso industrial, científico ou medicinal, RUER, 2º, parágrafo único) ou pelas Forças Armadas (LGT, 158, § 2º e Norma Anatel B-1), nas faixas destinadas a fins exclusivamente militares.

A-ii. A Resolução nº. 259, de 19/04/2001

A Resolução nº. 259, de 19/04/2001, regulamenta o uso do espectro de radiofrequências, ao disciplinar as suas condições de utilização, nos termos dos arts. 1º, parágrafo único e 19, incs. VIII e IX, da LGT e dos tratados internacionais em vigor no Brasil.

A-iii. Da autorização para uso de radiofrequência

A autorização para o uso de radiofrequência por ser definida como o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações (RUER, 18), que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares (LGT, 163, § 1º e RUER, 17).

Não estão sujeitos à autorização: estações receptoras (RUER, 17, §§ 1º e 2º), uso de radiofrequência por meio de equipamentos de radiação restrita (RUER, 23, I), uso de radiofrequência pelas Forças Armadas (RUER, 23, II).

O processo administrativo vinculado à emissão de autorização para uso de radiofrequência compreende as seguintes fases: (a) requerimento (RUER, 25, 26 e 27), (b) procedimento (RUER, 30 a 43), (c) licitação, se for o caso (RUER, 44 a 46), e (d) emissão de autorização, consignação e licença (RUER, 47 a 54), esta na hipótese de funcionamento de estação emissora.

Nas hipóteses de limitação técnica ao uso de radiofrequência e verificado o interesse em sua utilização por mais de um prestador de serviço, ou interessado em expandi-lo (LGT, 164 e 165), observar-se-á procedimento licitatório, nos termos dos arts. 88 a 90 da LGT e arts. 44 a 46 do RUER, sendo a autorização sempre onerosa.

O prazo da autorização coincidirá com o prazo da concessão ou permissão de prestação de serviço de telecomunicações ou, no caso de autorização do serviço, o prazo será de vinte anos, admitida uma única prorrogação por igual período (LGT, 167 e RUER, 55 e 56).

O uso irracional ou inadequado da radiofrequência, a existência de infrações reiteradas ou a necessidade de modificação ou destinação do uso de radiofrequência constituem circunstâncias impeditivas da prorrogação (LGT, 167, § 2º e RUER, 56, § 4º), a qual deverá ser requerida em até três anos do vencimento do prazo original e será sempre onerosa (LGT, 167, § 1º e RUER, 56, §§ 2º e 3º).

A transferência da autorização de uso de radiofrequência depende de concomitante transferência da concessão, permissão ou autorização de prestação do serviço a ela vinculada (LGT, 168 e RUER, 60).

A extinção da autorização do uso de radiofrequência se opera com: (a) o advento do termo (RUER, 61, I), (b) nas hipóteses de transferência irregular (RUER, 60, parágrafo único), (c) nos casos de cassação, caducidade, decaimento, renúncia (RUER, 50) ou anulação da autorização (RUER, 61, II) para a prestação do serviço de telecomunicações que dela se utiliza (LGT, 169), (d) a extinção do contrato de concessão, termo de permissão, ou autorização para a exploração do serviço de telecomunicação associado (RUER, 61, III), (e) a presença de interesse público (RUER, 61, IV), (f) a ausência de pagamento dos valores devidos (RUER, 61, V), e (g) ausência de licença para funcionamento (RUER, 61, VI).

A extinção da outorga antes do prazo estipulado não confere ao interessado direito à indenização (RUER, 62).

B - i. Plano de atribuição

O Plano de Atribuição visa segregar as diferentes faixas de frequência entre as modalidades de serviço de telecomunicações, conforme a atribuição indicada pela UIT ou pela ANATEL.

A atribuição pode ser definida como a inscrição de uma dada faixa de radiofrequência na tabela de atribuição, com o propósito de usá-la, sob condições específicas, por um ou mais serviços de radiocomunicação terrestre ou espacial convencionados pela UIT, ou por serviços de radioastronomia (RUER, art. 4º, VII).

Observados os tratados internacionais sobre o tema (LGT, 158, em especial, o Regulamento de Radiocomunicações da UIT), o interesse público, as destinações, distribuições e consignações preexistentes (RUER, 7º) e a justa competição no setor (RUER, art. 9º, inc. IV), fixa o órgão regulador o Plano de atribuição, distribuição e destinação de radiofrequências (RUER, 8º), hoje representado pelo Ato nº. 34.899, de 27/03/2003.

A destinação das faixas de frequências previamente atribuídas é definida pela ANATEL a uma determinada aplicação, entre os diversos regimes jurídicos de serviço de telecomunicações.

Conceitua-se destinação como a inscrição de um ou mais sistemas ou serviços de telecomunicações, segundo classificação da Agência, no plano de destinação de faixas de radiofrequências editado pela Agência, que vincula a exploração desses serviços à utilização de determinadas faixas de radiofrequência, sem contrariar a atribuição estabelecida (RUER, art. 4º, XV).

A distribuição refere-se aos canais de frequência, quando existentes, e é realizada conforme a destinação das respectivas faixas de frequência. Pode ser definida como a inscrição de uma radiofrequência, faixa ou canal de radiofrequência para uma determinada área geográfica em um plano de distribuição editado pela Agência, sem contrariar a atribuição e a destinação estabelecidas (RUER, art. 4º, XVI).

Na atribuição e destinação, os serviços são listados em duas categorias: primários e secundários, os primeiros representados por letras maiúsculas e os segundos indicados por letras minúsculas com a inicial maiúscula. Os serviços considerados primários detêm direito à proteção contra interferências prejudiciais (RUE, 4º, XXXVII) e os serviços considerados secundários não possuem tal direito (RUE, 4º, XXXVIII).

B - ii. Regulamentos sobre canalização e condições de uso de radiofrequência

Os Regulamentos sobre canalização e condições de uso de radiofrequência devem observar o disposto nos arts. 11 a 16 do RUE e têm por objeto prevenir a ocorrência de interferências prejudiciais mediante a regulação da potência, largura de faixa ocupada e técnica empregada no uso de radiofrequências.

A Agência poderá editar regulamentos específicos sobre a canalização e as condições de uso de radiofrequência (RUE, 12). Como exemplo, cite a Resolução 72, de 24/11/98, que dispõe sobre a canalização e as condições do uso de radiofrequências de 450 a 470 MHz, fixando-se a largura de faixa ocupada pelo canal em limite não superior a 25 kHz, a potência (de RF na entrada da antena) da estação móvel e fixa em, respectivamente, 25 W e 250 W e determinando-se critérios para as antenas e condições de uso relacionadas à consignação aos pares e frequências de ida e volta vinculadas ao mesmo canal.

Como regra geral, a largura de faixa ocupada deve ser a menor possível, sem prescindir do emprego de outras técnicas que produzam o mesmo resultado (RUE, 13).

O cumprimento das regras de canalização e condições específicas de uso constitui requisito à outorga de autorização para o uso de radiofrequência (RUE, 14).

A alteração nas regras sobre canalização e condições de uso, adotada de ofício pela Anatel ou em decorrência de requerimento dos interessados (RUE, 16), vincula os usuários anteriores, sendo-lhes concedido prazo entre 6 (seis) meses e 8 (oito) anos para a adequação do funcionamento das estações (RUE, 15).

Na hipótese, poderá a Anatel determinar, compulsoriamente, a substituição ou remanejamento dos enlaces ou sistemas de radiocomunicação (RUE, 15, § 2º).

A medida também poderá ser requerida pelo usuário, o qual deverá arcar com os custos e obter a anuência da Anatel (RUE, 15, § 1º).

O não cumprimento das exigências sujeita o usuário à declaração, pela Anatel, de caducidade da autorização (RUEP, 15, § 4º), ou ainda ao uso em caráter secundário (RUEP, 15, § 3º).

B - iii. Regulamento sobre Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência

O preço público pelo direito de uso de radiofrequência é devido em razão da outorga de autorização para o respectivo uso, e não se confunde com as taxas de fiscalização de instalação ou de funcionamento (LGT, art. 51 e Lei 5070/66, art. 6º, §§ 1º e 2º), as quais são devidas, respectivamente, pela emissão do certificado de licença e pela fiscalização do funcionamento das estações.

Regulado nos arts. 57 a 59 do RUEP, o preço público pelo direito de uso de radiofrequência não é exigível nos casos de equipamentos de radiação restrita ou de uso pelas Forças Armadas (RUEP, 58), mas, quando exigível, seu cálculo observará os seguintes critérios (RUEP, 59): (a) largura da faixa de radiofrequência autorizada, (b) área geográfica utilizada, (c) segmento de faixa utilizado, (d) tempo de utilização da radiofrequência, (e) interesse da aplicação ou tipo de serviço (coletivo ou restrito), (f) número de habitantes do município atendido, e (g) formas distintas de uso (exclusivo ou não exclusivo).

A Resolução nº. 68, de 20/11/1998, regulamenta o preço público pelo direito de uso de radiofrequência, o qual varia em proporção direta da largura de faixa, área geográfica, tempo de uso, frequência, uso exclusivo e restrito.

Fatores como uso não exclusivo, utilização de radiofrequência para serviço de comunicação de massa, serviço de radiodifusão, estações de serviços com finalidade científica e sistema ponto-área com número de habitantes inferiores a 450.000 acarretam a diminuição do preço público devido para uso da radiofrequência.

Serviços de radioamador, rádio do cidadão, estações costeiras, estações a bordo de navios, estações portuárias do serviço móvel marítimo, estações a bordo de aeronaves, estações aeronáuticas do serviço móvel aeronáutico e radiodifusão comunitária, os preços devidos são fixos em reais, por consignação de radiofrequência (Res. 68/98, art. 11, § 3º, incs. I, II e III).

B - iv. Regulamento sobre Exposição a Campos Eletromagnéticos

O RUER, em seu art. 65, estabelece que “Na instalação de estações transmissoras de radiocomunicação deverão ser observados os limites, referentes à exposição de trabalhadores e da população em geral a campos eletromagnéticos, estabelecidos em regulamentação específica da Agência”.

Os limites de exposição a campos eletromagnéticos foram regulamentados pela Resolução nº. 303, de 02/07/2002, a qual estabelece métodos de avaliação de campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, bem como procedimentos a serem observados quando do licenciamento de estações de radiocomunicação (RLCE, 1º).

O Regulamento se aplica a todos os detentores de estações transmissoras de radiofrequência compreendida entre 9 kHz e 300GHz (RLCE, 2º). Os tutelados compõem dois grupos distintos: (a) exposição ocupacional, e (b) exposição da população em geral a CEMRF.

Os limites de exposição estão indicados no art. 5º do RLCE e variam conforme a faixa de radiofrequência. A conformidade da estação aos limites estabelecidos deve ser verificada por ocasião da emissão da licença e, no caso de licenças emitidas antes da vigência da Resolução nº 303/02, deverá o prestador realizar a avaliação de suas estações em até dois anos, a contar da publicação da resolução indicada (RLCE, 61).

MÓDULO: SMC E SMP. REGRAS GERAIS

1. SMC: DEFINIÇÃO

O serviço móvel celular (SMC; Decreto nº 2056/96) possui como utilidade a comunicação com mobilidade, isto é, a permissão para que o usuário tenha locomoção irrestrita, como atributos a prestação terrestre em área geográfica delimitada no território nacional de qualquer informação e como modalidade a utilização de sistema de radiocomunicações com técnica celular, interconectado à rede pública de telecomunicações, e acessado por meio de terminais portáteis, transportáveis ou veiculares, de uso individual.

Definiu-o a Lei Mínima (art. 2º, § 1º) e o Decreto 2056/1996 (art. 1º) como “o serviço de telecomunicações móvel terrestre, aberto à correspondência pública, que utiliza sistema de radiocomunicações com técnica celular - conforme definido na regulamentação -

interconectado à rede pública de telecomunicações, e acessado por meio de terminais portáteis, transportáveis ou veiculares, de uso individual”.

A técnica celular pode ser definida como (NGT 20/96, item 3.13) a “técnica que consiste em dividir uma área geográfica em sub-áreas, denominadas células, atribuindo-se a cada célula uma frequência ou grupos de frequências, permitindo-se a sua reutilização em outras células”.

2. SMC: CONCESSÃO

Pela Lei Mínima, a exploração de SMC depende de concessão, outorgada por licitação pelo prazo de quinze anos (art. 3º do Decreto 2056), renovável por iguais períodos, a empresas constituídas segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País (arts. 3º e 11 da Lei Mínima).

O Decreto 2056/1996 subordina as regras de concessão à observância subsidiária das Leis 8666/93, 8987/95, 9074/95 e aos tratados e acordos internacionais (arts. 2º e 27).

As cláusulas essenciais do contrato de concessão estão previstas no art. 26 do Decreto 2056/96, em especial: (a) objeto, área e prazo de concessão, (b) política tarifária, e (c) bens reversíveis.

A concessão pressupõe a prestação de serviço adequado, isto é, aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas (Decreto 2056, arts. 37 e 38; item 5.3.3 da NGT e art. 6 da Lei 8987/95).

A transferência (art. 39 do Decreto 2056) de concessão pressupõe: (a) decurso de, no mínimo, 60 meses, contado da operação comercial do serviço, (b) atendimento, pelo cessionário, das exigências técnicas, econômicas, financeiras, jurídicas e fiscais, bem como das exigências contratuais, (c) prévia anuência do poder concedente, sob pena de caducidade.

A renovação da concessão (art. 42 do Decreto 2056) pressupõe: (a) cumprimento das condições da concessão, (b) expresse interesse manifestado, pelo menos, trinta meses antes da expiração do prazo (item 5.3.2 da NGT), e (c) novo pagamento pelo direito de exploração e uso associado de radiofrequência.

3. SMC: DIREITO DE EXPLORAÇÃO E USO DE RADIOFREQUÊNCIAS

É devido, pelas concessionárias de SMC, o pagamento pelo direito de exploração e pelo uso de radiofrequências (arts. 4º e 43), inclusive na hipótese de renovação do contrato (item 5.3.2.1 da NGT), bem como ao pagamento das taxas de instalação de estações e fiscalização de telecomunicações.

4. SMC: DIREITO DE EXPLORAÇÃO E COMPETIÇÃO

A outorga de concessão em área geográfica delimitada se fará sem exclusividade, sujeitando-se as concessionárias a tratamento equânime, não discriminatório e observado o ambiente de justa competição na exploração do serviço (arts. 5º e 6º do Decreto 2056/96).

É vedada a exploração do SMC em uma mesma área geográfica por pessoas jurídicas coligadas ou por pessoas jurídicas controladora e controlada (Decreto 2056, art. 35).

É vedada a adoção de práticas discriminatórias e anticompetitivas (NGT 20/96, item 4.2).

As áreas geográficas, de n. 1 a n. 10, estão indicadas no item 5.2.6. da NGT 20/96, sendo permitido à mesma pessoa jurídica (ou coligada, esta definida no item 3.21 da NGT/96: participação, direta ou indireta, de 20% no capital votante da outra) explorar duas delas (de 1 a 6 e de 7 a 10) na mesma subfaixa de frequências. A validade desta regra é de 5 anos, a contar da pessoa jurídica que, por último, iniciou a operação.

Telesp e CTBC não se inserem na regra acima (item 5.2.6.3). É possível aglutinar áreas, por meio de subsidiárias ou associadas, se as áreas estiverem nas regiões de n. 3 a n. 10 (item 5.2.8 da NGT 20/96).

As sub-faixas de frequência A e B estão indicadas nos itens 7.1.2 e 7.1.3 da NGT 20/96.

5. SMC: INTERCONEXÃO

Os exploradores de SMC estão sujeitos à interconexão de redes (art. 3º, parágrafo único, da Lei Mínima), em condições adequadas, equânimes e não discriminatórias. A mesma regra está prevista nos itens 5.1.2 e 5.4 da NGT 20/96.

A interconexão poderá ser realizada em um ou mais pontos, tecnicamente viáveis (item 5.4.2 da NGT). Aplica-se à interconexão os requisitos técnicos referentes à sinalização, sincronismo, transmissão, numeração e encaminhamento estabelecidos para a rede pública de telecomunicações (item 5.4.3. da NGT).

Alterações que possam afetar a rede e a interconexão devem ser divulgadas com antecedência mínima de 120 dias (item 5.4.6 da NGT).

6. SMC: DESAGREGAÇÃO DE ELEMENTOS DE REDE

As concessionárias de SMC, quando técnica e operacionalmente viável, podem ter acesso, mediante contrato entre as partes, a postes, dutos, condutos, torres e servidões que outras concessionárias possuam ou controlem (item 5.4.8 da NGT).

7. SMC: COMPARTILHAMENTO DE MEIOS PARA INTERCONEXÃO

As concessionárias devem dispensar tratamento equânime às concessionárias de SMC, relativamente ao uso e compartilhamento da sua infra-estrutura, no tocante a energia, ar condicionado, cabos, dutos, postes, co-localização de equipamentos, facilidades em prédios, terrenos, torres, dentre outros itens (item 5.4.15.1 da NGT).

8. SMC: USO INDUSTRIAL

As concessionárias poderão explorar industrialmente serviços de telecomunicações (item 5.11.1 da NGT 20/96).

9. SMP: DEFINIÇÃO

Serviço Móvel Pessoal é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, observado o disposto neste Regulamento (art. 4 da Res. 316/2002 e art. 1º, parágrafo único, da Res. 321/02 – PGA/SMP).

O SMP é caracterizado por possibilitar a comunicação entre estações de uma mesma Área de Registro do SMP ou acesso a redes de telecomunicações de interesse coletivo (§ 1º ao art. 4 da Res. 316/02).

10. SMP: REGIME DE PRESTAÇÃO E COMPETIÇÃO

O SMP é prestado em regime privado e no interesse coletivo. A exploração e uso do direito de radiofrequência necessária sujeitam-se à autorização pela Anatel (art. 5 da Res. 316 e art. 2º da Res. 321/02).

A prestação do serviço deve ser adequada (art. 10, inc. I, da Res. 316). A prestadora se sujeita à observância do plano geral de metas de qualidade para o SMP (art. 12 da Res. 316), como definido na Res. 335, de 2003.

A prestadora de SMP não possui direito adquirido à permanência das condições de prestação (art. 14, § 1º), devendo observar os novos condicionamentos impostos, os quais serão implementados em prazos suficientes.

A prestadora de SMP se sujeita às regras de concorrência, não podendo agir de forma anticompetitiva ou discriminatória, em qualquer hipótese (art. 31 da Res. 316). Vide, como exemplo, o § 4º ao art. 25 da Res. 316 e o art. 27, do mesmo Regulamento, que veda a prática de venda casada.

Os preços são, em regra, livres, salvo em relação às chamadas de longa distância, nacional ou internacional, as quais se sujeitam ao regime de tarifação do STFC. Não se admite a discriminação de preços por critérios subjetivos.

O reajuste de preços deverá observar os índices e periodicidade indicados no contrato celebrado (art. 33 da Res. 316).

A prestação de SMP ou SMC pela mesma prestadora, ou integrante de seu grupo econômico (controladora, controlada ou coligada), não pode se sobrepor em uma mesma área geográfica de prestação de serviço, assim definidas as três regiões indicadas no Anexo I à Res. 321/02.

Poderá ocorrer a sobreposição em áreas distintas, nos termos do art. 11 da Res. 321/02, admitindo-se a consolidação do Termo de Autorização.

A Anatel poderá expedir até três autorizações por região (art. 15, § 1º, da Res. 321/02), admitida a expedição de autorização em áreas de prestação distintas das indicadas no Anexo I da Res. 321/02 (art. 15, § 4º, da Res. 321/02).

Alterações no controle societário de prestadora de SMP estão sujeitas à aprovação prévia da Anatel (art. 9º).

11.SMC: USO INDUSTRIAL

Os prestadores de SMP poderão explorar industrialmente os meios afetos à prestação do serviço de forma não discriminatória (art. 15, inc. III, da Res. 316). A utilização de recursos da rede de outra prestadora caracteriza a situação de exploração industrial (art. 15, § 1º, da Res. 316).

A exploração industrial constitui direito das prestadoras de SMP (art. 6º da Res. 321).

12. SMP: INTERCONEXÃO

Os prestadores de SMP estão sujeitos à interconexão, de forma não discriminatória, dado que o serviço é prestado no interesse coletivo. As redes de SMP devem ser providas de forma a facilitar a convergência com redes do STFC, utilizando-se de tecnologias e sistemas com estruturas de sincronismo, sinalização, numeração, comutação e encaminhamento (Res. 316, arts. 64 e 65).

13. SMP: TERMO DE AUTORIZAÇÃO

Os prestadores de SMP estão sujeitos à autorização prévia, a ser outorgada pela Anatel ao autoritário que preencher as condições subjetivas e objetivas, em especial: (a) empresa constituída segundo a legislação brasileira, (b) participação de capital estrangeiro limitado ao disposto no art. 18, parágrafo único, da LGT, (c) participação de processo licitatório (art. 15 da Res. 321/02) e (d) o número máximo de três autorizações por região (art. 15, § 1º, da Res. 321/02).

As autorizações pelo direito de exploração de SMP possuem prazo indeterminado (art. 4º, Res. 321), mas a autorização para uso de radiofrequência será outorgada por prazo

determinado de 15 anos, prorrogável uma única vez, por igual período (art. 4º, § 1º), sempre condicionada à utilização eficiente e adequada do espectro, sob pena de extinção, nos termos do art. 26 da Res. 340/02, a qual regulamenta o uso do espectro para a prestação de SMP (o normativo define cinco sub-faixas para a exploração do serviço: A, B, D, E e sub-faixa de extensão).

A outorga de uso de radiofrequência necessária em razão de expansão do serviço dependerá de chamamento público e eventual licitação, a critério da Anatel (art. 15, § 5º, da Res. 321/02).

São condições indispensáveis à celebração de autorização: (a) a não sobreposição de áreas, de modo a concentrar o mercado (art. 8º da Res. 321), (b) a observância do art. 10, § 2º, do PGO, e (c) a observância do art. 133 da LGT.

A transferência da autorização depende de prévia anuência da Anatel, e estará sujeita aos requisitos do art. 136, § 2º, da LGT.

A obtenção de autorização por empresa que já preste SMC ou SMP na área licitada depende de renúncia a ser operada na área coincidente, transferência de concessão, autorização ou do controle acionário (desvinculação societária), nos termos do art. 17 da Res. 321/02.

14. SMP e SMC: TRANSIÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DE TERMO DE CONCESSÃO E AUTORIZAÇÃO

Os instrumentos de concessão e autorização de SMC poderão ser substituídos por autorizações de SMP, nos termos do art. 214, incs. V e VI da LGT, observado o disposto em norma específica (art. 19 da Res. 321/02).

As Resoluções 318/02 e 326/02 indicam os critérios para a substituição dos termos de concessão e autorização de SMC para o termo de autorização de SMP.

O disposto no art. 10, § 2º, do PGO não constitui impedimento à adaptação (item 1.1 da Res. 318). A área de prestação do SMP será idêntica à área do instrumento substituído (item 1.2.2.1 da Res. 318/02), salvo se a área de concessão de SMC ultrapassar os limites geográficos de região definidos para o SMP, hipótese na qual outros termos de autorização serão expedidos (item 1.2.2.1 da Res. 318/02).

A substituição outorga à antiga prestadora de SMC uma autorização para prestar STFC, nas modalidades longa distância nacional e longa distância internacional (item 2.1 da Res. 318/02), salvo se o prestador detenha concessão ou autorização para a prestação de STFC na mesma área geográfica (item 2.2).

Se a prestadora já detinha concessão ou autorização para a exploração de STFC, a outorga dependerá do cumprimento das obrigações de universalização e expansão, previstos, respectivamente, no art. 10, § 2º, e 10, § 1º, do PGO (itens 2.3 e 2.4).

Os contratos de SMC não substituídos permanecerão válidos pelos prazos neles previstos, condicionada a prorrogação ao indicado no inc. VI do art. 214 da LGT.

A substituição dos instrumentos não afasta a incidência das restrições previstas no art. 136, § 2º, da LGT e 10, § 2º, do PGO (item 6.1) e também no art. 202 da LGT, este quanto às empresas objeto do processo de reestruturação e desestatização (item 6.2).

A Res. 318/02 incentiva a concentração de empresas, por meio de fusão, incorporação ou unificação do controle societário, oriundas do SMC e ora prestadoras de SMP, se realizada no intuito de compatibilizar as áreas de prestação com as regiões fixadas no Anexo I do PGA-SMP (itens 6.2.1 e 6.2.2).

MÓDULO: SME E DEMAIS SERVIÇOS MÓVEIS

1. SME: DEFINIÇÃO

Serviço móvel especializado é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que utiliza sistema de radiocomunicação, basicamente, para a realização de operações tipo despacho e outras formas de telecomunicações (Res. 221/2000, art. 1, parágrafo único).

Operação tipo despacho corresponde à comunicação entre estações fixas e estações móveis ou entre duas ou mais estações móveis, na qual uma mensagem é transmitida simultaneamente a todas as estações ou a um grupo de estações e efetuada mediante compartilhamento automático de um pequeno número de canais, de forma a otimizar a utilização do espectro (Res. 221, art. 3, inc. IX).

A mobilidade do usuário, a utilização de sistema de radiocomunicação e a realização de operações tipo despacho caracterizam o SME (art. 4).

2. SME: REGIME DE PRESTAÇÃO

O SME é prestado no interesse coletivo e em regime privado, mediante autorização, como dispõem os arts. 5 e 6 da Res. 221/00.

A autorização deve proporcionar o serviço a qualquer interessado na fruição, desde que caracterizada a sua inserção no grupo de pessoas, naturais ou jurídicas, que buscam a realização de atividade específica (art. 7 da Res 221/00). A prestação do serviço deve observar condições não discriminatórias entre usuários.

O termo de autorização pelo direito de exploração é expedido por prazo indeterminado (art. 11, § 2º, da Res. 221/00), mas a autorização de uso de radiofrequência possui prazo de quinze anos, renovável uma única vez, por igual período.

Em uma mesma área de prestação do serviço, a mesma pessoa jurídica não poderá deter mais de uma autorização (art. 13 da Res. 221/00), mas pessoas ligadas ao mesmo grupo econômico o poderão, limitada a consignação de canais em 10 MHz.

A outorga de autorização dependerá de chamamento ou licitação pública (art. 16 da Res. 221/00 e art. 8º, § 1º, da Res. 275/01). Não haverá restrição ao número de autorizações para a prestação do SME, salvo quando houver limitação de ordem técnica (art. 5º da Res. 275/01).

A exploração do serviço deve ser iniciada em até 12 meses a contar da autorização (art. 18 da Res. 221/00).

A transferência de autorização dependerá de prévia anuência da Anatel, bem como: (a) prévia prestação do serviço por 3 anos, ao menos, (b) não prejudicar a concorrência, nos termos do art. 7 da LGT e da Lei 8884/94 (art. 22 da Res. 221/00).

A extinção da autorização se opera por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação (art. 28 da Res. 221/00).

A prestação do serviço está sujeita à liberdade tarifária, vedado o preço predatório ou abusivo (art. 32 da Res. 221/00).

A prestação de outra modalidade de serviço, a partir do uso da mesma plataforma de suporte ao SME, dependerá de autorização específica, a cargo da Anatel (art. 49, § 1º, da Res. 221/00). O usuário de SME, ao se utilizar de chamada de longa distância (art. 17, § 2º, da Res. 275/01), possui direito de selecionar a prestadora de STFC.

As redes de SME estão sujeitas à interconexão (arts. 77 e 79 da Res. 221/00)

3. SER (SERVIÇO ESPECIAL DE RADIOCHAMADA): DEFINIÇÃO

O serviço especial de radiochamada pode ser definido como serviço especial de telecomunicações, não aberto à correspondência pública (isto é, de interesse restrito), com características específicas, destinado a transmitir, por qualquer forma de telecomunicação, informações **unidirecionais** originadas em uma estação de base e endereçadas a receptores móveis, utilizando-se das faixas de radiofrequências de 929 MHz e 931 MHz (item 4.1, 'm', da Norma 15/97).

Para a Res. 171/99 (art. 1º), o SER é um serviço de telecomunicações destinado a transmitir, por qualquer forma de telecomunicação, informações unidirecionais em uma estação de base e endereçadas a receptores móveis, utilizando-se das faixas de radiofrequências de 929 MHz e 931 MHz.

O SER está dividido nas seguintes áreas de prestação: nacional, regional, mesorregional, microrregional e local (Art. 2º da Res. 171/99).

4. SER: REGIME DE PRESTAÇÃO

O termo de autorização (permissão, no regime da Norma 15/97) pelo direito de exploração é expedido por prazo indeterminado (item 5.3 da Res. 196/99), mas a autorização de uso de radiofrequência possui prazo de quinze anos, renovável uma única vez, por igual período (item 5.4 da Res. 196/99).

Em uma mesma área de prestação do serviço, a mesma pessoa jurídica, ou entidade ligada ao grupo de empresas, não poderá deter mais de uma autorização (item 7.3 da Norma 15/97).

A outorga de autorização dependerá de chamamento ou licitação pública (item 6.1.3 da Norma 05/99). Não haverá restrição ao número de autorizações para a prestação do SER, salvo quando houver limitação de ordem técnica.

A interconexão entre prestadoras de SER é permitida, mas a interconexão com as demais prestadoras de serviços de telecomunicações no interesse coletivo deverá ser realizada em caráter de usuário.

A prestação do serviço está sujeita à liberdade tarifária, vedado o preço predatório ou abusivo (item 12.7 da Norma 15/97).

A extinção da autorização se opera por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação (item 5.3 da Res. 196/99).

5. SMGS (SERVIÇO MÓVEL GLOBAL POR SATÉLITES NÃO-GEOESTACIONÁRIOS): DEFINIÇÃO

O serviço móvel global por satélites não-geoestacionários é o serviço de interesse restrito, móvel por satélite, de âmbito interior e internacional, que utiliza como suporte serviço de transporte de sinais de telecomunicações por satélites não-geoestacionários cujas estações de acesso são interligadas a redes terrestres, fixas ou móveis (item 4.1 'a' - Portaria 560/1997).

6. SMGS: REGIME DE PRESTAÇÃO

O termo de autorização (permissão, no regime da Portaria 560/97) pelo direito de exploração é expedido por prazo de quinze anos (item 5.5 da Port. 560/97), prorrogáveis por iguais períodos.

A autorização de uso de radiofrequência possui prazo de quinze anos, renovável uma única vez, por igual período.

A outorga de autorização dependerá de chamamento ou licitação pública. Não haverá restrição ao número de autorizações para a prestação do SMGS, salvo quando houver limitação de ordem técnica.

A prestação do serviço está sujeita à liberdade tarifária, vedado o preço predatório ou abusivo.

A extinção da autorização se opera por termo, cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação.

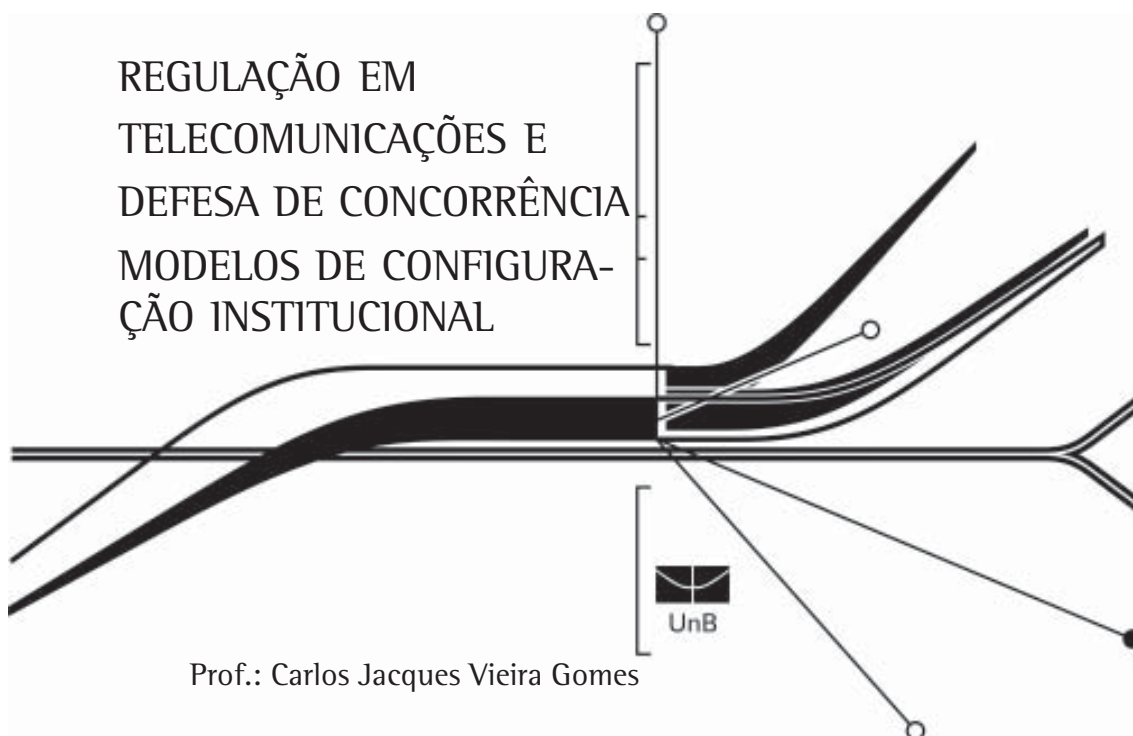
Ao assinante de SMGS é conferido o direito de receber e originar chamadas para qualquer outro assinante de SMGS, STFC, SMC ou SMP (item 7.1 da Port. 560/97).

Se a estação de SMGS emissora do sinal estiver localizado dentro do território nacional, o encaminhamento de tráfego, na hipótese, será conferido na modalidade longa distância nacional. Se o encaminhamento de tráfego for destinado à rede prestadora do SMGS, a modalidade a ser utilizada será longa distância internacional (itens 7.1.2 – Res. 212/00 e 7.3 – Res. 277/01).

MÓDULO: ESTUDO DE CASO - A recusa da TV GLOBO em liberar seu canal aberto à transmissão pela DIRECTV (DTH).

Em sala de aula, serão analisados os fundamentos da decisão tomada pelo CADE, bem como os argumentos utilizados pelas partes envolvidas no processo administrativo, relacionadas à conduta, adotada pela TV GLOBO, de *“estar ilicitamente recusando-se a autorizar a DIRECTV a incluir em seu serviço de Distribuição de Sinais de Televisão a áudio via satélite (serviço DTH), na banda KU, os canais locais da Rede Globo de Televisão, nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre”*.

REGULAÇÃO EM
TELECOMUNICAÇÕES E
DEFESA DE CONCORRÊNCIA
MODELOS DE CONFIGURA-
ÇÃO INSTITUCIONAL



Prof.: Carlos Jacques Vieira Gomes

Introdução

A privatização das empresas que compõem o setor de telecomunicações brasileiro alterou de forma considerável o cenário da intervenção estatal neste mercado.

A atividade regulatória do Estado - que a partir da Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997, está sendo conduzida pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) - busca, em tese, garantir e maximizar os níveis de eficiência econômica deste setor, os quais dependerão, em última análise, do grau de competição existente entre as empresas de telecomunicações.

Neste contexto, visa o presente ensaio, dividido em três itens, enfatizar a temática relativa à aplicação da lei de proteção da concorrência no setor de telecomunicações.

O primeiro item inicia-se com a análise dos conceitos de regulação e defesa da concorrência, distinguindo-se, para cada significante, os significados abrangidos. Independentemente do tipo de atividade econômica considerada (eletricidade, telecomunicações, ferrovias, portos, etc...), a noção de regulação abrange quatro conceitos distintos: regulamentação de padrões técnicos, regulamentação de remuneração das empresas reguladas, regras de acesso ao mercado e proteção da concorrência. A partir destes conceitos, serão elaborados os possíveis modelos teóricos de configuração institucional, identificáveis a partir de critérios adotados na repartição de competências entre a autoridade de defesa da concorrência e o órgão setorial específico. Serão comparadas, em seguida, as vantagens e desvantagens de cada modelo institucional estudado.

No segundo item, a abordagem enfoca especificamente a interpretação dos textos legais em vigor, em especial a lei geral de telecomunicações e a lei de proteção da concorrência, com o fito de se distinguir a competência de cada entidade na aplicação da legislação. Serão utilizados, para este fim, os conceitos desenvolvidos no item anterior. Este estudo demonstrará os limites da aplicação da lei de proteção da concorrência no setor de telecomunicações, tendo em vista o modelo de configuração institucional adotado pelo Brasil. Serão identificados, outrossim, âmbitos de sobreposição de competências entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a ANATEL, capazes de gerar deliberações administrativas conflitantes.

No terceiro item, serão comparados os graus de eficácia produzidos pelas diversas espécies de atividades regulatórias existentes - em especial a regulação econômica e a proteção da concorrência - tendo por objetivo a busca de eficiência econômica no mercado regulado.

Por fim, serão arroladas as conclusões, sintetizando a problemática da aplicação da lei de proteção da concorrência no setor de telecomunicações.

Regulação e defesa da concorrência

O presente item está dividido em três tópicos: o primeiro tem por escopo a análise dos conceitos de regulação e defesa da concorrência, distinguindo-se, para cada significante, os significados abrangidos; o segundo descreve e conceitua cada um dos modelos institucionais de repartição de competências entre o órgão específico do setor de telecomunicações e a agência de defesa da concorrência; o terceiro visa discutir os aspectos técnicos e políticos envolvidos nos modelos apresentados, levando-se em conta suas vantagens e desvantagens, bem como indica, ao final, o modelo adotado em dezoito países-membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE.

Dos conceitos de regulação e defesa da concorrência

Afirma-se, em uso comum e genérico que, com o advento da lei geral de telecomunicações (Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997), a ANATEL passou a disciplinar os aspectos regulatórios do setor de telecomunicações, enquanto que o CADE reteve sua competência para a aplicação da lei de defesa da concorrência, como expressamente dispõe o artigo 19, XIX, da referida Lei nº. 9472, de 1997.

Entretanto, por não serem perfeitamente distintos entre si, os conceitos de regulação e defesa da concorrência devem ser substituídos por outra terminologia capaz de identificar, especificamente, as atividades estatais desenvolvidas pelas entidades competentes¹. Exemplificando: a aplicação de regras de defesa da concorrência em um determinado mercado, em razão de seu conteúdo disciplinador e interventivo, constitui atividade regulatória. Nestes termos, a atividade “proteção da concorrência” está incluída no conceito de regulação.

O conceito de regulação abrange, em suma, quatro noções distintas: regulamentação de padrões técnicos, regulamentação de remuneração das prestadoras de serviço de telecomunicações, estipulação de regras de acesso ao mercado e aplicação da lei de proteção da concorrência. Respectivamente, ao primeiro conceito utiliza-se a expressão *regulação técnica*, ao segundo, *regulação econômica*, ao terceiro, *regulação de acesso ao mercado* ou simplesmente *acesso ao mercado* e, por fim, ao quarto conceito dá-se o nome de *proteção da concorrência*. Segue abaixo o significado de cada conceito:

- a) **regulação técnica:** estabelecimento de padrões e metas de qualidade, de cunho eminentemente técnico, a serem adotados pelas empresas do mercado regulado, visando assegurar a compatibilidade, segurança e proteção dos sistemas e das infra-estruturas tecnológicas. A questão técnica pode, ou não, conforme o caso, assumir significância concorrencial;
- b) **regulação econômica:** adoção de sistema de controle de tarifas, taxas e quantidades de bens e serviços a serem oferecidos no mercado regulado, bem como outorga de licenças, autorizações e concessões de funcionamento. Seu principal objetivo consiste em manter a prestação adequada do serviço, regulando o nível de rentabilidade das empresas, de modo a afastar a ocorrência do preço monopolístico;
- c) **acesso ao mercado:** visa reprimir prática anticoncorrencial específica, realizada pelas empresas que já se encontram em funcionamento no mercado regulado e que, com o objetivo de evitar a entrada de novos concorrentes, buscam dificultar o acesso destes ao mercado, bloqueando novas conexões à infra-estrutura já estabelecida (conhecida como questão da interconexão);
- d) **proteção da concorrência:** abrange o controle preventivo das estruturas de mercado (consistente na análise de aquisições, fusões e joint ventures, impedindo-se ou impondo condições àquelas que forem prejudiciais à concorrência) e o controle repressivo de condutas (iniciando investigação pública, por meio de processo administrativo, de práticas supostamente anticompetitivas e, ao final, condenando os seus agentes, se caracterizado o ilícito), exceto a prática de discriminação de acesso ao mercado (item “c” acima) que, por sua complexidade técnica e gravidade, foi destacada como conceito autônomo.

O uso destes conceitos, assim distinguidos, facilitará a identificação dos modelos de configuração institucional existentes, bem como prestará auxílio à interpretação dos dispositivos legais em vigor, com a finalidade de se identificar as competências do CADE e da ANATEL com relação à proteção da concorrência no mercado de telecomunicações.

¹ Os conceitos aqui descritos foram desenvolvidos pelo Comitê sobre Política e Direito da Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, cujo trabalho final encontra-se na publicação OCDE, *Series Roundtables on Competition Policy*, nº. 22: *Relationship Between Regulators and Competition Authorities*, (<http://www.oecd.org/daf/clp>), 12.05.2000.

Das possíveis configurações de modelos institucionais

A partir da análise conceitual procedida em 2.1, podemos construir modelos de cooperação institucional capazes de abarcar as possíveis hipóteses de arranjos institucionais entre o órgão específico do setor de telecomunicações e a agência de defesa da concorrência².

A arquitetura de um sistema legal admitiria cinco possibilidades de repartição de competências (*isenção antitruste, competências concorrentes, competências complementares, regulação antitruste e desregulamentação*), conforme definição e esquematização nos Quadros 2.2-A a 2.2-E, abaixo.

As expressões “OET”, “ADC”, “RT”, “RE”, “AM” e “PC” significam respectivamente, órgão específico do setor de telecomunicações, agência de defesa da concorrência, regulação técnica, regulação econômica, acesso ao mercado e proteção da concorrência.

No modelo de configuração institucional chamado de *isenção antitruste* (modelo 1), o órgão específico do setor cuida da regulação técnica, da regulação econômica e de acesso ao mercado, bem como retém competência para aplicar exclusivamente, em caráter parcial ou total, a lei de proteção da concorrência. Neste cenário, a observância e eficácia das regras de regulação técnica e econômica prevalecem sobre as regras de proteção da concorrência. A atuação da agência de defesa da concorrência é nula ou apenas residual, sendo possível, em determinadas situações, a previsão legal de estarem determinadas atividades ou comportamentos desobrigados de observar a lei de proteção da concorrência. Inclui-se neste modelo a hipótese de parte relevante da competência para a aplicação da lei de defesa da concorrência recair exclusivamente sobre o órgão específico do setor, como por exemplo, o poder para iniciar investigação, por meio de processo administrativo, visando apurar a ocorrência de conduta anticoncorrencial ou o poder para opinar, necessariamente, nos processos de concentração econômica (análise de fusões, aquisições e *joint ventures*). Veja o Quadro 2.2-A:

Quadro 2.2-A – Modelo 1: Isenção Antitruste

	RT	RE	AM	PC
OET	Sim	Sim	Sim	Sim (total ou parcial)
ADC	Não	Não	Não	Residual

No modelo institucional de *competências concorrentes* (modelo 2), tanto o órgão específico do setor como a agência de defesa da concorrência possuem competências concomitantes (concorrentes) para aplicar as normas referentes à proteção da concorrência³. Neste caso, tanto o órgão específico do setor como a agência de defesa da concorrência possuem poder para aplicar a lei de proteção da concorrência, como por exemplo iniciar investigação de conduta anticompetitiva e/ou aplicar restrições em processos envolvendo operações de concentração econômica. A principal diferença com o modelo anterior está no fato de que, neste caso, a atuação do órgão específico na aplicação da lei de proteção da concorrência não afasta a competência da agência de defesa da competição. Veja o Quadro 2.2-B:

² Os conceitos aqui descritos foram desenvolvidos originalmente por Gesner Oliveira e Caio Mário da Silva Pereira Neto no ensaio *Regulation and Competition Policy: Towards an optimal institutional configuration in the Brazilian Telecommunications Industry*, in *Brooklyn Journal of International Law*, Volume XXV, nº. 2, 1999. Foram necessárias certas adaptações, entretanto, com o fito, por um lado, de incluir a análise referente à atividade de acesso ao mercado, não explicitada pelo autores, e, por outro, abranger, na descrição dos modelos de configuração, situações intermediárias de compartilhamento de competências não mencionadas.

Quadro 2.2-B - Modelo 2: Competências Concorrentes

	RT	RE	AM	PC
OET	Sim	Sim	Sim	Sim
ADC	Não	Não	Não	Sim

No modelo institucional de *competências complementares* (modelo 3), há nítida divisão de trabalho entre as atribuições das duas entidades: o órgão específico do setor cuida, com exclusividade, das atividades de regulação técnica, econômica e de acesso a mercado, enquanto que a agência de defesa da concorrência está incumbida de aplicar a lei de proteção da concorrência em caráter exclusivo. Neste caso, a agência de defesa da concorrência só poderá apreciar as questões de regulação técnica, econômica e de acesso ao mercado quando houver *relevância concorrencial*, ou seja, caso tenham sido feridas, ao menos potencialmente, as regras de proteção da concorrência. Veja o Quadro 2.2-C:

Quadro 2.2-C - Modelo 3: Competências Complementares

	RT	RE	AM	PC
OET	Sim	Sim	Sim	Não
ADC	Não	Não	Não	Sim

No modelo de *regulação antitruste* (modelo 4), a agência de defesa da concorrência aplica exclusivamente tanto a lei de proteção da concorrência quanto as regras de regulação econômica e de acesso ao mercado.

O órgão específico do setor, neste caso, atuaria apenas como um órgão consultivo técnico, aplicando tão-somente a regulação técnica. Trata-se de caso em que a ênfase maior recairia sobre a proteção da concorrência, restringindo-se a regulação econômica e de acesso ao mercado ao mínimo necessário. Veja o Quadro 2.2-D:

Quadro 2.2-D - Modelo 4: Regulação Antitruste

	RT	RE	AM	PC
OET	Sim	Não	Não	Não
ADC	Não	Sim	Sim	Sim

No modelo chamado de *desregulamentação* (modelo 5), apenas a agência de defesa da concorrência possui competências, aplicando a lei de proteção da concorrência. O órgão específico não existe, não existindo, por conseguinte, atividade estatal visando aplicar as regulações técnica, econômica e de acesso ao mercado. Veja o Quadro 2.2-E:

Quadro 2.2-E - Modelo 5: Desregulamentação

	RT	RE	AM	PC
---	---	---	---	---
ADC	Não	Sim	Sim	Sim

³ As regras de regulação econômica e de acesso ao mercado também podem, neste modelo, estar compartilhadas.

Vantagens e desvantagens dos modelos institucionais identificados

Levando-se em conta as características específicas do *modus operandi* tanto da agência de defesa da concorrência como do órgão específico do setor de telecomunicações (cultura institucional específica de cada entidade), serão discutidas as vantagens e desvantagens apresentadas pelos modelos institucionais de configuração descritos no item anterior⁴.

A **regulação técnica**, por exemplo, deve ser conferida ao órgão regulador específico. O monitoramento dos padrões tecnológicos consiste em atividade bastante distinta da promoção da livre-concorrência. Mas, uma vez assumido que o órgão específico cuida da questão técnica, como distribuir a competência para as demais atividades? A resposta depende da análise de vantagens comparativas e sinergias existentes. A melhor opção pode variar de país para país, conforme as circunstâncias existentes em cada um.

Comparada com o órgão específico, a agência de defesa da concorrência, devido à sua “**expertise**”, possui melhores condições para cuidar da **proteção da concorrência**, protegendo o mercado de condutas e fusões anticompetitivas.

Pela mesma razão, o órgão específico deve cuidar da **regulação econômica**, pois esta depende em muito de conhecimento específico sobre o mercado regulado.

Mas quando estamos diante do **acesso ao mercado**, não fica clara a resposta. O objetivo deste tipo de regulação é promover a competição em certas situações nas quais o acesso à infra-estrutura do concorrente é vital para o desenvolvimento de um nível satisfatório de concorrência. Neste sentido, a partir da experiência com casos de abuso de posição dominante, as agências de defesa da concorrência possuem vantagens comparativas em desempenhar esta atividade.

Por outro lado, com o fito de assegurar dado nível de competição, faz-se necessário digerir um grande volume de informações sobre custos, de forma a calcular o valor da taxa de acesso, monitorando-a constantemente. Isto está ligado ao que normalmente o órgão específico costuma fazer.

Outro aspecto importante a ser considerado consiste na diferença de cultura institucional existente entre o órgão específico e a agência de defesa da concorrência. Mesclar as competências de ambos, desconsiderando a diferença de cultura institucional existente, pode afetar até mesmo o desempenho de funções centrais de cada entidade. Cinco aspectos merecem ser destacados:

- a) o órgão específico objetiva atenuar os efeitos do poder de mercado, enquanto que a agência de defesa da concorrência objetiva efetivamente reduzir este poder. Este fato tende a produzir visões diferentes sobre a intervenção do interesse público no poder de mercado;
- b) o órgão específico costuma impor e monitorar condições comportamentais, enquanto que as agências de defesa da concorrência buscam aplicar remédios estruturais;
- c) o órgão específico aplica geralmente um controle preventivo, enquanto que a agência de defesa da concorrência impõe controle repressivo, excetuando-se, evidentemente, a importante tarefa de controle das fusões;
- d) o órgão específico intervém constantemente no mercado regulado, o que exige um fluxo contínuo de informações das empresas reguladas, ao passo que a agência de defesa da concorrência atua mais em litígios e exige informações apenas se necessário, e em conexão com a possível ação interventiva; e
- e) o órgão específico busca uma cesta de objetivos maior do que a agência de defesa da concorrência, tornado-se aquele mais vulnerável em aceitar algumas metas em detrimento de outras.

⁴ Neste tópico foram introduzidas as relevantes considerações desenvolvidas pelo Comitê sobre Política e Direito da Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico no trabalho citado à nota nº. 1, acima.

Na busca de um mercado com altos níveis de competição, a agência de defesa da concorrência pode desempenhar uma tarefa decisiva. E isto porque as agências de defesa da concorrência enfocam com mais vigor:

- a) as eficiências estáticas e econômicas, que são a principal conseqüência da introdução do ambiente concorrencial;
- b) o fato de que a concorrência é o que ocasiona benefícios significantes;
- c) os elementos que constituem um mercado competitivo, e aqueles elementos que o atacam;
- d) os remédios estruturais (que possuem maior eficácia para promover um ambiente competitivo), ao invés de compromissos comportamentais;
- e) o fato de que, tornando-se a concorrência no setor mais robusta, tornam-se menos necessárias as atividades de acesso a mercado e regulação econômica; e
- f) a investigação de práticas anticompetitivas.

Geralmente, as agências de defesa da concorrência, por lidarem com uma vasta gama de setores da economia, são menos propensas a serem capturadas do que o órgão específico, o qual, em determinadas circunstâncias, é capaz de render-se aos interesses das empresas reguladas.

Realizadas tais considerações, vitais para a compreensão da dinâmica interna de cada entidade (a agência de defesa da concorrência e o órgão específico), podemos investigar a funcionabilidade de cada modelo institucional apresentado.

As diferentes configurações apresentam vantagens e desvantagens dependendo de conjunturas e situações específicas. Cinco fatores parecem relevantes.

Primeiro, a flexibilidade institucional. O elevado ritmo de mudança tecnológica pode transformar um antigo monopólio natural em mercado concorrencial, exigindo uma mudança na atividade de regulação técnica e econômica. Na mesma direção, novos processos produtivos e o surgimento de novos produtos podem alterar o grau de substituíbilidade na demanda e/ou na oferta. Assim, seria desejável que o órgão específico fosse suficientemente flexível para lidar com tais mudanças estruturais.

Segundo, tornam-se imprescindíveis a eficiência e capacidade de decisão em tempo econômico. O ritmo da atividade econômica requer decisão rápida e segura. Processos burocráticos morosos aumentam a incerteza, diminuindo a rentabilidade esperada do investimento.

Terceiro, o custo burocrático de transação. Analogamente à clássica noção de Williamson sobre custos de transação na teoria da firma⁵, é útil definir o custo burocrático de transação como aquele associado à elaboração de acordos e rotinas operacionais interinstitucionais.

Quarto, a minimização de sobreposições de competências e a conseqüente incerteza jurídica advinda. Quando mais de uma instituição tem atribuição em certa matéria ou quando duas ou mais instituições têm competências próximas, surge o risco de um conflito de competência que, em geral, acarreta demora, incerteza e, conseqüentemente, insegurança jurídica.

Quinto, a minimização do risco de captura. Conforme discutido por Stigler⁶, a experiência regulatória dos países maduros revela uma elevada probabilidade de "captura" do órgão específico pelas firmas do mercado regulado. Independentemente de problemas éticos, verifica-se elevada propensão de os regulados

⁵ WILLIAMSON, Oliver E., *Antitrust Economics*. 1987, p. 71.

⁶ STIGLER, George. *The Theory of Economic Regulation*. 2 BELL J. OF ECON. 3, 1971, pp. 3-21.

capturarem os reguladores, em virtude da existência de assimetria de informação em desfavor do setor público e da natural identidade profissional entre os especialistas com função judicante temporária e os segmentos sujeitos a uma determinada jurisdição administrativa. O grau em que o recrutamento e o futuro profissional das autoridades regulatórias se restringe ao setor regulado constitui variável relevante para a propensão à captura.

Diante de tais observações, podemos estudar como cada modelo de configuração institucional descrito comporta-se do ponto de vista dos critérios assinalados acima.

O modelo 1, de *isenção antitruste*, não apresenta a flexibilidade desejada, pois não há incentivos para o órgão específico eliminar os controles sobre o mercado na hipótese de mudanças estruturais, ou seja, o órgão específico tende a perpetuar o uso da regulação econômica, principalmente, mesmo em mercado que já tenha alcançado nível satisfatório de competitividade. Acresça-se o fato de ser elevado o risco de captura nesta hipótese, pois este desenho tipicamente privilegia órgãos setoriais especializados com forte identidade com os segmentos que deveriam, em princípio, monitorar e fiscalizar.

O modelo 2, de *competências concorrentes*, acusa maior flexibilidade institucional na medida em que incorpora uma agência a qual, em princípio, estaria propensa a promover a concorrência e não teria resistência burocrática à eliminação da regulação setorial. Perdem-se, contudo, eventuais economias de escala, uma vez que se introduz nova estrutura burocrática para a mesma função. A sobreposição de funções tende a eliminar, igualmente, economias de escopo. Entretanto, este modelo apresenta risco de captura menor, ao se introduzir outra agência que, em princípio, zelaria pela ótica mais genérica da proteção da concorrência.

O modelo 3, de *competências complementares*, é similar ao de competências concorrentes, exceto pela especialização, de um lado, do órgão específico em regulação técnica e econômica e de acesso ao mercado, e, de outro, da agência de defesa da concorrência na aplicação da lei de proteção da concorrência. Tal como no modelo 2, isto eliminaria eventuais ganhos em economias de escopo. Além de manter os ganhos em termos de menor risco de captura, este modelo tem a vantagem de apresentar menor potencial de conflito entre jurisdições, uma vez que os papéis de cada entidade não se sobrepõem.

O modelo 4, de *regulação antitruste*, somaria aos ganhos do modelo 3 eventuais economias de escopo, aliado à redução do custo burocrático de transação pelo fato de o processo decisório envolver uma única agência. Assim como no modelo 1, e teoricamente no modelo 3, não há risco de conflito jurisdicional. Entretanto, em se tratando de uma única agência, supõe-se que o risco de captura seja relativamente maior, ainda que atenuado pelo fato de se tratar de agência genérica e não meramente setorial.

A definição do modelo ótimo no setor de telecomunicações depende de uma análise minuciosa dos pontos abordados. Parece ser determinante, para a eleição da configuração institucional mais adequada, a avaliação da importância relativa, em uma determinada situação histórico-concreta, de cada um dos cinco fatores discutidos antes.

Se, por exemplo, a minimização do risco de captura fosse considerada uma variável fundamental, seria aconselhável optar por um modelo de multi-agências (*competências concorrentes ou competências complementares*).

Alternativamente, o privilégio a critérios de flexibilidade e atualização regulatória diante de mercados dinâmicos conferiria maior peso às vantagens do modelo 4, de *regulação antitruste*.

Caberia, neste ponto, atenção a dois fatores: economias de escala e de escopo, de um lado, e a magnitude dos custos burocráticos de transação, de outro. Verificando-se que os custos de transação e as economias de escopo assumem uma grande importância relativa, os modelos 1 e 4 teriam preferência. Se, por outro lado, entende-se que os custos de transação e as economias de escopo não têm grande importância, os modelos 2 e 3 pareceriam vantajosos.

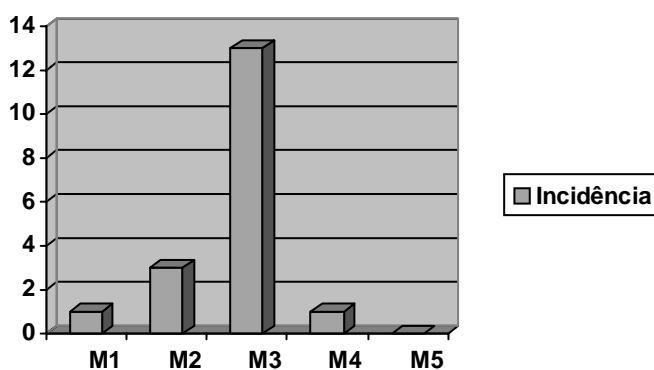
Análise dos modelos de configuração institucional existentes em países-membros da OCDE

Neste item, serão apontadas as configurações institucionais adotadas em dezoito países-membros da OCDE visando aplicar os modelos de configuração institucional desenvolvidos no item 2.2. acima⁷.

A configuração institucional de cada País está classificada conforme o tipo de relação estabelecida entre o órgão específico do setor de telecomunicações (OET) e a agência de defesa da concorrência (ADC), como sintetiza o Quadro 2.4-A:

Quadro 2.4-A

Possíveis Configurações Institucionais: Amostragem



Modelo 1 (M1) – Alemanha.

Modelo 2 (M2) – Dinamarca, Reino Unido e Estados Unidos.

Modelo 3 (M3) – Canadá, Espanha, Finlândia, França, Itália, Hungria, Japão, Coréia, México, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Suécia.

Modelo 4 (M4) – Austrália.

Modelo 5 (M5) – (nenhum)

O modelo institucional adotado no Brasil: as competências do CADE e da ANATEL

O presente item buscará analisar os diplomas legais em vigor, em especial a Lei nº. 8884, de 1994, que disciplina a proteção da concorrência no Brasil, e a Lei nº. 9.472, de 1997, que cria a ANATEL e lhe outorga competências para a regulamentação do setor de telecomunicações, com o fito de se identificar, a partir do estudo realizado no item anterior, qual o modelo de configuração institucional adotado pelo Brasil.

⁷ À semelhança do mencionado na nota nº. 1, acima, as considerações deste item subsidiaram-se nas contribuições oferecidas por cada País-Membro da OCDE que participou da reunião do Comitê sobre Política e Direito da Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, cujo trabalho final encontra-se na publicação OCDE, *Series Roundtables on Competition Policy, nº. 22: Relationship Between Regulators and Competition Authorities*, (<http://www.oecd.org/daf/clp>), 12.05.2000.

Para tanto, as atividades referentes à regulação técnica, regulação econômica, acesso ao mercado e proteção da concorrência serão analisados separadamente, item por item.

Ao final, será identificado qual modelo de configuração institucional – dentre os estudados no item anterior – foi adotado pelo ordenamento jurídico vigente no Brasil.

A regulação técnica

Os padrões de regulação técnica, incluindo-se neste conceito não apenas a elaboração de normas cogentes de padronização, mas a fiscalização de metas de qualidade, nos termos da lei geral de telecomunicações, estão sob a responsabilidade exclusiva da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Foram conferidos plenos poderes para a disciplina da regulação técnica, a qual abrange:

- a) a administração do espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, de modo eficiente (art. 19, VIII, art. 127, VII e art. 160);
- b) a expedição de normas sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado (art. 19, X);
- c) a expedição de normas e padrões para os equipamentos a serem utilizados pelas prestadoras de serviço de telecomunicações (art. 19, XII);
- d) a expedição e reconhecimento de certificação de produtos, nos termos dos padrões e normas estabelecidos (Art. 19, XIII);
- e) a expedição de normas e padrões que assegurem a compatibilidade, operação integrada e interconexão entre redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais (art. 19, XIV);
- f) requerer das prestadoras informações de caráter técnico, garantindo o seu sigilo (art. 96, I c/c art. 39, p. único);
- g) reprimir a omissão de informação técnica, por parte da prestadora, relevante à prestação do serviço e que possa prejudicar a livre competição (art. 70, III);
- h) a observância das normas técnicas emitidas pelos poderes executivos municipal e estadual e pelos órgãos específicos de engenharia (art. 74);
- i) a aprovação de projeto técnico como condição objetiva à obtenção de autorização de serviço de telecomunicações (art. 132, II);
- j) a limitação do número de autorizações por impossibilidade técnica (art. 136, caput);
- k) o estabelecimento de normas acerca dos planos de numeração dos serviços, visando fomentar a livre competição (art. 151);
- l) a fiscalização das condições técnicas adequadas ao provimento da interconexão (art. 152);
- m) a vedação do uso, para fins de conexão, de equipamentos terminais sem certificação (art. 156);
- e
- n) a vedação do uso, para fins de emissão de radiofrequências, de equipamentos sem certificação (art.162,p.2).

Alguns dos itens mencionados acima (como, por exemplo, os itens “c”, “e”, “g”, “j”, “k” e “l”) possuem caráter relevante do ponto de vista concorrencial, ou seja, a escolha do padrão técnico a ser adotado poderá afetar invariavelmente as condições de concorrência do mercado de telecomunicações.

A regulação econômica

A regulação econômica do setor de telecomunicações cabe exclusivamente à Agência Nacional de Telecomunicações, e abrange:

- a) expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público (art. 19, IV);
- b) controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes (art. 19, VII);
- c) reprimir a prática de subsídios visando à redução artificial de preços, tutelando-se a livre competição (art. 70, I);
- d) propiciar a justa remuneração da prestadora como critério de fixação das áreas de exploração, do prazo de vigência das concessões e do prazo para admissão de novas prestadoras (art. 84, § 1º);
- e) exigência de previsão contratual das tarifas a serem cobradas dos usuários, bem como os critérios para reajuste e revisão (art. 93, VII);
- f) estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço (art. 103, caput);
- g) a vedação de subsídios entre modalidades de serviços e segmentos de usuários (art. 103, § 2º);
- h) submeter as prestadoras ao regime de liberdade tarifária, na hipótese de existir ambiente de ampla e efetiva competição (art. 104, caput);
- i) restabelecer o regime tarifário liberado, caso ocorra aumento arbitrário de lucros ou práticas prejudiciais à competição (art. 104, § 2º);
- j) estabelecer os mecanismos de reajuste tarifário, os quais deverão estar previstos no contrato (art. 108, caput); e
- k) a transferência parcial ou integral de ganhos econômicos, conforme a origem (art. 108, §§ 2º e 3º).

De forma semelhante ao mencionado no item anterior, algumas atividades de regulação econômica ou possuem caráter relevante do ponto de vista concorrencial (como, por exemplo, os itens “c” e “d”) ou dependem, para a sua concretização, da existência de fatores prévios (como por exemplo, *ampla e efetiva competição e práticas prejudiciais à competição*), os quais estão essencialmente ligados com a proteção da concorrência. Por exemplo: o regime de liberdade tarifária poderá ser adotado pela ANATEL se houver ampla e efetiva competição. Neste caso, o conceito de ampla e efetiva competição deve ser buscado a partir da interpretação da lei de proteção da concorrência.

Hipótese idêntica encontra-se no art. 104, § 2º, da Lei nº. 9.472, de 1997, a qual prevê que a ANATEL poderá revogar o regime de liberdade tarifária, se vier a ocorrer aumento arbitrário de lucro ou prática prejudicial à competição. Estes conceitos devem ser extraídos da lei de proteção da concorrência.

A regulação de acesso ao mercado

Do mesmo modo que as regulações técnica e econômica, cabe exclusivamente à ANATEL disciplinar a regulação de acesso ao mercado, a qual abarca:

- a) a expedição de normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais (art. 19, XIV);
- b) a utilização, pelas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, das instalações

de redes de telecomunicações das prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse público (art. 73, caput);

- c) a indicação, no contrato, das condições gerais de interconexão (art. 93, XII);
- d) a decretação de intervenção na concessionária por recusa injustificada de interconexão (art. 110, VI);
- e) a obrigatoriedade de interconexão, assegurando-se a operação integrada das redes (art. 146, caput e incisos e art. 147);
- f) a garantia de compatibilidade das redes das diferentes prestadoras (art. 150);
- g) o provimento não discriminatório da interconexão (art. 152);
- h) a livre negociação das condições de interconexão (art. 153, caput); e
- i) a disponibilização de redes pelas prestadoras de serviço de telecomunicações para as concorrentes (art. 155).

A regulação de acesso ao mercado, conhecida também como a regulação de interconexão, constitui, em última análise, a regulamentação preventiva de acordo específico entre concorrentes (uso de redes) visando evitar a ocorrência de prática discriminatória anticoncorrencial.

Todo o âmbito desta atividade regulatória possui caráter eminentemente concorrencial, mas, em princípio, a análise das condutas discriminatórias envolvendo a interconexão está sob a competência exclusiva da ANATEL.

A regulação técnica, econômica e de acesso ao mercado concorrencialmente relevante

Considerando, por um lado, que a competência para a eleição das regulações técnica, econômica e de acesso ao mercado adequadas recai exclusivamente sobre o órgão específico de telecomunicações e que, por outro, poderão ter as referidas regulações relevância concorrencial, é de se inquirir se possui a agência de defesa da concorrência brasileira competência para apreciá-las, sob o ponto de vista da proteção da concorrência, e suspender a eficácia do regulamento, caso conclua pela existência de dano à concorrência. A experiência internacional apresentada no item anterior nos demonstra alguns caminhos encontrados para a solução do problema.

Nos modelos de configuração institucional adotados pela Austrália, Finlândia e Holanda, quando a regulação conduzida pelo órgão específico (isto é, regulação técnica, econômica e de acesso ao mercado) contiver significado competitivo expressivo (*relevância concorrencial*), fica ressalvada a competência da agência de defesa da concorrência, a qual obrigatoriamente deverá reapreciar o conteúdo da norma reguladora, aprovando-a ou rejeitando-a.

A experiência americana cria mecanismo disjuntivo de competência: possuindo a regulação técnica ou econômica relevante efeito concorrencial, o Judiciário é acionado para adjudicar a competência a apenas uma das entidades (ou o órgão específico ou a agência de defesa da concorrência); utiliza-se, para tanto, da *Doctrine of Primary Jurisdiction*, cujo critério significa reconhecer qual entidade possui maior preparo técnico e condições operacionais de levar a cabo as possíveis determinações advindas do uso da competência que se questiona.

No México, a deliberação acerca da análise de conceitos prévios (por exemplo, o critério para se identificar se uma empresa possui ou não poder de mercado), necessários à posterior aplicação da regulação técnica ou econômica, está a cargo exclusivo da agência de defesa da concorrência. Cabe a esta, portanto, definir quais empresas do setor de telecomunicações possuem substancial poder de mercado, estando sujeitas, portanto, à regulação assimétrica do órgão específico.

No Brasil, até o presente momento, a questão não foi levantada perante a ANATEL ou perante o CADE. Mas, a despeito da falta de precedentes sobre o tema, algumas inferências podem ser colacionadas.

A lei de proteção da concorrência – Lei nº. 8884, de 1994 – prevê, em seu artigo 15, que a repressão de condutas anticoncorrenciais abrange, inclusive, os atos praticados pelo Poder Público, incluindo-se aqui a ANATEL.

Por sua vez, a lei geral de telecomunicações, Lei nº. 9472, de 1997, em seu artigo 19, inciso XIX, ressalva a competência do CADE para a aplicação da lei de proteção da concorrência.

Encarados sob o aspecto concorrencial, os atos de regulação técnica, econômica e de acesso ao mercado podem afetar a livre concorrência, consubstanciando-se em práticas previstas nos artigos 20 e 21 da lei de proteção da concorrência.

A decisão vinculante do CADE, capaz de afastar o ato regulatório anticoncorrencial, dependerá da existência, entretanto, de processo administrativo instaurado.

A instauração do respectivo processo administrativo, por seu turno, compete exclusivamente à ANATEL (art. 19, inciso XIX da Lei nº. 9472, de 1997 c/c art. 32 da Lei nº. 8884, de 1994, podendo agir de ofício ou mediante representação), fato este que dificilmente ocorreria na prática, por razões óbvias: na hipótese, a própria autoridade que expediu o ato regulatório estaria, em momento posterior, instaurando processo administrativo com o intuito de identificar a existência de efeito anticoncorrencial do próprio ato que elaborou e publicou, o que seria, no mínimo, um contra-senso. Ou não instauraria processo administrativo, por considerar inexistente o efeito anticoncorrencial apontado, ou revogaria de imediato o ato regulatório, se concluísse pelo dano à concorrência.

Não instaurado o processo administrativo pela ANATEL, e considerando-se que, nos termos da lei de proteção da concorrência, o CADE não possui poder para exigir que a ANATEL instaure o respectivo processo administrativo, não restaria ao CADE possibilidade jurídica de exercer sua competência legal de decidir acerca da existência de infração à concorrência em atos regulatórios de relevância concorrencial.

Como única alternativa restaria a de qualquer interessado provocar o CADE para que aprecie, em caráter abstrato e sem efeito vinculante, o ato regulatório expedido pela ANATEL, sob o prisma concorrencial. Tal provocação dar-se-ia por particular interessado ou pela própria ANATEL, e corresponde ao processo de *consulta* ao CADE, previsto no artigo 7º, inciso XVII da Lei nº. 8884, de 1994 e regulamentado pela Resolução/CADE nº. 18/98, de 25 de novembro de 1998. Nesta hipótese, o CADE, após 60 (sessenta) dias, emitiria juízo opinativo e não vinculante sobre os aspectos concorrenciais do ato regulatório expedido pela ANATEL.

Evidentemente, não se trata a emissão de juízo opinativo, aqui referida, de exercício de poder decisório pelo CADE sobre as atividades de regulação técnica, econômica e de acesso ao mercado, nos moldes existentes nas jurisdições dos países mencionados acima.

As regulações técnica, econômica e de acesso ao mercado permanecem, à luz do ordenamento jurídico vigente, sob a competência exclusiva da ANATEL.

A proteção da concorrência

Este item está dividido em três tópicos, o primeiro buscando descrever a disciplina genérica da proteção da concorrência, suas entidades e órgãos integrantes, o segundo buscando acrescer as modificações trazidas ao sistema genérico de defesa da concorrência pela lei geral de telecomunicações e o terceiro objetivando trazer algumas reflexões sobre a possibilidade de o CADE e a ANATEL proferirem decisões conflitivas, tendo em vista determinadas obscuridades existentes na legislação que separa as competências de ambas as entidades.

A lei de defesa da concorrência

Disciplinando sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, a lei geral de defesa da concorrência aplica-se a todas as atividades econômicas, civis ou comerciais, sem qualquer distinção.

Divide-se a sua atuação em duas esferas distintas: de um lado, está previsto o controle de atos e contratos tendentes a produzir qualquer forma de concentração econômica, conhecido como *controle preventivo de atos de concentração*; de outro, busca a lei reprimir as condutas anticoncorrenciais capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência, e cujos contornos estão previstos nos artigos 20 e 21 da Lei nº. 8884, de 1994, conhecido como *controle de condutas*. Para cada tipo de controle existente – preventivo e repressivo – a lei prevê regras processuais específicas no âmbito administrativo.

Assim, o exercício do controle repressivo de condutas anticoncorrenciais inicia-se por ato do Chefe da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que instaura averiguações preliminares ou processo administrativo, de ofício ou mediante representação do interessado, sempre que houver indícios de que a prática a ser investigada possa ter causado dano à concorrência.

A SDE constitui órgão da administração pública federal direta, mas os atos de seu titular, o Secretário de Direito Econômico, não estão sujeitos a recurso ao superior hierárquico, no caso, o Ministro da Justiça. Compete exclusivamente à SDE instaurar e conduzir a instrução das averiguações preliminares e dos processos administrativos, os quais têm por objetivo identificar a existência de conduta infrativa à concorrência.

Instruído o processo, a SDE decidirá pelo arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE nesta hipótese, ou, se entender configurada a prática lesiva à concorrência, emitirá parecer não vinculante, encaminhando os autos ao CADE para julgamento.

Deste modo, o poder decisório sobre os processos de controle repressivo de condutas anticoncorrenciais cabe exclusivamente ao CADE, cujas decisões, inclusive, não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo. Tem-se, portanto, que o CADE constitui a instância decisória definitiva no âmbito administrativo, mas o poder para iniciar as investigações, instaurando-se o competente processo administrativo, reside exclusivamente na SDE/MJ.

Observe-se, ainda, que nos processos de controle repressivo, a Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão do Ministério da Fazenda – SEAE/MF, será sempre consultada para emitir parecer não vinculante, caso entenda necessário.

Por sua vez, o exercício do controle preventivo de atos e contratos que possam causar prejuízo à concorrência mediante processos de concentração econômica está sob a competência do CADE, o qual emite decisão definitiva no âmbito administrativo, aprovando, com ou sem condições, ou mesmo reprovando *in totum* os atos de concentração econômica.

O procedimento administrativo de ato de concentração deverá porém, antes de ser julgado pelo CADE, receber dois pareceres necessários e não-vinculantes, o primeiro da SEAE/MF e o segundo da SDE/MJ. Observe-se, neste caso, que nem a SEAE/MF nem a SDE/MJ proferem decisão, mas apenas emitem pareceres não-vinculantes.

Este, em linhas gerais, o sistema de repartição de competência entre os órgãos (SDE/MJ e SEAE/MF) e a entidade julgadora (CADE) adotado pela lei de proteção da concorrência.

O sistema de proteção da concorrência adotado no mercado de telecomunicações

Inovou a lei geral de telecomunicações ao excluir, para o mercado de telecomunicações, as Secretarias de Direito e de Acompanhamento Econômico, SDE/MJ e SEAE/MF, respectivamente, das competências que lhe foram outorgadas pela lei de proteção da concorrência, conferindo-as à Agência Nacional de Telecomunicações⁸. Neste sentido os artigos 7º, §§ 1º, 2º e 3º e 19, inciso XIX, da lei geral de telecomunicações.

No que respeita ao controle repressivo, caberá exclusivamente à ANATEL o exercício do poder investigatório de condutas anticoncorrenciais, mediante a instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos⁹, podendo proferir decisão pelo arquivamento, recorrendo ao CADE de ofício nesta hipótese, ou emitir parecer não-vinculante, se entender presentes os indícios de infração à ordem econômica, encaminhando, neste caso, os autos ao CADE para julgamento.

Desde a criação da ANATEL e até o presente momento, foram instaurados pouquíssimos processos administrativos visando à apuração de condutas anticoncorrenciais¹⁰, fato este que corrobora o apontado no tópico 2.3. do item anterior, o qual indica que o órgão setorial específico confere maior ênfase aos mecanismos de regulação econômica do que aos instrumentos de proteção da concorrência.

Em relação ao controle preventivo, o parecer da ANATEL substitui os pareceres da SDE/MJ e da SEAE/MF: o procedimento de ato de concentração é apresentado diretamente à ANATEL que, por sua vez, emite parecer necessário e não-vinculativo, encaminhando o processo ao CADE, para julgamento. Aqui, duas observações são pertinentes.

Primeiro, deve-se atentar para a Resolução/ANATEL nº. 76, de 16 de dezembro de 1998, que aprova a Norma nº. 04/98, a qual, por sua vez, contém os formulários e documentos indispensáveis à instrução do ato de concentração a ser apresentado.

Segundo, ao substituir a ANATEL a função exercida pelas Secretarias de Direito e de Acompanhamento Econômico, as quais dispunham, cada uma, de 30 (trinta) dias para a elaboração do parecer técnico, surge a seguinte questão: qual o prazo de que dispõe a ANATEL para emitir seu parecer ?

A ANATEL disciplinou a questão no artigo 64 da Norma nº. 7/99, aprovada pela Resolução/ANATEL nº. 195, de 07 de dezembro de 1999, outorgando-lhe 60 (sessenta) dias para a emissão do parecer, ressalvada, evidentemente, a possibilidade de suspensão do prazo para o fornecimento de esclarecimentos reputados necessários pela ANATEL.

Ressalte-se que, com exceção feita aos atos de concentração resultantes da privatização da Telebrás, o prazo para a emissão do parecer pela ANATEL tem ultrapassado, com frequência, o limite de 60 (sessenta) dias, fato este que, se não for corrigido em tempo hábil, pode causar prejuízo à eficácia de eventual decisão restritiva a ser proferida pelo CADE.

⁸ Com vistas a auxiliar o exercício de sua competência no âmbito da lei de proteção da concorrência, a ANATEL, por meio da Resolução nº. 58, de 24 de setembro de 1998, criou o Comitê de Defesa da Ordem Econômica, cujo regime foi aprovado pela Resolução nº. 59, de 24 de setembro de 1998.

⁹ Anote-se a respeito a Resolução/ANATEL nº. 195, de 07/12/1999, que aprova a Norma nº. 7, de 1999, a qual regulamenta os procedimentos administrativos para apuração e repressão das infrações da ordem econômica e para o controle dos atos e contratos no setor de telecomunicações.

¹⁰ Entre julho de 1997, data de criação da ANATEL, e o final do primeiro semestre de 2000, o CADE julgou vinte e um processos no setor de telecomunicações, entre os quais dezoito atos de concentração econômica, duas consultas, uma medida cautelar e nenhum processo administrativo visando à apuração de conduta anticoncorrencial ou de aspecto concorrencialmente relevante de ato regulatório de competência da ANATEL.

A sobreposição de competências entre CADE e ANATEL

A análise empreendida neste tópico restringe-se à definição de competências entre CADE e ANATEL para a aplicação da lei de proteção da concorrência. Como visto no item 3.4. acima, no tocante à aplicação da regulação técnica, econômica e de acesso ao mercado, resta exclusiva a competência da ANATEL.

A análise pormenorizada da lei geral de telecomunicações leva o intérprete a concluir que, em determinadas questões, há expressa sobreposição de atribuições entre CADE e ANATEL. Alguns exemplos podem ilustrar este fato:

- a) o instituto da intervenção está previsto na lei de proteção da concorrência como meio de execução da decisão do CADE¹¹, visando assegurar o cumprimento de decisão do Conselho; mas o mesmo instituto está colacionado na lei geral de telecomunicações¹², nas hipóteses de infração da ordem econômica, como de competência da ANATEL; e
- b) atos de concentração econômica e de transferência de controle acionário, por força da lei geral de telecomunicações¹³, dependem de prévia aprovação da ANATEL, e, por força da lei de proteção da concorrência, dependem também da aprovação do CADE¹⁴. Em caso de conflito entre o CADE e a ANATEL no que se refere à aprovação ou não de determinada fusão sob fundamento de mesma natureza, por exemplo, se a ANATEL recusa a aprovação por considerá-la anticoncorrencial e o CADE a julga pró-competitiva, como identificar qual ato administrativo será o válido?

Acrescente-se à sobreposição de competências a questão da existência de fato prévio de cunho estritamente concorrencial. Como visto no item 3.4. acima, existem determinadas hipóteses legais em que o órgão setorial específico, para que possa aplicar ato regulatório de sua exclusiva competência, depende, entretanto, de que esteja previamente caracterizada a existência de fato de cunho estritamente concorrencial.

Por exemplo, nos termos do artigo 136 da lei geral de telecomunicações¹⁵, a ANATEL poderá limitar o número de autorizações de serviço, sempre que o excesso de competidores puder comprometer a prestação do serviço de interesse coletivo.

Neste caso, a limitação do número de autorizações constitui ato regulatório que está sob a exclusiva competência da ANATEL. Mas o exercício desta competência depende da existência de fato prévio – excesso de competidores –, o qual possui cunho estritamente concorrencial.

A questão que surge é a seguinte: quem possui a competência para identificar se o fato prévio está ou não caracterizado? O CADE ou a ANATEL?

A resposta que o ordenamento jurídico brasileiro oferece à questão também não está clara, pois se se considera, como transparece a lei geral de telecomunicações, que a ANATEL possui competência para a caracterização do fato prévio, também não se pode deixar de reconhecer a possibilidade de o CADE vir a manifestar-se a respeito, o que basta para se concluir sobre a potencialidade de ocorrência de decisões conflitivas.

¹¹ Reza o artigo 63 da Lei nº. 8884, de 1994: “A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.”

¹² Reza o artigo 110 e inciso VII da Lei nº. 9472, de 1997: “Poderá ser decretada intervenção na concessionária, por ato da Agência, em caso de: VII – infração da ordem econômica nos termos da legislação própria.”

¹³ Reza o artigo 97 da Lei nº. 9472, de 1997: “Dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.”

¹⁴ Veja a respeito o artigo 54, § 7º, da Lei nº. 8884/94, o qual restringe a eficácia do ato à sua aprovação pelo CADE.

¹⁵ A questão surge em diversos dispositivos da lei geral de telecomunicações. Veja a respeito os artigos 70, 71 e 104.

A aplicação da regra geral de hermenêutica, de que a lei de telecomunicações, lei específica posterior, revoga a lei de proteção da concorrência, lei geral anterior, não poderia ser aqui aplicada sem prejuízo do disposto no inciso XIX do artigo 19 da lei de telecomunicações, que expressamente ressalva as competências do CADE.

Contudo, a questão é complexa e merece estudo mais aprofundado, o que, entretanto, não será aqui desenvolvido por escapar ao objetivo do presente ensaio.

O modelo adotado

Podemos afirmar que, nos termos da legislação brasileira, o modelo de configuração institucional adotado corresponde ao descrito no modelo 1, de *isenção antitruste*, detendo a ANATEL competência exclusiva para aplicar as regulações técnica, econômica e de acesso ao mercado e competência exclusiva para aplicar parte relevante da lei de proteção da concorrência.

De fato, a exclusão das competências da SDE/MJ e da SEAE/MF coloca parte substancial da aplicação da lei de proteção da concorrência a cargo da ANATEL.

Assim, caberá à ANATEL, com exclusividade, instaurar processos administrativos visando investigar a ocorrência de infração à ordem econômica, bem como aplicar a regulação técnica, econômica e de acesso ao mercado.

Caberá ao CADE tão-somente, de um lado, julgar os processos administrativos que forem instaurados pela ANATEL e os atos de concentração econômica apresentados, e, de outro, emitir juízo opinativo, caso seja provocado, sobre os aspectos concorrenciais dos atos regulatórios de competência da ANATEL.

Frise-se, aqui, como visto nos tópicos 2.2. e 2.3. do item anterior, que no modelo de *isenção antitruste*:

- a) a observância e eficácia das regras de regulação técnica e econômica prevalecem sobre as regras de proteção da concorrência;
- b) não há incentivos para o órgão específico eliminar os controles sobre o mercado na hipótese de mudanças estruturais, ou seja, o órgão específico tende a perpetuar o uso da regulação econômica, mesmo em mercado que já tenha alcançado nível satisfatório de competitividade; e
- c) existe elevado risco de captura, pois este desenho tipicamente privilegia órgãos setoriais especializados com forte identidade com os segmentos que deveriam, em princípio, monitorar e fiscalizar.

A proteção da concorrência no setor de telecomunicações

Neste item será analisada a importância do enfoque conferido à proteção da concorrência na regulação do setor de telecomunicações.

A privatização e a liberalização do serviço de telecomunicações ensejaram a reformulação da legislação existente no setor, fenômeno conhecido como *desregulação*, consistente no processo pelo qual o Estado reduz sua atividade interventiva no mercado.

No caso do setor de telecomunicações, entretanto, não basta apenas a desregulamentação, uma vez que este mercado pode ainda apresentar falhas estruturais de funcionamento, tornando necessário o seu constante monitoramento pelo Estado, de forma a garantir o ambiente competitivo. O exercício deste monitoramento exige a *re-regulação* do setor.

Tal reformulação dos controles legais, presume-se, contribuirá para a existência de condições adequadas que, por sua vez, propiciarão um ambiente saudável de competição.

Neste aspecto, interessante notar que o estímulo ao *ambiente concorrencial* foi enfatizado como um dos principais objetivos do modelo regulatório implantado pela lei geral de telecomunicações.

E, acerca da aplicação das leis de defesa da concorrência na regulação do setor de telecomunicações, analisando-se, para tanto, as reformas empreendidas recentemente na legislação que cuida da atuação do órgão setorial específico norte-americano, a *Federal Communications Commission (FCC)*, cite-se o estudo de *Read e Weiner*¹⁶, o qual aponta para o fato de que a aplicação dos conceitos de defesa da concorrência, coibindo os abusos de poder econômico e as fusões prejudiciais ao mercado, tem-se demonstrado um *guia técnico* eficaz na consecução do interesse público, sobrepujando os efeitos alcançados pela regulação econômica de tarifas e de metas de qualidade. O estudo demonstra que:

(a) a legislação que criou a Federal Communications Commission (FCC), datada de 1934, foi reformulada pelo Telecommunications Act, de 1996; uma das principais alterações foi a incorporação da “Doutrina Antitruste da Concorrência” no conceito de interesse público;

(b) a revolução tecnológica ocorrida propiciou uma maior variedade de serviços, bem como a abundância de recursos antes escassos e inflexíveis; isto reforça a posição de que as telecomunicações não mais apresentam-se sob a forma de monopólio natural, mas, pelo contrário, permitem a existência de um ambiente concorrencial, ambiente este imprescindível para a constante absorção, pelo mercado, de inovações tecnológicas, afastando a obsolescência;

(c) a regulação somente atingirá o interesse público se for capaz de incentivar, mais e mais, a entrada de novos concorrentes no mercado;

(d) o modelo anterior, baseado na concepção do monopólio natural, na reserva de mercado conferida às operadoras e na completa regulação de tarifas, condutas comerciais e condições de prestação dos serviços, foi abandonado nos EUA em 1984, a partir da intervenção federal que resultou na quebra do monopólio detido pela AT&T; deste momento em diante, a eficiência econômica passou a ser o principal objetivo da regulação em telecomunicações, relegando a busca da universalidade da prestação do serviço ao segundo plano;

(e) a eficiência econômica no setor de telecomunicações depende mais do grau de concorrência do que da quantidade de regras existentes, ou seja, maximizar a busca de bons serviços a preços cada vez menores significa enfatizar a concorrência e promover, tanto quanto possível, a redução do nível de regulamentação do setor;

(f) a desregulamentação, realizada sem a observância ativa da legislação antitruste, poderá ensejar efeitos desastrosos para a eficiência econômica de determinado setor; a melhor política de desregulamentação consiste naquela que desregulamenta, impondo de forma efetiva os princípios de antitruste no sistema regulatório; e

(g) a concorrência está inserida no conceito de interesse público porque os seus efeitos resultam em tarifas menores, serviços e produtos de alta qualidade, e um consistente ambiente econômico de produtividade.

As conclusões do estudo demonstram claramente que, de todas as atividades regulatórias existentes, a proteção da concorrência constitui o mais eficaz mecanismo de regulação do mercado de telecomunicações com vistas à obtenção da eficiência econômica.

¹⁶ READ, William H. e WEINER, Ronald Alan, in *FCC Reform: Does Governing Require a New Standard?*, FCC Reform, nº 18, 1997, pp. 491-529.

Conclusão

A partir do estudo realizado nos itens anteriores, algumas assertivas podem ser trazidas à conclusão.

Parte considerável da competência legal para aplicação da lei de proteção da concorrência, nos termos da legislação brasileira em vigor, foi conferida ao órgão setorial específico, a ANATEL, restando caracterizado o modelo de configuração institucional de isenção antitruste.

Neste modelo, i) a observância e eficácia das regras de regulação técnica e econômica prevalecem sobre as regras de proteção da concorrência; ii) não há incentivos para o órgão específico eliminar os controles sobre o mercado na hipótese de ter este alcançado nível satisfatório de competitividade; e iii) existe elevado risco de captura, pois este desenho tipicamente privilegia órgãos setoriais especializados com forte identidade com os segmentos que deveriam, em princípio, monitorar e fiscalizar.

Anote-se ainda que o modelo de isenção antitruste afasta-se da experiência internacional, a qual opta pelos modelos de competências concorrentes ou complementares.

Em conseqüência desta opção de configuração institucional, o nível de eficiência econômica do mercado de telecomunicações no Brasil poderá ficar aquém do satisfatório, uma vez que, como corrobora a recente alteração na legislação norte-americana acerca da regulação do setor de telecomunicações, a aplicação dos instrumentos de proteção da concorrência, coibindo os abusos de poder econômico e as fusões prejudiciais ao mercado, tem sobrepujado os efeitos alcançados pela regulação econômica de tarifas e de metas de qualidade.

As conclusões deste estudo, evidentemente, encontram limites, em razão da falta de experimentação brasileira sobre este novo tipo de intervenção estatal que ora se apresenta.

Mas provavelmente o sucesso na busca de eficiência para a regulação do setor de telecomunicações dependerá, em última análise, da solução aos problemas e reflexões aqui apontados.

Referências Bibliográficas

- BANCO MUNDIAL. *Regulatory institutions for utilities & competition: international experience*. Private Sector Development Department (1998);
- BANCO MUNDIAL E ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *A framework for the design and implementation of competition law and policy* (1998);
- GELLHORN, Ernest e KOVACIC, William. *Antitrust law and economics*. West Publishing Co: St. Paul (1994);
- GUASCH, Jose Luis. *The costs and the benefits of regulations: implications for developing countries*. (1997);
- OCDE. *Relationship between regulators and competition authorities*. Series Roundtables on Competition Policy, nº. 22, (1999);
- OLIVEIRA, Gesner e PEREIRA NETO, Caio Mário. *Regulation and competition policy: towards an optimal institutional configuration in the Brazilian telecommunications industry*, in *Brooklyn Journal of International Law*, Volume XXV, N. 2, (1999);
- PETRAZZINI, Ben A. *The political economy of telecommunications reform in developing countries - privatization and liberalization in comparative perspective* (1995);
- READ, William H. e WEINER, Ronald Alan. *FCC reform: does governing require a new standard ?*. *FCC Reform*, nº 18 (1997);
- STIGLER, P. *The theory of economic regulation*. *2 Bell Journal of Economics* 3 (1971);
- WILLIAMSON, Oliver E., *Antitrust Economics*. (1987).

LEI MÍNIMA. LGT.
REGULAMENTO DOS
SERVIÇOS DE
TELECOMUNICAÇÕES



REDES DE TELECOMUNICAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

Antes de se proceder à análise das características regulatórias do serviço de comunicação eletrônica de massa, alguns contornos conceituais sobre telecomunicação, redes e serviços de telecomunicação devem ser discutidos.

2. TELECOMUNICAÇÃO

A definição de rede e de serviço de telecomunicação depende da apreensão inicial do que vem a ser telecomunicação.

Chama-se *comunicação* a interação direta estabelecida entre dois interlocutores (pessoas). A comunicação pressupõe a absorção da informação pela mente do receptor e compreende três etapas: emissão, transmissão e recepção.

Telecomunicação, por sua vez, não se opera entre interlocutores, mas entre meios técnicos. Também compreende emissão, transmissão e recepção, estabelecidas, entretanto, entre elementos técnicos.

Nesses termos, a *telecomunicação* pode ser conceituada como a mediatização da informação que proporciona a comunicação direta, operada por meio de elementos técnicos que possibilitem troca instantânea de informações, com reciprocidade ou não. A telecomunicação compreende, assim considerada, a troca direta e instantânea de sinais que representem informação, operada por meios técnicos, capazes de propiciar, de outra forma, a comunicação natural estabelecida entre interlocutores próximos.

A LGT, em seu art. 60, § 1º, assim define *telecomunicação*: “Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

Do conceito exposto, algumas considerações merecem ser tomadas.

Primeiro, o transporte de informação, na *telecomunicação*, não recebe interferência humana. É realizado por meio técnico, isto é, eletromagnético, de qualquer natureza (fio, radioeletricidade, meios ópticos ou quaisquer outros). Interessante notar, nesse aspecto, que o meio técnico utilizado não caracteriza ou delimita o conceito de *telecomunicação*. Em outras palavras, *telecomunicação* não se refere a um determinado ambiente técnico (rede).

Segundo, o transporte de informação, na *telecomunicação*, é instantâneo: o armazenamento intermediário de informações não descaracteriza a instantaneidade, porque esta se referencia aos meios técnicos (a transferência é instantânea entre os meios técnicos) e não aos interlocutores.

Terceiro, o transporte de informação é elemento caracterizador da *telecomunicação*. Deve-se concluir, portanto, que o mero armazenamento de informação não constitui *telecomunicação*. Este ponto, entretanto, não é consensual entre os doutrinadores, assumindo parte da Doutrina que o armazenamento integra o processo e, portanto, o conceito de telecomunicação.

Quarto, a reciprocidade não é elemento essencial à definição de *telecomunicação*, a despeito de o desenvolvimento tecnológico moderno possibilitar, cada vez mais, a reciprocidade entre os interlocutores.

Quinto, a informação transmitida por meio de *telecomunicação* compreende todo o tipo de sinais existentes (escritos, imagens, sons, dados, etc...). Note-se, neste aspecto, que o tipo de informação transmitida não é capaz de caracterizar ou delimitar o conceito de *telecomunicação*. Em outras palavras, *telecomunicação* não se refere a um determinado tipo de serviço prestado.

3. REDE DE TELECOMUNICAÇÃO

Rede de telecomunicação, por sua vez, conceitua-se como meios organizados de telecomunicação. Compreende o sistema ou conjunto de meios técnicos, de natureza corpórea ou incorpórea, através dos quais é efetuado o transporte de mensagens ou informações entre pontos determinados.

O Regulamento Geral de Interconexão (Resolução nº 40/98 – ANATEL), em seu art. 3º, inc. VII, define como *rede de telecomunicações* o “conjunto operacional contínuo de circuitos e equipamentos, incluindo funções de transmissão, comutação, multiplexação ou quaisquer outras indispensáveis à operação de serviço de telecomunicações”.

Do conceito enunciado, algumas observações merecem atenção.

Primeiro, o conjunto de equipamentos deve ser operacional, isto é, deve possibilitar o transporte de informações.

Segundo, os elementos técnicos devem ser considerados em atenção às funções que são capazes de exercer, e não em suas características intrínsecas.

Terceiro, as funções exercidas pelas redes são tidas como indispensáveis à operação do serviço de telecomunicações.

Quarto, rede de telecomunicação pressupõe múltiplos usuários (ao menos três).

Quinto, as redes são compostas de elementos corpóreos (cabos e fios de cobre, cabos e fios ópticos, cabos coaxiais, condutores e circuitos, edifícios, receptores, radioeletricidade, dispositivos de comutação, equipamentos, etc...) e incorpóreos (programas de computador, protocolos necessários à transmissão de informações, servidões de passagem, direito ao uso de radiofrequência, etc...).

Sexto, quanto às funções, as redes possuem atividade fim, que é a transmissão de informações, e atividade meio (comutação, multiplexação), capazes de proporcionar conexões.

Sétimo, sobre uma mesma base técnica (infra-estrutura), pode-se identificar diversas redes de telecomunicações, cada uma configurando sistemas distintos, capazes de assegurar transmissões distintas entre si.

4. CONVERGÊNCIA DE REDE

O fenômeno da digitalização, caracterizado pela discreção do sinal analógico através da codificação dos sinais em seqüência de bits, contribuiu para a fungibilização qualitativa da informação, isto é, para unir em um único tipo técnico as diversas qualidades (tipos; por exemplo: voz, dados e imagens) de informação transportada.

Esse avanço tecnológico, por sua vez, contribuiu para a progressiva desvinculação entre a qualidade da informação transportada (o serviço prestado) e o meio técnico empregado (a rede utilizada). Conclui-se, aqui, que a digitalização capacita a uma mesma infra-estrutura abarcar diversos serviços de telecomunicações. A esse fenômeno dá-se o nome de *convergência de redes*.

A convergência de redes assiste a três estágios de evolução. No primeiro estágio, cada rede é capaz de prestar apenas um determinado serviço de telecomunicação. No segundo estágio, uma mesma rede pode propiciar, em níveis distintos de qualidade, diversos serviços de telecomunicação (por exemplo: televisão digital, acesso à internet, videoconferência, telefonia fixa, telefonia celular, transmissão de dados, etc...). No terceiro estágio, as redes convergem para uma plataforma única, a qual ainda não foi alcançada em nosso momento histórico por limitações de ordem técnica e econômica.

5. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES

Serviço de telecomunicações pode ser definido como a oferta de acesso a uma dada rede de telecomunicações, capaz de propiciar ao seu usuário a utilidade desejada, qual seja, a intenção de se comunicar mediante o efetivo uso da rede de telecomunicação. Prestador de *serviço de telecomunicações* é, portanto, aquele que oferta ao usuário o uso de rede de telecomunicação.

Para a LGT (art. 60), *serviço de telecomunicação* é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. O Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (Resolução nº 73/98 – ANATEL), por sua vez, conceitua *serviço de telecomunicações* como “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

Há dois critérios básicos para se definir o *serviço* de telecomunicação: o da atividade realizada e o da utilidade produzida. A ANATEL (Res. nº 73/98, art. 22) elegeu o critério da utilidade produzida: “Os serviços de telecomunicações serão definidos em vista da finalidade para o usuário, independentemente da tecnologia empregada e poderão ser prestados através de diversas modalidades definidas nos termos do art. 69 da Lei nº 9.472, de 1997”.

Conclui-se, nesse contexto, que o serviço de telecomunicação não se define pelo meio técnico empregado, mas pela utilidade produzida, o que está em consonância com a crescente convergência de redes, produzida pelo desenvolvimento tecnológico.

Observe-se, ainda, que a LGT conferiu à ANATEL competência para definir qual seja, e qual não seja, serviço de telecomunicações. Assim considerado, o art. 3º do RST não considera serviço de telecomunicação o provimento de capacidade de satélite, a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações e os serviços de valor adicionado.

O *serviço de valor adicionado* (LGT, art. 61) constitui a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. No § 1º ao art. 61, afirma-se que o serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações. Como exemplos, cite-se as atividades de *call center*, o comércio eletrônico e o provimento de conteúdo por páginas de *internet* (MC, Portaria nº 148/1995 e STJ, Recurso Especial nº 456.650/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 08/09/2003).

Neste último caso (provedor de *internet*), parte da Doutrina e precedentes judiciais (STJ, Recurso Especial nº 323358/PR) consideram a atividade serviço de telecomunicações, porquanto envolve mero acesso à rede de telecomunicação.

Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, bem como o serviço de TV a Cabo, a despeito de configurarem serviços de telecomunicações, não se vinculam à LGT, mas a regimes jurídicos próprios (arts. 211 e 215, inc. I, da LGT, Lei nº 4117/62 e Lei nº 8977/1995).

Os serviços de telecomunicações compõem-se de atributos (âmbito de prestação e conteúdo da informação transmitida), modalidades (forma da rede de telecomunicação empregada, meios de transmissão e tecnologia empregados) e utilidade/finalidade para o usuário.

O serviço telefônico fixo comutado (STFC), por exemplo, adota como utilidade a comunicação entre pontos fixos determinados, como atributos a transmissão de voz ou outros sinais local, em longa distância nacional e em longa distância internacional e como modalidade os processos de telefonia (RSTFC, art. 3º, inc. XX), isto é, aqueles que (RSTFC, art. 3º, inc. XV) permitem a comunicação entre pontos fixos determinados, de voz e de outros sinais, utilizando técnica de transmissão nos modos 3,1 kHz-voz ou 7 hHz-áudio ou até 64 kbits/s irrestrito, por meio de fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético.

O serviço de comunicação multimídia (SCM), por sua vez, adota como utilidade a comunicação entre pontos fixos, como atributos a transmissão internacional, nacional, regional ou local de *informação multimídia* (Res. nº 272/2001 – ANATEL, art. 4º, inc. I: sinais de áudio, vídeo, dados, voz e outros sons, imagens, textos e outras informações de qualquer natureza), que não se confunda com o STFC, os serviços de comunicação de massa (radiodifusão, tv a cabo, distribuição de sinais multiponto multicanal, distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite) ou quaisquer outros sinais de vídeo e áudio irrestrito (Súmula nº 06, de 24/01/2002), e como modalidade quaisquer meios eletromagnéticos, inclusive radiofrequência, desde que não sejam meios característicos de prestação de STFC (Res. 272/2001 - ANATEL, art. 66), em especial o encaminhamento de tráfego telefônico por meio da rede de SCM simultaneamente originado e terminado nas redes do STFC, e desde que o sinal transportado seja recebido direta e livremente pelo público em geral como ocorre no serviço de radiodifusão, ou distribuído de forma simultânea para os assinantes, como se dá nos serviços de TV a cabo, MMDS e DTH (Resolução 328/2003 – ANATEL, item 3.4.2 do termo de autorização de SCM).

6. REGIME JURÍDICO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES

Os serviços de telecomunicação, quanto ao regime jurídico em que são prestados, classificam-se em público ou privado, e quanto à abrangência dos interesses que atendem, classificam-se em interesse coletivo e interesse restrito (LGT, arts. 62 e 63).

6.1. PRESTAÇÃO EM REGIME PÚBLICO

6.1.1. CONCEITO

Os serviços prestados em regime público são aqueles de interesse coletivo cuja existência, universalização e continuidade a própria União compromete-se a assegurar (LGT, art. 64).

6.1.2. TIPOS

No regime da LGT, é de regime público o STFC (art. 64, § 1º da LGT e art. 13 do RST). Em diplomas legais específicos, sujeitam-se ao regime público os serviços de TV a cabo e móvel celular. E cabe ao Poder Executivo instituir ou eliminar a prestação de serviço em regime público, bem como aprovar o plano geral de outorgas dos serviços prestados em regime público (LGT, art. 18, *caput* e incisos).

6.1.3. UNIVERSALIZAÇÃO

A universalização do serviço está ligada ao objetivo de ofertar o acesso a qualquer cidadão e em qualquer localidade, independentemente de tal prestação possuir viabilidade econômica ou não (LGT, art. 79, § 1º).

6.1.4. CONTINUIDADE

A continuidade refere-se à fruição ininterrupta do serviço, sem qualquer paralisação injustificada, em condições adequadas de uso (LGT, art. 79, § 2º). Admite-se a interrupção circunstancial em razão de emergência, motivada por questões de ordem técnica ou de segurança nas instalações (RST, art. 45).

6.1.5. CONCESSÃO

A *concessão* é o instrumento contratual utilizado para a prestação de serviço em regime público. Define-se concessão de serviço de telecomunicações como (LGT, art. 83, parágrafo único): “*a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e prejuízos que causar*”.

A outorga de concessão depende de licitação (LGT, art. 88), salvo nas hipóteses de inviabilidade (quando apenas um interessado puder realizar o serviço) ou desnecessidade (quando a exploração do serviço puder ser realizada por todos os interessados que atendam às condições requeridas) do processo licitatório (LGT, art. 91, *caput* e §§ 1º e 2º).

O contrato de concessão deve conter, entre outros elementos (LGT, art. 93), a exata definição do objeto de concessão (natureza do serviço, área e prazo), regras sobre universalização e continuidade do serviço, condições de prorrogação, tarifas e a indicação dos bens reversíveis.

A transferência do contrato de concessão é admissível, desde que conte o serviço prestado com três anos, ao menos, e o cessionário preencha os requisitos da outorga (LGT, art. 98).

O prazo máximo do contrato de concessão é de vinte anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período (LGT, art. 99). A prorrogação poderá ser obstada pela ANATEL em caso de comprovada reorganização do objeto ou da área de concessão (LGT, art. 99, § 3º).

O titular da concessão dependerá de prévia autorização da ANATEL (LGT, art. 97) nas hipóteses de cisão, fusão, transformação, incorporação, redução do capital da empresa ou transferência de controle societário.

Os bens reversíveis deverão ser entregues à União com a extinção da concessão (LGT, art. 102), admitindo-se a indenização em favor do concessionário, se restituídos antes de expirado o prazo contratual, a qual compreenderá os investimentos realizados para garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido (LGT, art. 102, parágrafo único).

A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da ANATEL (LGT, art. 101).

6.1.6. PERMISSÃO

Apenas em hipóteses excepcionais admite-se o uso da *permissão* (LGT, art. 118), em especial nos casos em que a execução do serviço estiver comprometida, não sendo possível aguardar-se a concretização de intervenção ou outorga de nova concessão.

A permissão depende de licitação, realizada por procedimento simplificado (LGT, art. 119). Extingue-se a permissão pelo advento do prazo (salvo prorrogação, LGT, art. 124), revogação (derivada de razões de conveniência e oportunidade supervenientes à permissão, LGT, art. 123), caducidade ou anulação.

6.1.7. CONCOMITÂNCIA ENTRE REGIME PÚBLICO E REGIME PRIVADO

A prestação do serviço em regime público, entretanto, não exclui a possibilidade de sua prestação em regime privado, com o intuito de assegurar a concorrência (LGT, art. 65, inc. III).

6.1.8. TARIFAS

A remuneração devida às concessionárias está sujeita à política tarifária impositiva do órgão regulador (RST, art. 47), o qual apenas poderá autorizar a prática de preços livres se a estrutura concorrencial do mercado considerado a recomendar (LGT, art. 104 e RST, art. 48).

É possível a concessão, pelo concessionário, de desconto na tarifa, caso a redução se baseie em critério objetivo e favoreça indistintamente todos os usuários (arts. 106 e 107).

6.1.9. SERVIÇO ADEQUADO

A prestação do serviço em regime público deve ser adequada, assim entendida aquela que preencha os requisitos de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas (RST, art. 46 e parágrafos).

6.1.10. INTERVENÇÃO

Admite-se a intervenção, a ser decretada pela ANATEL, sempre que o concessionário (LGT, art. 110) paralisar a prestação do serviço, prestá-lo de modo inadequado, incorrer em desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de má-administração, praticar faltas graves, desconsiderar metas de universalização, recusar a interconexão ou praticar infração à ordem econômica.

6.1.11. EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

Opera-se a extinção da concessão nas hipóteses de advento do termo contratual (LGT, 112), encampação (hipótese em que a União retoma o serviço, mediante lei específica e fundada em razão extraordinária de interesse público, LGT, art. 113), caducidade (quando houver falta imputável ao concessionário, dentre aquelas elencadas no art. 114 da LGT), rescisão (de iniciativa do concessionário, a rescisão está fundada na excessiva onerosidade do contrato, derivada de ação ou omissão do Poder Público, LGT, art. 115) ou anulação (decretada pela ANATEL, é cabível em caso de nulidade absoluta do contrato de concessão, LGT, art. 116).

6.2. PRESTAÇÃO EM REGIME PRIVADO

6.2.1. CONCEITO

Os *serviços prestados em regime privado* não estão sujeitos a obrigações de universalização e continuidade, nem prestação assegurada pela União (RST, art. 14). A sua prestação vincula-se aos princípios constitucionais da atividade econômica (LGT, art. 126) e a intervenção do órgão regulador será mínima (LGT, art. 128 e RST, art. 54), com vistas a garantir a livre competição, o equilíbrio concorrencial e as necessidades dos usuários, bem como a otimização dos recursos econômicos, o desenvolvimento tecnológico e o desenvolvimento industrial (LGT, art. 127).

6.2.2. AUTORIZAÇÃO

O instrumento contratual utilizado para a prestação em regime privado é a *autorização*, a qual pode ser definida como (LGT, art. 131, § 1º) “*o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias*”.

Possui direito à autorização aquele que preencher as condições objetivas (LGT, art. 132) e subjetivas (LGT, art. 133) exigíveis.

Entre as condições objetivas, cite-se a disponibilidade de radiofrequência e a apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis.

Entre as condições subjetivas, cite-se a constituição do autorizatário segundo as leis brasileiras, a ausência de impedimento para contratar com o Poder Público, a detenção de qualificação técnica e capacidade econômico-financeira para a prestação do serviço, bem como não possuir, na mesma área, autorização ou concessão para a prestação da mesma modalidade de serviço de telecomunicações.

A expedição da autorização poderá ser condicionada à celebração de compromisso (LGT, art. 135) no interesse da coletividade, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

O descumprimento dos compromissos assumidos sujeita o autorizatário às sanções de multa, suspensão temporária ou caducidade (LGT, art. 137).

Em regra, não se limita o número de autorizações a ser expedida, salvo nos casos de impossibilidade técnica ou quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo (LGT, art. 136). Em caso de limitação ao número de autorizações, haverá procedimento licitatório (LGT, art. 136, § 1º).

6.2.3. LIBERDADE TARIFÁRIA

A prática de preços é livre (LGT, art. 129), salvo nos casos em que a impossibilidade técnica ou o comprometimento da prestação do serviço de interesse coletivo impossibilite a inexistência de limite ao número de autorizatários. Em tais hipóteses, haverá política tarifária, como definida em processo licitatório.

6.2.4. REVERSÃO: DISPENSA

Por fim, os bens utilizados pelos prestadores em regime privado são de propriedade destes e não estão sujeitos à reversão (salvo o espectro de radiofrequência, que constitui bem público: LGT, art. 157).

6.2.5. A NÃO-ADMISSÃO DO DIREITO ADQUIRIDO

As condições de prestação do serviço em regime privado não constituem direito adquirido do autorizatário. Ao contrário, *“a prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação”* (LGT, art. 130).

6.2.6. EXTINÇÃO DA AUTORIZAÇÃO

A autorização não possui termo final, mas poderá ser extinta por meio de cassação (no caso de perda das condições subjetivas ou objetivas à expedição ou manutenção da autorização, LGT, art. 139), caducidade (em caso de prática de infrações graves pelo autorizatário, LGT, art. 140), decaimento (decorrente de razões de excepcional relevância pública, hábeis a autorizar a ANATEL a vedar a prestação do serviço ou suprimir a sua exploração no regime privado, LGT, art. 141), renúncia (hipótese em que o autorizatário manifesta o seu desinteresse pela autorização, LGT, art. 142) e anulação (em caso de nulidade do ato de autorização, LGT, art. 143).

7. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES PRESTADO NO INTERESSE COLETIVO

O *serviço de interesse coletivo* é aquele (RST, art. 17) cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias e suficientes ao atendimento dos interesses da coletividade.

O *serviço de interesse coletivo* pode ser prestado em regime público ou privado. A rede de telecomunicação que confere suporte a serviço de interesse coletivo, no regime público ou privado, está sujeita à interconexão (RST, art. 59, RGI, art. 12 e LGT, arts. 145 e 146). É livre a interconexão de redes que prestam suportes a serviços prestados no regime privado (LGT, art. 148).

8. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES PRESTADO NO INTERESSE RESTRITO

O *serviço de interesse restrito* (RST, art. 18) é aquele destinado ao uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, em especial condicionamentos necessários a impedir que a prestação do serviço de interesse restrito venha a prejudicar a prestação do serviço de interesse coletivo (LGT, art. 145, parágrafo único e RST, art. 18, parágrafo único).

O *serviço de interesse restrito* deve ser prestado apenas no regime privado (RST, art. 19) e a autorização para a sua prestação independe de licitação, salvo se demandar o uso de radiofrequência (RST, art. 65). A remuneração da prestadora se dará por livre imposição de preço (RST, art. 68).

A rede de telecomunicação que conferir suporte à prestação de serviço de interesse restrito não poderá ser objeto de interconexão com outra rede que confira suporte a serviço de interesse restrito ou coletivo (RST, art. 71, incs. I e II). A prestadora de serviço de interesse restrito não poderá contratar diretamente com prestadora de serviço de interesse coletivo, devendo a interligação, nessa hipótese, ocorrer em caráter de acesso ao usuário (RST, art. 71, inc. III).

9. INTERCONEXÃO

Interconexão é a ligação entre 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 (LGT, art. 145, parágrafo único e RST, art. 58, parágrafo único).

O provimento de interconexão deve ser realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço (LGT, art. 152).

Ponto de interconexão, por sua vez, é o elemento de rede empregado como ponto de entrada ou saída para o tráfego a ser cursado na interconexão com outra rede, constituindo o ponto de referência para definição dos deveres e obrigações de cada uma das partes envolvidas no contrato de interconexão (Regulamento Geral de Interconexão - Resolução nº 40/98-ANATEL, art. 3º, inc. IX). A interconexão deve ser feita em pontos tecnicamente viáveis da rede da prestadora que recebe o pedido de interconexão (RGI, art. 13).

Não se considera *interconexão* a ligação entre rede de telecomunicações de suporte a serviço de telecomunicação de interesse coletivo e equipamento terminal ou rede de telecomunicação pertencente a usuário ou provedor de serviço de valor adicionado (RGI, art. 5º).

A rede de telecomunicação que confere suporte a serviço de interesse coletivo, no regime público ou privado, está sujeita à interconexão (RST, art. 59, RGI, art. 12 e LGT, arts. 145 e 146). É livre a interconexão de redes que prestam suportes a serviços prestados no regime privado (LGT, art. 148).

O contrato de interconexão é de livre negociação entre as partes, e sua eficácia está sujeita à homologação pela ANATEL (RGI, art. 41 e LGT, art. 153 e parágrafos). Não havendo acordo, a ANATEL, se provocada, arbitrar as condições para a interconexão.

Se necessário à implementação da interconexão, a prestadora objeto do pedido deverá compartilhar os seus meios, aqui compreendidos os equipamentos, infra-estrutura, facilidades, etc... (RGI, art. 33).

A infra-estrutura de prestadora cuja rede estiver sujeita a pedido de interconexão deverá dispor de área suficiente, próxima ao ponto de interconexão, para a instalação de equipamentos de terceiros, a serem utilizados para a interconexão (RGI, art. 34).

A rede de telecomunicação que conferir suporte à prestação de serviço de interesse restrito não poderá ser objeto de interconexão com outra rede que confira suporte a serviço de interesse restrito ou coletivo (RST, art. 71, incs. I e II). A prestadora de serviço de interesse restrito não poderá contratar diretamente com prestadora de serviço de interesse coletivo, devendo a interligação, nessa hipótese, ocorrer em caráter de acesso ao usuário (RST, art. 71, inc. III).

Não se considera interconexão o uso da infra-estrutura de rede alheia com o intuito de construir a sua própria rede de telecomunicação. A esse direito, que corresponde ao conceito de desagregação de elementos de rede (*unbundling*), relaciona-se à idéia de que, nas redes de acesso local, não basta a interconexão, mas deve ser assegurado ao concorrente viabilidade técnica para que este construa a sua própria rede.

10. DESAGREGAÇÃO, USO INDUSTRIAL
E COMPARTILHAMENTO DE MEIOS

Chama-se desagregação de elementos de rede (*unbundling*) o uso da infra-estrutura de rede alheia com o intuito de construir a sua própria rede de telecomunicação. Nas redes de acesso local, não basta a interconexão: deve ser assegurado ao concorrente viabilidade técnica para que este construa a sua própria rede, a partir dos elementos da rede local existente (LGT, art. 155).

Ao prestador de STFC é assegurado o direito à desagregação de elementos de rede (LGT, art. 155 e RGI, art. 39): “As prestadoras de serviço de interesse coletivo devem tornar disponível, em condições justas e não discriminatórias, facilidades, tais como cabos, fibras, dutos, postes, torres dentre outras, para uso, quando solicitado, pelas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado com a finalidade específica destas construírem suas redes”.

Na desagregação de elementos de rede, a prestadora titular da rede a ser desagregada deverá ofertar os elementos de rede individualmente, no interesse do outro prestador, não podendo exigir a oferta casada de diversos elementos de rede.

O uso industrial, ou *exploração industrial de meios*, corresponde ao acordo estabelecido, em bases justas e não discriminatórias, entre prestadoras de serviços de interesse coletivo (LGT, art. 154, RST, arts. 60, inc. I e 61, e RGI, art. 40), com o intuito de compartilhar meios em benefício da prestação do serviço de telecomunicações aos seus usuários.

O uso industrial deve ser incentivado sempre que houver viabilidade técnica (LGT, arts. 2º, inc. III, 3º, inc. II, e 5º), porquanto reduz o custo de implantação e manutenção de rede. Mesmo o espectro de radiofrequência é passível de compartilhamento, por meio da tecnologia MVNO. A LGT, entretanto, não condiciona o espectro de radiofrequência ao compartilhamento.

Se necessário à implementação da interconexão, a prestadora objeto do pedido deverá *compartilhar os seus meios*, aqui compreendidos os equipamentos, infra-estrutura, facilidades, etc... (RGI, art. 33).

A infra-estrutura de prestadora cuja rede estiver sujeita a pedido de interconexão deverá dispor de área suficiente, próxima ao ponto de interconexão, para a instalação de equipamentos de terceiros, a serem utilizados para a interconexão (RGI, art. 34).

11. DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ÀS REDES
DE SUPORTE DE SERVIÇOS DE INTERESSE
COLETIVO

A rede de telecomunicação que confere suporte a serviço de interesse coletivo, no regime público ou privado, está sujeita à interconexão (RST, art. 60, RGI, art. 12 e LGT, arts. 145 e 146).

Se necessário à implementação da interconexão, a prestadora objeto do pedido deverá compartilhar os seus meios, aqui compreendidos os equipamentos, infra-estrutura, facilidades, etc... (RGI, art. 33).

A infra-estrutura de prestadora cuja rede estiver sujeita a pedido de interconexão deverá dispor de área suficiente, próxima ao ponto de interconexão, para a instalação de equipamentos de terceiros, a serem utilizados para a interconexão (RGI, art. 34).

No que se refere ao uso do espectro de radiofrequência, as prestadoras de serviço no interesse coletivo deterão prioridade sobre aquelas que o prestam no interesse restrito (RST, arts. 42, § 1º e 74).

Se o serviço de interesse coletivo for prestado sob o regime privado, os bens utilizados são de propriedade dos prestadores e não estão sujeitos à reversão (salvo o espectro de radiofrequência, que constitui bem público: LGT, art. 157).

12. DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ÀS REDES
DE SUPORTE DE SERVIÇOS DE INTERESSE
RESTRITO

A rede de telecomunicação que conferir suporte à prestação de serviço de interesse restrito não poderá ser objeto de interconexão com outra rede que confira suporte a serviço de interesse restrito ou coletivo (RST, art. 71, incs. I e II).

A prestadora de serviço de interesse restrito não poderá contratar diretamente com prestadora de serviço de interesse coletivo, devendo a interligação, nessa hipótese, ocorrer em caráter de acesso ao usuário (RST, art. 71, inc. III).

A prestadora de serviço de interesse restrito poderá, entretanto, celebrar acordo de exploração industrial de meios (uso industrial) com prestadora de serviço de interesse coletivo, com o intuito de facilitar a construção de acesso à rede que preste serviço de interesse coletivo (RST, art. 72).

A prestadora de serviço de interesse restrito poderá, também, pactuar o uso de infra-estrutura alheia, pertencentes a entes públicos ou não, necessária à prestação do serviço (RST, art. 73).

No serviço de interesse restrito, os bens utilizados são de propriedade dos prestadores e não estão sujeitos à reversão (salvo o espectro de radiofrequência, que constitui bem público: LGT, art. 157).

13. LEI MÍNIMA

A Lei 9295, de 19 de junho de 1996, buscou regulamentar, em caráter provisório, a exploração dos serviços de telecomunicações, em especial do serviço móvel celular, do serviço de sinais de telecomunicações por satélite e a utilização da rede pública de telecomunicações para a prestação de serviço de valor adicionado. Subsidiariamente, aplicar-se-iam as Leis 4117/62, 8987/95 e 9074/95.

No que respeita ao Serviço Móvel Celular, definiu-o a Lei Mínima como (art. 2º, § 1º) “o serviço de telecomunicações móvel terrestre, aberto à correspondência pública, que utiliza sistema de radiocomunicações com técnica celular, conforme definido na regulamentação, interconectado à rede pública de telecomunicações, e acessado por meio de terminais portáteis, transportáveis ou veiculares, de uso individual”.

Pela Lei Mínima, a exploração de SMC depende de concessão, outorgada por licitação pelo prazo de quinze anos, renovável por iguais períodos, a empresas constituídas segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País (arts. 3º e 11).

Os exploradores de SMC estão sujeitos à interconexão de redes (art. 3º, parágrafo único, da Lei Mínima), em condições adequadas, equânimes e não discriminatórias.

14. A LEI N 8987/95: INSTITUTOS

A Lei nº 8987/95 regulamenta o art. 175 da CF/88, ao disciplinar os contratos de concessão e permissão para a prestação de serviço público, aqui incluído os serviços de TV a Cabo, como acima referido.

14.1. HIPÓTESES DE INTERRUPTÃO NO SERVIÇO

A interrupção na prestação do serviço descumpra o princípio da adequação (art. 6º, Lei nº 8987/95), porquanto fere a continuidade do serviço. As exceções ao dever de continuidade estão previstas no § 3º ao art. 6º, Lei nº 8987/95, sendo o qual são lícitas as interrupções decorrentes de razões de ordem técnica ou segurança nas instalações, ou ainda de inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

14.2. TARIFAS

A prestação do serviço está sujeita à tarifa fixada no contrato, conforme o preço da proposta vencedora da licitação (art. 9º, Lei nº 8987/95), admitindo-se a revisão das tarifas, como meio de se preservar o equilíbrio econômico-financeiro, em especial nas hipóteses de alteração da carga tributária incidente (art. 9º, § 3º, Lei nº 8987/95).

Admite-se a diferenciação tarifária, em função de características técnicas ou de custos específicos, relacionados ao atendimento de usuários pertencentes a segmentos distintos (art. 13, Lei nº 8987/95).

14.3. CONCESSÃO

A concessão para a prestação do serviço depende de prévia licitação (art. 14, Lei nº 8987/95). O contrato de concessão, por sua vez, possui os seguintes elementos, dentre outros (art. 23, Lei nº 8987/95): objeto, área e prazo da concessão, forma de prestação do serviço, regras tarifárias e indicação dos bens reversíveis.

14.4. DEVERES DOS EXPLORADORES DO SERVIÇO

Incumbe ao concessionário a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder pelos prejuízos causados (art. 25, Lei nº 8987/95). E, nos termos do art. 31 da Lei nº 8987/95, o concessionário deve prestar serviço adequado, manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão, prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, cumprir o contrato de concessão, facilitar a fiscalização, preservar os bens e gerenciar os recursos financeiros captados.

14.5. SUBCONCESSÃO E TRANSFERÊNCIA

Admite-se a subconcessão, desde que autorizado pelo poder concedente (art. 26, Lei nº 8987/95). A outorga dependerá de concorrência e o cessionário assumirá todos os direitos e obrigações do cedente, nos limites da subconcessão.

Admite-se, ainda, a transferência da concessão, mediante a autorização do poder concedente, cuja falta implicará em caducidade da concessão (art. 27, Lei nº 8987/95). A transferência apenas será efetiva se o concessionário atender às exigências necessárias para assumir a concessão (art. 27, parágrafo único, incs. I e II, Lei nº 8987/95).

14.6 INTERVENÇÃO

A intervenção poderá ser determinada pelo poder concedente com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço e o fiel cumprimento do contrato (art. 32, Lei nº 8987/95).

14.7 EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

A concessão se extingue (art. 35, Lei nº 8987/95) pelo advento do termo, encampação (retomada da prestação do serviço pelo Poder Público, por motivo de interesse público, reconhecido em lei específica e mediante o pagamento de indenização ao concessionário), caducidade (quando houver prestação inadequada do serviço, falta grave ou descumprimento de sanções impostas ao concessionário, bem como na hipótese de perda das condições econômicas para a prestação do serviço), rescisão (requerida pelo concessionário, nas hipóteses em que o poder concedente não cumprir com as suas obrigações contratuais) ou anulação (existência de vício formal insanável no ato de concessão).

14.8 PERMISSÃO

Caracteriza-se pela precariedade e possibilidade de revogação unilateral do contrato pelo poder concedente. Submete-se à licitação e é formalizada por meio de contrato de adesão (art. 40, Lei nº 8987/95).

15. PLANEJAMENTO DE USO DO ESPECTRO

A. Regulamentação

A- i. Regulamento de Uso do Espectro

O espectro de radiofrequências constitui recurso limitado e, portanto, administrado pelo órgão regulador como bem público (LGT, 157). Corresponde a uma parte do espectro eletromagnético, abaixo de 3000 GHz, que se propaga no espaço sem guia artificial (RUER, art. 4º, XXI).

O espectro se divide em faixas de radiofrequência (RUER, 4º, XXIII), a qual, por sua vez, se subdivide em canais, os quais podem conter uma ou mais radiofrequências portadoras (RUER, 4º, X).

Conceitua-se radiocomunicação como a modalidade de telecomunicação que utiliza frequências radioelétricas não confinadas a fios, cabos ou outros meios físicos (LGT, 162, § 1º).

Observados os tratados internacionais sobre o tema (LGT, 158, em especial, o Regulamento de Radiocomunicações da UIT), o uso do espectro de radiofrequências está condicionado à observância dos seguintes princípios:

- i) preponderância dos tratados internacionais (LGT, 158);
- ii) emprego racional, adequado, eficiente e econômico do espectro (LGT, 159 e 160), com o fito de promover, por meio da exploração dos serviços de telecomunicações, o desenvolvimento tecnológico, econômico e social do País, bem como garantir a segurança e a defesa nacional (RUER, 3º);

- iii) prevenção contra interferência prejudicial (LGT, 159, *caput* e parágrafo único e RUER, 4º, XXV), assim considerada qualquer emissão, irradiação ou indução que obstrua, degrade seriamente ou interrompa repetidamente a telecomunicação; aplica-se à hipótese os procedimentos de fiscalização (RUER, 63 a 65) e coordenação (RUER, 4º, XIII, 66 a 77);
- iv) prevalência do interesse público, podendo a Agência restringir o emprego de determinadas radiofrequências ou faixas (LGT, 160 e RUER, 10);
- v) uso adequado da radiofrequência, assim entendido o uso compatível com a atividade ou serviço a ser prestado, em especial no que se refere à potência, faixa de transmissão e técnica empregada (LGT, 160, parágrafo único);
- vi) inexistência de direito adquirido ao uso de determinada radiofrequência, podendo a Agência, a qualquer tempo, modificar a destinação de radiofrequências ou faixas, a potência ou outras características técnicas, observado o interesse público e os tratados internacionais. A Agência deverá conferir ao usuário, entretanto, prazo razoável para a efetivação da mudança (LGT, 161 e RUER, 5º, *caput* e parágrafo único);
- vii) necessidade de licença prévia para funcionamento de estação transmissora de radiocomunicação (conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicações, seus acessórios e periféricos, e quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis – RUER, 4º, XXII), a qual se sujeitará à fiscalização permanente da Anatel (LGT, 162 e RUER, 4º, XXVII);
- viii) necessidade de certificação expedida ou aceita pela Agência, para fins de utilização de equipamentos emissores de radiofrequência (LGT, art. 162, § 2º); e
- ix) necessidade de prévia outorga da Agência, mediante autorização e verificação de requisitos (RUER, 6º), para uso de radiofrequência, com ou sem caráter de exclusividade (LGT, 163), exclusive o uso de radiofrequência por equipamento de radiação restrita (ISM – uso industrial, científico ou medicinal, RUER, 2º, parágrafo único) ou pelas Forças Armadas (LGT, 158, § 2º e Norma Anatel B-1), nas faixas destinadas a fins exclusivamente militares.

A-ii. A Resolução nº. 259, de 19/04/2001

A Resolução nº. 259, de 19/04/2001, regulamenta o uso do espectro de radiofrequências, ao disciplinar as suas condições de utilização, nos termos dos arts. 1º, parágrafo único e 19, incs. VIII e IX, da LGT e dos tratados internacionais em vigor no Brasil.

A-iii. Da autorização para uso de radiofrequência

A autorização para o uso de radiofrequência por ser definida como o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações (RUER, 18), que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares (LGT, 163, § 1º e RUER, 17).

Não estão sujeitos à autorização: estações receptoras (RUER, 17, §§ 1º e 2º), uso de radiofrequência por meio de equipamentos de radiação restrita (RUER, 23, I), uso de radiofrequência pelas Forças Armadas (RUER, 23, II).

O processo administrativo vinculado à emissão de autorização para uso de radiofrequência compreende as seguintes fases: (a) requerimento (RUER, 25, 26 e 27), (b) procedimento (RUER, 30 a 43), (c) licitação, se for o caso (RUER, 44 a 46), e (d) emissão de autorização, consignação e licença (RUER, 47 a 54), esta na hipótese de funcionamento de estação emissora.

Nas hipóteses de limitação técnica ao uso de radiofrequência e verificado o interesse em sua utilização por mais de um prestador de serviço, ou interessado em expandi-lo (LGT, 164 e 165), observar-se-á procedimento licitatório, nos termos dos arts. 88 a 90 da LGT e arts. 44 a 46 do RUER, sendo a autorização sempre onerosa.

O prazo da autorização coincidirá com o prazo da concessão ou permissão de prestação de serviço de telecomunicações ou, no caso de autorização do serviço, o prazo será de vinte anos, admitida uma única prorrogação por igual período (LGT, 167 e RUER, 55 e 56).

O uso irracional ou inadequado da radiofrequência, a existência de infrações reiteradas ou a necessidade de modificação ou destinação do uso de radiofrequência constituem circunstâncias impeditivas da prorrogação (LGT, 167, § 2º e RUER, 56, § 4º), a qual deverá ser requerida em até três anos do vencimento do prazo original e será sempre onerosa (LGT, 167, § 1º e RUER, 56, §§ 2º e 3º).

A transferência da autorização de uso de radiofrequência depende de concomitante transferência da concessão, permissão ou autorização de prestação do serviço a ela vinculada (LGT, 168 e RUER, 60).

A extinção da autorização do uso de radiofrequência se opera com: (a) o advento do termo (RUER, 61, I), (b) nas hipóteses de transferência irregular (RUER, 60, parágrafo único), (c) nos casos de cassação, caducidade, decaimento, renúncia (RUER, 50) ou anulação da autorização (RUER, 61, II) para a prestação do serviço de telecomunicações que dela se utiliza (LGT, 169), (d) a extinção do contrato de concessão, termo de permissão, ou autorização para a exploração do serviço de telecomunicação associado (RUER, 61, III), (e) a presença de interesse público (RUER, 61, IV), (f) a ausência de pagamento dos valores devidos (RUER, 61, V), e (g) ausência de licença para funcionamento (RUER, 61, VI).

A extinção da outorga antes do prazo estipulado não confere ao interessado direito à indenização (RUER, 62).

B - i. Plano de atribuição

O Plano de Atribuição visa segregar as diferentes faixas de frequência entre as modalidades de serviço de telecomunicações, conforme a atribuição indicada pela UIT ou pela ANATEL.

A atribuição pode ser definida como a inscrição de uma dada faixa de radiofrequência na tabela de atribuição, com o propósito de usá-la, sob condições específicas, por um ou mais serviços de radiocomunicação terrestre ou espacial convencionados pela UIT, ou por serviços de radioastronomia (RUER, art. 4º, VII).

Observados os tratados internacionais sobre o tema (LGT, 158, em especial, o Regulamento de Radiocomunicações da UIT), o interesse público, as destinações, distribuições e consignações preexistentes (RUER, 7º) e a justa competição no setor (RUER, art. 9º, inc. IV), fixa o órgão regulador o Plano de atribuição, distribuição e destinação de radiofrequências (RUER, 8º), hoje representado pelo Ato nº. 34.899, de 27/03/2003.

A destinação das faixas de frequências previamente atribuídas é definida pela ANATEL a uma determinada aplicação, entre os diversos regimes jurídicos de serviço de telecomunicações.

Conceitua-se destinação como a inscrição de um ou mais sistemas ou serviços de telecomunicações, segundo classificação da Agência, no plano de destinação de faixas de radiofrequências editado pela Agência, que vincula a exploração desses serviços à utilização de determinadas faixas de radiofrequência, sem contrariar a atribuição estabelecida (RUER, art. 4º, XV).

A distribuição refere-se aos canais de frequência, quando existentes, e é realizada conforme a destinação das respectivas faixas de frequência. Pode ser definida como a inscrição de uma radiofrequência, faixa ou canal de radiofrequência para uma determinada área geográfica em um plano de distribuição editado pela Agência, sem contrariar a atribuição e a destinação estabelecidas (RUER, art. 4º, XVI).

Na atribuição e destinação, os serviços são listados em duas categorias: primários e secundários, os primeiros representados por letras maiúsculas e os segundos indicados por letras minúsculas com a inicial maiúscula. Os serviços considerados primários detêm direito à proteção contra interferências prejudiciais (RUEP, 4º, XXXVII) e os serviços considerados secundários não possuem tal direito (RUEP, 4º, XXXVIII).

B - ii. Regulamentos sobre canalização e condições de uso de radiofrequência

Os Regulamentos sobre canalização e condições de uso de radiofrequência devem observar o disposto nos arts. 11 a 16 do RUEP e têm por objeto prevenir a ocorrência de interferências prejudiciais mediante a regulação da potência, largura de faixa ocupada e técnica empregada no uso de radiofrequências.

A Agência poderá editar regulamentos específicos sobre a canalização e as condições de uso de radiofrequência (RUEP, 12). Como exemplo, cite a Resolução 72, de 24/11/98, que dispõe sobre a canalização e as condições do uso de radiofrequências de 450 a 470 MHz, fixando-se a largura de faixa ocupada pelo canal em limite não superior a 25 kHz, a potência (de RF na entrada da antena) da estação móvel e fixa em, respectivamente, 25 W e 250 W e determinando-se critérios para as antenas e condições de uso relacionadas à consignação aos pares e frequências de ida e volta vinculadas ao mesmo canal.

Como regra geral, a largura de faixa ocupada deve ser a menor possível, sem prescindir do emprego de outras técnicas que produzam o mesmo resultado (RUEP, 13).

O cumprimento das regras de canalização e condições específicas de uso constitui requisito à outorga de autorização para o uso de radiofrequência (RUEP, 14).

A alteração nas regras sobre canalização e condições de uso, adotada de ofício pela Anatel ou em decorrência de requerimento dos interessados (RUEP, 16), vincula os usuários anteriores, sendo-lhes concedido prazo entre 6 (seis) meses e 8 (oito) anos para a adequação do funcionamento das estações (RUEP, 15).

Na hipótese, poderá a Anatel determinar, compulsoriamente, a substituição ou remanejamento dos enlaces ou sistemas de radiocomunicação (RUEP, 15, § 2º).

A medida também poderá ser requerida pelo usuário, o qual deverá arcar com os custos e obter a anuência da Anatel (RUEP, 15, § 1º).

O não cumprimento das exigências sujeita o usuário à declaração, pela Anatel, de caducidade da autorização (RUEP, 15, § 4º), ou ainda ao uso em caráter secundário (RUEP, 15, § 3º).

B - iii. Regulamento sobre Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência

O preço público pelo direito de uso de radiofrequência é devido em razão da outorga de autorização para o respectivo uso, e não se confunde com as taxas de fiscalização de instalação ou de funcionamento (LGT, art. 51 e Lei 5070/66, art. 6º, §§ 1º e 2º), as quais são devidas, respectivamente, pela emissão do certificado de licença e pela fiscalização do funcionamento das estações.

Regulado nos arts. 57 a 59 do RUEP, o preço público pelo direito de uso de radiofrequência não é exigível nos casos de equipamentos de radiação restrita ou de uso pelas Forças Armadas (RUEP, 58), mas, quando exigível, seu cálculo observará os seguintes critérios (RUEP, 59): (a) largura da faixa de radiofrequência autorizada, (b) área geográfica utilizada, (c) segmento de faixa utilizado, (d) tempo de utilização da radiofrequência, (e) interesse da aplicação ou tipo de serviço (coletivo ou restrito), (f) número de habitantes do município atendido, e (g) formas distintas de uso (exclusivo ou não exclusivo).

A Resolução nº. 68, de 20/11/1998, regulamenta o preço público pelo direito de uso de radiofrequência, o qual varia em proporção direta da largura de faixa, área geográfica, tempo de uso, frequência, uso exclusivo e restrito.

Fatores como uso não exclusivo, utilização de radiofrequência para serviço de comunicação de massa, serviço de radiodifusão, estações de serviços com finalidade científica e sistema ponto-área com número de habitantes inferiores a 450.000 acarretam a diminuição do preço público devido para uso da radiofrequência.

Serviços de radioamador, rádio do cidadão, estações costeiras, estações a bordo de navios, estações portuárias do serviço móvel marítimo, estações a bordo de aeronaves, estações aeronáuticas do serviço móvel aeronáutico e radiodifusão comunitária, os preços devidos são fixos em reais, por consignação de radiofrequência (Res. 68/98, art. 11, § 3º, incs. I, II e III).

B - iv. Regulamento sobre Exposição a Campos Eletromagnéticos

O RUER, em seu art. 65, estabelece que “Na instalação de estações transmissoras de radiocomunicação deverão ser observados os limites, referentes à exposição de trabalhadores e da população em geral a campos eletromagnéticos, estabelecidos em regulamentação específica da Agência”.

Os limites de exposição a campos eletromagnéticos foram regulamentados pela Resolução nº. 303, de 02/07/2002, a qual estabelece métodos de avaliação de campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, bem como procedimentos a serem observados quando do licenciamento de estações de radiocomunicação (RLCE, 1º).

O Regulamento se aplica a todos os detentores de estações transmissoras de radiofrequência compreendida entre 9 kHz e 300GHz (RLCE, 2º). Os tutelados compõem dois grupos distintos: (a) exposição ocupacional, e (b) exposição da população em geral a CEMRF.

Os limites de exposição estão indicados no art. 5º do RLCE e variam conforme a faixa de radiofrequência. A conformidade da estação aos limites estabelecidos deve ser verificada por ocasião da emissão da licença e, no caso de licenças emitidas antes da vigência da Resolução nº 303/02, deverá o prestador realizar a avaliação de suas estações em até dois anos, a contar da publicação da resolução indicada (RLCE, 61).

SMC E SMP. REGRAS GERAIS

1. SMC: DEFINIÇÃO

O serviço móvel celular (SMC; Decreto nº 2056/96) possui como utilidade a comunicação com mobilidade, isto é, a permissão para que o usuário tenha locomoção irrestrita, como atributos a prestação terrestre em área geográfica delimitada no território nacional de qualquer informação e como modalidade a utilização de sistema de radiocomunicações com técnica celular, interconectado à rede pública de telecomunicações, e acessado por meio de terminais portáteis, transportáveis ou veiculares, de uso individual.

Definiu-o a Lei Mínima (art. 2º, § 1º) e o Decreto 2056/1996 (art. 1º) como “o serviço de telecomunicações móvel terrestre, aberto à correspondência pública, que utiliza sistema de radiocomunicações com técnica celular - conforme definido na regulamentação - interconectado à rede pública de telecomunicações, e acessado por meio de terminais portáteis, transportáveis ou veiculares, de uso individual”.

A técnica celular pode ser definida como (NGT 20/96, item 3.13) a “técnica que consiste em dividir uma área geográfica em sub-áreas, denominadas células, atribuindo-se a cada célula uma frequência ou grupos de frequências, permitindo-se a sua reutilização em outras células”.

2. SMC: CONCESSÃO

Pela Lei Mínima, a exploração de SMC depende de concessão, outorgada por licitação pelo prazo de quinze anos (art. 3º do Decreto 2056), renovável por iguais períodos, a empresas constituídas segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País (arts. 3º e 11 da Lei Mínima).

O Decreto 2056/1996 subordina as regras de concessão à observância subsidiária das Leis 8666/93, 8987/95, 9074/95 e aos tratados e acordos internacionais (arts. 2º e 27).

As cláusulas essenciais do contrato de concessão estão previstas no art. 26 do Decreto 2056/96, em especial: (a) objeto, área e prazo de concessão, (b) política tarifária, e (c) bens reversíveis.

A concessão pressupõe a prestação de serviço adequado, isto é, aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas (Decreto 2056, arts. 37 e 38; item 5.3.3 da NGT e art. 6 da Lei 8987/95).

A transferência (art. 39 do Decreto 2056) de concessão pressupõe: (a) decurso de, no mínimo, 60 meses, contato da operação comercial do serviço, (b) atendimento, pelo cessionário, das exigências técnicas, econômicas, financeiras, jurídicas e fiscais, bem como das exigências contratuais, (c) prévia anuência do poder concedente, sob pena de caducidade.

A renovação da concessão (art. 42 do Decreto 2056) pressupõe: (a) cumprimento das condições da concessão, (b) expresso interesse manifestado, pelo menos, trinta meses antes da expiração do prazo (item 5.3.2 da NGT), e (c) novo pagamento pelo direito de exploração e uso associado de radiofrequência.

3. SMC: DIREITO DE EXPLORAÇÃO E USO DE RADIOFREQUÊNCIAS

É devido, pelas concessionárias de SMC, o pagamento pelo direito de exploração e pelo uso de radiofrequências (arts. 4º e 43), inclusive na hipótese de renovação do contrato (item 5.3.2.1 da NGT), bem como ao pagamento das taxas de instalação de estações e fiscalização de telecomunicações.

4. SMC: DIREITO DE EXPLORAÇÃO E COMPETIÇÃO

A outorga de concessão em área geográfica delimitada se fará sem exclusividade, sujeitando-se as concessionárias a tratamento equânime, não discriminatório e observado o ambiente de justa competição na exploração do serviço (arts. 5º e 6º do Decreto 2056/96).

É vedada a exploração do SMC em uma mesma área geográfica por pessoas jurídicas coligadas ou por pessoas jurídicas controladora e controlada (Decreto 2056, art. 35).

É vedada a adoção de práticas discriminatórias e anticompetitivas (NGT 20/96, item 4.2).

As áreas geográficas, de n. 1 a n. 10, estão indicadas no item 5.2.6. da NGT 20/96, sendo permitido à mesma pessoa jurídica (ou coligada, esta definida no item 3.21 da NGT/96: participação, direta ou indireta, de 20% no capital votante da outra) explorar duas delas (de 1 a 6 e de 7 a 10) na mesma subfaixa de frequências. A validade desta regra é de 5 anos, a contar da pessoa jurídica que, por último, iniciou a operação.

Telesp e CTBC não se inserem na regra acima (item 5.2.6.3). É possível aglutinar áreas, por meio de subsidiárias ou associadas, se as áreas estiverem nas regiões de n. 3 a n. 10 (item 5.2.8 da NGT 20/96).

As sub-faixas de frequência A e B estão indicadas nos itens 7.1.2 e 7.1.3 da NGT 20/96.

5. SMC: INTERCONEXÃO

Os exploradores de SMC estão sujeitos à interconexão de redes (art. 3º, parágrafo único, da Lei Mínima), em condições adequadas, eqüânimes e não discriminatórias. A mesma regra está prevista nos itens 5.1.2 e 5.4 da NGT 20/96.

A interconexão poderá ser realizada em um ou mais pontos, tecnicamente viáveis (item 5.4.2 da NGT). Aplica-se à interconexão os requisitos técnicos referentes à sinalização, sincronismo, transmissão, numeração e encaminhamento estabelecidos para a rede pública de telecomunicações (item 5.4.3. da NGT).

Alterações que possam afetar a rede e a interconexão devem ser divulgadas com antecedência mínima de 120 dias (item 5.4.6 da NGT).

6. SMC: DESAGREGAÇÃO DE ELEMENTOS DE REDE

As concessionárias de SMC, quando técnica e operacionalmente viável, podem ter acesso, mediante contrato entre as partes, a postes, dutos, condutos, torres e servidões que outras concessionárias possuam ou controlarem (item 5.4.8 da NGT).

7. SMC: COMPARTILHAMENTO DE MEIOS PARA INTERCONEXÃO

As concessionárias devem dispensar tratamento eqüânime às concessionárias de SMC, relativamente ao uso e compartilhamento da sua infra-estrutura, no tocante a energia, ar condicionado, cabos, dutos, postes, co-localização de equipamentos, facilidades em prédios, terrenos, torres, dentre outros itens (item 5.4.15.1 da NGT).

8. SMC: USO INDUSTRIAL

As concessionárias poderão explorar industrialmente serviços de telecomunicações (item 5.11.1 da NGT 20/96).

9. SMP: DEFINIÇÃO

Serviço Móvel Pessoal é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, observado o disposto neste Regulamento (art. 4 da Res. 316/2002 e art. 1º, parágrafo único, da Res. 321/02 – PGA/SMP).

O SMP é caracterizado por possibilitar a comunicação entre estações de uma mesma Área de Registro do SMP ou acesso a redes de telecomunicações de interesse coletivo (§ 1º ao art. 4 da Res. 316/02).

**10. SMP: REGIME DE PRESTAÇÃO E
COMPETIÇÃO**

O SMP é prestado em regime privado e no interesse coletivo. A exploração e uso do direito de radiofrequência necessária sujeitam-se à autorização pela Anatel (art. 5 da Res. 316 e art. 2º da Res. 321/02).

A prestação do serviço deve ser adequada (art. 10, inc. I, da Res. 316). A prestadora se sujeita à observância do plano geral de metas de qualidade para o SMP (art. 12 da Res. 316), como definido na Res. 335, de 2003.

A prestadora de SMP não possui direito adquirido à permanência das condições de prestação (art. 14, § 1º), devendo observar os novos condicionamentos impostos, os quais serão implementados em prazos suficientes.

A prestadora de SMP se sujeita às regras de concorrência, não podendo agir de forma anticompetitiva ou discriminatória, em qualquer hipótese (art. 31 da Res. 316). Vide, como exemplo, o § 4º ao art. 25 da Res. 316 e o art. 27, do mesmo Regulamento, que veda a prática de venda casada.

Os preços são, em regra, livres, salvo em relação às chamadas de longa distância, nacional ou internacional, as quais se sujeitam ao regime de tarifação do STFC. Não se admite a discriminação de preços por critérios subjetivos.

O reajuste de preços deverá observar os índices e periodicidade indicados no contrato celebrado (art. 33 da Res. 316).

A prestação de SMP ou SMC pela mesma prestadora, ou integrante de seu grupo econômico (controladora, controlada ou coligada), não pode se sobrepor em uma mesma área geográfica de prestação de serviço, assim definidas as três regiões indicadas no Anexo I à Res. 321/02.

Poderá ocorrer a sobreposição em áreas distintas, nos termos do art. 11 da Res. 321/02, admitindo-se a consolidação do Termo de Autorização.

A Anatel poderá expedir até três autorizações por região (art. 15, § 1º, da Res. 321/02), admitida a expedição de autorização em áreas de prestação distintas das indicadas no Anexo I da Res. 321/02 (art. 15, § 4º, da Res. 321/02).

Alterações no controle societário de prestadora de SMP estão sujeitas à aprovação prévia da Anatel (art. 9º).

11.SMC: USO INDUSTRIAL

Os prestadores de SMP poderão explorar industrialmente os meios afetos à prestação do serviço de forma não discriminatória (art. 15, inc. III, da Res. 316). A utilização de recursos da rede de outra prestadora caracteriza a situação de exploração industrial (art. 15, § 1º, da Res. 316).

A exploração industrial constitui direito das prestadoras de SMP (art. 6º da Res. 321).

12. SMP: INTERCONEXÃO

Os prestadores de SMP estão sujeitos à interconexão, de forma não discriminatória, dado que o serviço é prestado no interesse coletivo. As redes de SMP devem ser providas de forma a facilitar a convergência com redes do STFC, utilizando-se de tecnologias e sistemas com estruturas de sincronismo, sinalização, numeração, comutação e encaminhamento (Res. 316, arts. 64 e 65).

13. SMP: TERMO DE AUTORIZAÇÃO

Os prestadores de SMP estão sujeitos à autorização prévia, a ser outorgada pela Anatel ao autorizatário que preencher as condições subjetivas e objetivas, em especial: (a) empresa constituída segundo a legislação brasileira, (b) participação de capital estrangeiro limitado ao disposto no art. 18, parágrafo único, da LGT, (c) participação de processo licitatório (art. 15 da Res. 321/02) e (d) o número máximo de três autorizações por região (art. 15, § 1º, da Res. 321/02).

As autorizações pelo direito de exploração de SMP possuem prazo indeterminado (art. 4º, Res. 321), mas a autorização para uso de radiofrequência será outorgada por prazo determinado de 15 anos, prorrogável uma única vez, por igual período (art. 4º, § 1º), sempre condicionada à utilização eficiente e adequada do espectro, sob pena de extinção, nos termos do art. 26 da Res. 340/02, a qual regulamenta o uso do espectro para a prestação de SMP (o normativo define cinco sub-faixas para a exploração do serviço: A, B, D, E e sub-faixa de extensão).

A outorga de uso de radiofrequência necessária em razão de expansão do serviço dependerá de chamamento público e eventual licitação, a critério da Anatel (art. 15, § 5º, da Res. 321/02).

São condições indispensáveis à celebração de autorização: (a) a não sobreposição de áreas, de modo a concentrar o mercado (art. 8º da Res. 321), (b) a observância do art. 10, § 2º, do PGO, e (c) a observância do art. 133 da LGT.

A transferência da autorização depende de prévia anuência da Anatel, e estará sujeita aos requisitos do art. 136, § 2º, da LGT.

A obtenção de autorização por empresa que já preste SMC ou SMP na área licitada depende de renúncia a ser operada na área coincidente, transferência de concessão, autorização ou do controle acionário (desvinculação societária), nos termos do art. 17 da Res. 321/02.

14. SMP e SMC: TRANSIÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DE TERMO DE CONCESSÃO E AUTORIZAÇÃO

Os instrumentos de concessão e autorização de SMC poderão ser substituídos por autorizações de SMP, nos termos do art. 214, incs. V e VI da LGT, observado o disposto em norma específica (art. 19 da Res. 321/02).

As Resoluções 318/02 e 326/02 indicam os critérios para a substituição dos termos de concessão e autorização de SMC para o termo de autorização de SMP.

O disposto no art. 10, § 2º, do PGO não constitui impedimento à adaptação (item 1.1 da Res. 318). A área de prestação do SMP será idêntica à área do instrumento substituído (item 1.2.2.1 da Res. 318/02), salvo se a área de concessão de SMC ultrapassar os limites geográficos de região definidos para o SMP, hipótese na qual outros termos de autorização serão expedidos (item 1.2.2.1 da Res. 318/02).

A substituição outorga à antiga prestadora de SMC uma autorização para prestar STFC, nas modalidades longa distância nacional e longa distância internacional (item 2.1 da Res. 318/02), salvo se o prestador detenha concessão ou autorização para a prestação de STFC na mesma área geográfica (item 2.2).

Se a prestadora já detinha concessão ou autorização para a exploração de STFC, a outorga dependerá do cumprimento das obrigações de universalização e expansão, previstos, respectivamente, no art. 10, § 2º, e 10, § 1º, do PGO (itens 2.3 e 2.4).

Os contratos de SMC não substituídos permanecerão válidos pelos prazos neles previstos, condicionada a prorrogação ao indicado no inc. VI do art. 214 da LGT.

A substituição dos instrumentos não afasta a incidência das restrições previstas no art. 136, § 2º, da LGT e 10, § 2º, do PGO (item 6.1) e também no art. 202 da LGT, este quanto às empresas objeto do processo de reestruturação e desestatização (item 6.2).

A Res. 318/02 incentiva a concentração de empresas, por meio de fusão, incorporação ou unificação do controle societário, oriundas do SMC e ora prestadoras de SMP, se realizada no intuito de compatibilizar as áreas de prestação com as regiões fixadas no Anexo I do PGA-SMP (itens 6.2.1 e 6.2.2).

SME E DEMAIS SERVIÇOS MÓVEIS

1. SME: DEFINIÇÃO

Serviço móvel especializado é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que utiliza sistema de radiocomunicação, basicamente, para a realização de operações tipo despacho e outras formas de telecomunicações (Res. 221/2000, art. 1, parágrafo único).

Operação tipo despacho corresponde à comunicação entre estações fixas e estações móveis ou entre duas ou mais estações móveis, na qual uma mensagem é transmitida simultaneamente a todas as estações ou a um grupo de estações e efetuada mediante compartilhamento automático de um pequeno número de canais, de forma a otimizar a utilização do espectro (Res. 221, art. 3, inc. IX).

A mobilidade do usuário, a utilização de sistema de radiocomunicação e a realização de operações tipo despacho caracterizam o SME (art. 4).

2. SME: REGIME DE PRESTAÇÃO

O SME é prestado no interesse coletivo e em regime privado, mediante autorização, como dispõem os arts. 5 e 6 da Res. 221/00.

A autorização deve proporcionar o serviço a qualquer interessado na fruição, desde que caracterizada a sua inserção no grupo de pessoas, naturais ou jurídicas, que buscam a realização de atividade específica (art. 7 da Res 221/00). A prestação do serviço deve observar condições não discriminatórias entre usuários.

O termo de autorização pelo direito de exploração é expedido por prazo indeterminado (art. 11, § 2º, da Res. 221/00), mas a autorização de uso de radiofrequência possui prazo de quinze anos, renovável uma única vez, por igual período.

Em uma mesma área de prestação do serviço, a mesma pessoa jurídica não poderá deter mais de uma autorização (art. 13 da Res. 221/00), mas pessoas ligadas ao mesmo grupo econômico o poderão, limitada a consignação de canais em 10 MHz.

A outorga de autorização dependerá de chamamento ou licitação pública (art. 16 da Res. 221/00 e art. 8º, § 1º, da Res. 275/01). Não haverá restrição ao número de autorizações para a prestação do SME, salvo quando houver limitação de ordem técnica (art. 5º da Res. 275/01).

A exploração do serviço deve ser iniciada em até 12 meses a contar da autorização (art. 18 da Res. 221/00).

A transferência de autorização dependerá de prévia anuência da Anatel, bem como: (a) prévia prestação do serviço por 3 anos, ao menos, (b) não prejudicar a concorrência, nos termos do art. 7 da LGT e da Lei 8884/94 (art. 22 da Res. 221/00).

A extinção da autorização se opera por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação (art. 28 da Res. 221/00).

A prestação do serviço está sujeita à liberdade tarifária, vedado o preço predatório ou abusivo (art. 32 da Res. 221/00).

A prestação de outra modalidade de serviço, a partir do uso da mesma plataforma de suporte ao SME, dependerá de autorização específica, a cargo da Anatel (art. 49, § 1º, da Res. 221/00). O usuário de SME, ao se utilizar de chamada de longa distância (art. 17, § 2º, da Res. 275/01), possui direito de selecionar a prestadora de STFC.

As redes de SME estão sujeitas à interconexão (arts. 77 e 79 da Res. 221/00)

3. SER (SERVIÇO ESPECIAL DE RADIOCHAMADA): DEFINIÇÃO

O serviço especial de radiochamada pode ser definido como serviço especial de telecomunicações, não aberto à correspondência pública (isto é, de interesse restrito), com características específicas, destinado a transmitir, por qualquer forma de telecomunicação, informações **unidirecionais** originadas em uma estação de base e endereçadas a receptores móveis, utilizando-se das faixas de radiofrequências de 929 MHz e 931 MHz (item 4.1, 'm', da Norma 15/97).

Para a Res. 171/99 (art. 1º), o SER é um serviço de telecomunicações destinado a transmitir, por qualquer forma de telecomunicação, informações unidirecionais em uma estação de base e endereçadas a receptores móveis, utilizando-se das faixas de radiofrequências de 929 MHz e 931 MHz.

O SER está dividido nas seguintes áreas de prestação: nacional, regional, mesorregional, microrregional e local (Art. 2º da Res. 171/99).

4. SER: REGIME DE PRESTAÇÃO

O termo de autorização (permissão, no regime da Norma 15/97) pelo direito de exploração é expedido por prazo indeterminado (item 5.3 da Res. 196/99), mas a autorização de uso de radiofrequência possui prazo de quinze anos, renovável uma única vez, por igual período (item 5.4 da Res. 196/99).

Em uma mesma área de prestação do serviço, a mesma pessoa jurídica, ou entidade ligada ao grupo de empresas, não poderá deter mais de uma autorização (item 7.3 da Norma 15/97).

A outorga de autorização dependerá de chamamento ou licitação pública (item 6.1.3 da Norma 05/99). Não haverá restrição ao número de autorizações para a prestação do SER, salvo quando houver limitação de ordem técnica.

A interconexão entre prestadoras de SER é permitida, mas a interconexão com as demais prestadoras de serviços de telecomunicações no interesse coletivo deverá ser realizada em caráter de usuário.

A prestação do serviço está sujeita à liberdade tarifária, vedado o preço predatório ou abusivo (item 12.7 da Norma 15/97).

A extinção da autorização se opera por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação (item 5.3 da Res. 196/99).

5. SMGS (SERVIÇO MÓVEL GLOBAL POR SATÉLITES NÃO-GEOESTACIONÁRIOS): DEFINIÇÃO

O serviço móvel global por satélites não-geoestacionários é o serviço de interesse restrito, móvel por satélite, de âmbito interior e internacional, que utiliza como suporte serviço de transporte de sinais de telecomunicações por satélites não-geoestacionários cujas estações de acesso são interligadas a redes terrestres, fixas ou móveis (item 4.1 'a' - Portaria 560/1997).

6. SMGS: REGIME DE PRESTAÇÃO

O termo de autorização (permissão, no regime da Portaria 560/97) pelo direito de exploração é expedido por prazo de quinze anos (item 5.5 da Port. 560/97), prorrogáveis por iguais períodos.

A autorização de uso de radiofrequência possui prazo de quinze anos, renovável uma única vez, por igual período.

A outorga de autorização dependerá de chamamento ou licitação pública. Não haverá restrição ao número de autorizações para a prestação do SMGS, salvo quando houver limitação de ordem técnica.

A prestação do serviço está sujeita à liberdade tarifária, vedado o preço predatório ou abusivo. A extinção da autorização se opera por termo, cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação.

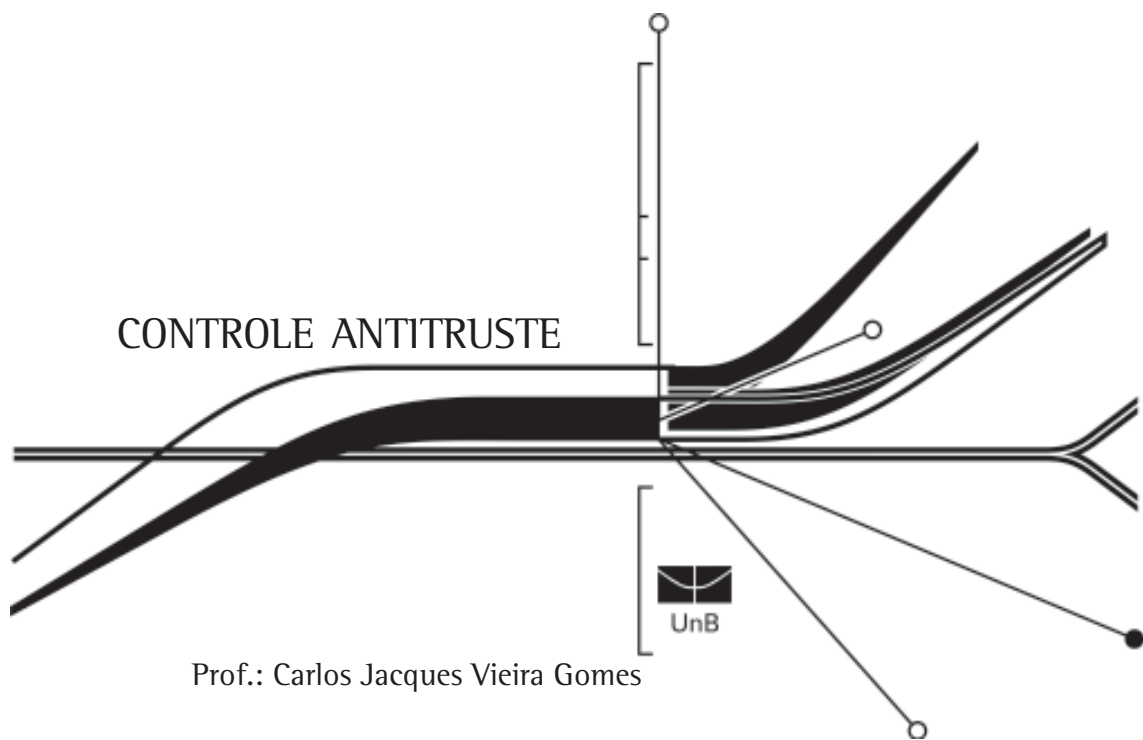
Ao assinante de SMGS é conferido o direito de receber e originar chamadas para qualquer outro assinante de SMGS, STFC, SMC ou SMP (item 7.1 da Port. 560/97).

Se a estação de SMGS emissora do sinal estiver localizado dentro do território nacional, o encaminhamento de tráfego, na hipótese, será conferido na modalidade longa distância nacional. Se o encaminhamento de tráfego for destinado à rede prestadora do SMGS, a modalidade a ser utilizada será longa distância internacional (itens 7.1.2 – Res. 212/00 e 7.3 – Res. 277/01).

ESTUDO DE CASO

A recusa da TV GLOBO em liberar seu canal aberto à transmissão pela DIRECTV (DTH).

Em sala de aula, serão analisados os fundamentos da decisão tomada pelo CADE, bem como os argumentos utilizados pelas partes envolvidas no processo administrativo, relacionadas à conduta, adotada pela TV GLOBO, de *“estar ilicitamente recusando-se a autorizar a DIRECTV a incluir em seu serviço de Distribuição de Sinais de Televisão a áudio via satélite (serviço DTH), na banda KU, os canais locais da Rede Globo de Televisão, nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre”*.



Prof.: Carlos Jacques Vieira Gomes

ANEXO

1. O CONTROLE PREVENTIVO DO EXERCÍCIO ABUSIVO DE PODER ECONÔMICO

O controle preventivo opera-se por meio de: (a) condicionamento da *eficácia jurídica* (art. 54, § 7º, da Lei nº 8.884/94) dos atos e contratos que resultem em *concentração econômica* à aprovação da entidade administrativa competente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica¹, e (b) controle de preços, como forma de se prevenir o futuro exercício abusivo de poder econômico com vistas ao aumento arbitrário de preços.

No que respeita ao controle preventivo de concentrações econômicas, o que se busca com este mecanismo de intervenção é *controlar* não o *exercício abusivo de poder econômico*, mas a própria *gênese* de tal poder, a fim de se *prevenir (impedir)* a ocorrência, futura e provável, de ato em *abuso* do poder econômico adquirido, na hipótese, pela operação de concentração econômica sob análise.

Se, durante o curso do processo administrativo, for verificado que, cumuladamente: (a) o ato de concentração restringe substancialmente o nível de concorrência efetiva², (b) o grau de barreiras à entrada é elevado, ou seja, o nível de concorrência potencial é baixo, e (c) as eficiências econômicas produzidas pela concentração não são capazes de compensar o prejuízo ocasionado ao grau de concorrência, questiona-se: quais medidas deverão ser adotadas pelo aplicador do direito antitruste, com vistas a, efetivamente, extirpar o futuro (e provável) exercício abusivo de poder econômico ?

A Doutrina Antitruste identifica duas categorias de medidas que poderão ser adotadas na espécie, chamadas de “remédios”: estruturais e comportamentais.

Os “remédios” estruturais abrangem tanto a reprovação total do ato de concentração, isto é, a determinação de que a concentração seja desfeita por inteiro, retomando-se o *status quo ante*, como a chamada reprovação parcial (*partial divestiture*), por meio da qual o ato de concentração será aprovado se a operação de concentração econômica for alterada em alguns (mas não todos) de seus aspectos estruturais, mediante licença compulsória de direito de propriedade industrial, venda parcial de ativos ou mesmo a cisão parcial, esta acompanhada de oferta pública de compra da sociedade cisionada.

Na hipótese de venda parcial de ativos ou cisão parcial, os ativos a serem cisionados devem maximizar a possibilidade de seu comprador ingressar no mercado relevante como um concorrente efetivo.

Como anota Shyam KHEMANI³, se apenas um ativo for objeto da cisão, como, por exemplo, uma marca, não bastará ao comprador adquiri-la: para se tornar um *concorrente efetivo*, deverá ainda dispor de recursos adicionais, tais como capital, instalações industriais, técnicas de gerenciamento e rede de distribuição.

Sem a detenção desses ativos, dificilmente o comprador, detentor da marca alienada em cumprimento à decisão da entidade antitruste, poderá utilizá-la em prol do fomento ao nível de concorrência.

A inclusão de um pacote de ativos, com vistas a fomentar a entrada viável de um novo concorrente (o comprador dos ativos), encontra ressonância na experiência antitruste, nacional⁴ e estrangeira.

¹ A possibilidade, ou não, de revisão pelo Poder Judiciário da decisão administrativa que aprova ou rejeita o ato de concentração econômica será discutida no item 2.4.3 abaixo.

² Para Ernest GELLHORN e William KOVACIC, a redução do nível de concorrência efetiva constitui o principal efeito negativo das concentrações horizontais, porque propicia o aumento do poder de mercado, facilita a formação de cartel entre os concorrentes remanescentes e aumenta o nível de barreiras à entrada no mercado relevante. Segundo Calixto SALOMÃO FILHO (Direito concorrencial: as estruturas, p. 147), a redução substancial da concorrência é presumível (*iuris tantum*) apenas quando os quatro maiores concorrentes detenham, conjuntamente, 55% (cinquenta e cinco por cento) do mercado relevante.

³ A framework for the design and implementation of competition law and policy, p. 54.

⁴ No Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12 (Ambev), a aprovação da fusão foi condicionada pelo CADE à venda parcial de ativos que englobassem, conjuntamente: (a) cinco unidades fabris, uma em cada mercado relevante considerado, (b) a marca de cervejas Bavária e (c) a obrigação, imposta à Ambev, de distribuir, por quatro anos (prorrogáveis por mais dois anos, a critério do CADE), os produtos do comprador do pacote de ativos.

Como observa Shyam KHEMANI⁵, os pacotes devem: (a) assegurar uma adequada concorrência nos mercados afetados, (b) ser comercialmente viáveis e (c) apresentar tamanho suficiente e potencialmente lucrativo, de modo a atrair mais interessados na compra.

Os “remédios” comportamentais, por sua vez, autorizam a aprovação do ato de concentração na exata estrutura em que foi apresentado, mas sujeitam-no a monitoramento *ex post* do comportamento a ser desempenhado pelo agente econômico⁶.

Como anota Shyam KHEMANI⁷, os remédios estruturais, em regra, são tidos como mais eficazes do que os comportamentais, porquanto: (a) não demandam monitoramento posterior pela entidade que aplica as normas antitruste, o qual, em muitas circunstâncias, revela-se ineficaz ou pouco eficaz, e (b) são de imediata execução, evitando-se assim a consolidação de uma estrutura anticompetitiva no mercado relevante considerado.

Por sua vez, o controle de preços, cuja constitucionalidade é reconhecida pela Doutrina majoritária e por precedente do Supremo Tribunal Federal⁸, previne a futura formação do preço abusivo e tem sido mais comumente utilizado, em nosso País, para além das esferas de atuação estatal típica (serviços públicos) e de intervenção por absorção (petróleo e minerais nucleares, por exemplo), nas hipóteses em que o produto ofertado ao mercado pela iniciativa privada possui relevante conotação social, como é o caso dos serviços de educação particular⁹ e dos medicamentos.

1.1 A APRESENTAÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO

Inserida no tema relativo ao controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico está a questão relativa ao momento em que o ato de concentração econômica deve ser submetido à avaliação da autoridade antitruste: se antes de realizada a operação, sistema conhecido como notificação prévia (*premerger notification*), ou se após a concretização da concentração (notificação póstuma, ou *postmerger notification*).

No regime de notificação prévia, o eventual desfazimento da operação por determinação da autoridade antitruste não implicará, por óbvio, qualquer custo para as empresas envolvidas, dado que a concentração sequer chegou a efetivar-se, seja em sua dimensão jurídica, seja no mundo dos fatos (união de plantas fabris ou processos de industrialização, por exemplo). Esse é o regime adotado pelos EUA e pela União Européia.

⁵ Op. cit., p. 54.

⁶ As metas comportamentais - cuja implementação será monitorada - são reduzidas a termo por ocasião da prolação da decisão administrativa que aprova o ato de concentração, recebendo o ‘contrato’ firmado entre o CADE e as empresas requerentes o nome de termo de compromisso de desempenho (positivado no artigo 58 da Lei nº 8884/94). Esse instrumento pode também receber outra finalidade: em vez de conter metas comportamentais a serem implementadas, utiliza-se do termo de compromisso de desempenho apenas como meio de se comprovar as defesas alegadas, em especial as relativas às eficiências econômicas (previstas no art. 54, § 1º, da Lei nº 8884/94). Nesta segunda hipótese, o ato de concentração não se sujeitou a remédio comportamental: o termo de compromisso será, aqui, mero instrumento de comprovação do alegado, com vistas a afastar a incidência do art. 55 da Lei nº 8884/94. Para Calixto SALOMÃO FILHO (Direito concorrencial: as estruturas, pp. 291-3), o compromisso de desempenho deve ser utilizado apenas na segunda hipótese aqui referida, isto é, para garantir que os pressupostos do § 1º do art. 54 serão atingidos. Monitorar o comportamento do agente econômico em sentido amplo, no entender do Autor, constitui fragrante inconstitucionalidade, uma vez que o art. 174 da CF autoriza o planejamento econômico determinante apenas para o setor público, e não para o setor privado. Tal entendimento, entretanto, não deve prevalecer, uma vez que o compromisso de desempenho é instrumento hábil à efetivação de compromissos comportamentais, e a implementação destes não constitui forma de planejamento econômico cogente para o setor privado, mas tão-somente meio preventivo de controle do exercício abusivo de poder econômico.

⁷ Op.cit., p. 53.

⁸ No julgamento da ADIN nº 319-4/DF (Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.04.1993), a constitucionalidade do mecanismo de controle de preços foi expressamente reconhecida por diversos Ministros, a saber: (a) Min. Moreira Alves: “E portanto, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros”; (b) Min. Celso de Mello: “A própria noção de intervenção regulatória ou indireta do Estado, cuja prática legítima o exercício do poder de controle oficial dos preços, constitui uma categoria jurídica a que não se tem revelado insensível o legislador constituinte brasileiro. Quaisquer que sejam as modalidades ditadas pelo sistema de controle oficial de preços ou qualquer que seja o momento em que esse sistema opere e se concretize (a priori ou a posteriori), as limitações que dele derivam, desde que fundadas na lei, incluem-se na esfera de abrangência constitucional do poder de intervenção regulatória do Estado”; e (c) Min. Sepúlveda Pertence: “Um instrumento constitucional de concretização desta função de ponderação de valores (...) é precisamente, na ordem econômica, a competência do Estado para intervir como agente normativo e regulador da atividade econômica (...): a meu ver, essa atividade normativa e regulatória compreende, necessariamente, o controle de preços”.

⁹ As mensalidades escolares tiveram o seu valor controlado pela Lei nº 8.039, de 30/05/1990.

No regime de notificação póstuma, o cenário se altera. Verificado que a concentração causa danos ao sistema concorrencial, poderá a decisão que determina a desconstituição da união econômica deparar com fatos consumados irreversíveis, ou mesmo reversíveis, mas a um alto preço a ser pago, o chamado *custo de desinvestimento*.

Diversas manifestações são colhidas sobre as desvantagens do sistema de notificação póstuma do ato de concentração. William BAER¹⁰ reconhece ser mais custoso realizar o controle preventivo se as empresas podem primeiro se unir para após apresentar o pedido de aprovação à autoridade administrativa: “*É possível fazer a defesa da concorrência assim, mas sem dúvida é mais difícil*”.

Esse sistema, que claramente reduz a eficácia do controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico, é o adotado pelo Brasil (Lei nº 8884/94, art. 54, § 4º).

Como aponta Nuno T. P. CARVALHO¹¹, o CADE deverá proceder ao balanço, por um lado, das perdas sociais decorrentes da concentração prejudicial à concorrência e, por outro, das perdas privadas derivadas da desconstituição do ato de concentração. Reconhece o Autor, entretanto, que “*a Autarquia não pode permitir que o princípio constitucional da livre concorrência se torne refém da política (um tanto cínica) do fato consumado, e assim perca o seu significado jurídico e econômico*”.

Com a edição da Resolução nº 15/98, o CADE tentou minorar os efeitos perniciosos do sistema de notificação póstuma, ao considerar realizado o ato de concentração (art. 2º) “*a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso*”¹².

A questão é atual e a nossa legislação infraconstitucional a respeito merece ser repensada¹³, a fim de se conferir maior efetividade ao controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico.

2. O CONTROLE REPRESSIVO DO EXERCÍCIO ABUSIVO DE PODER ECONÔMICO

Busca o controle repressivo sancionar as condutas praticadas em exercício abusivo de poder econômico. Conforme o fim imediato a que se destinam, as condutas abusivas podem ser classificadas¹⁴ em lesivas (*exploitative abuses*) ou exclusionárias (*exclusionary abuses*).

Pratica *abuso lesivo* aquele que utiliza seu poder econômico para prejudicar fornecedores, distribuidores e/ou consumidores, por meio de: (a) aumento excessivo dos preços praticados no mercado, (b) discriminação de consumidores, (c) imposição de baixos preços aos fornecedores, (d) fixação de preços baixos para a revenda e (e) práticas relacionadas às anteriores.

O *abuso exclusionário*, por sua vez, corresponde ao comportamento daquele que objetiva prejudicar o concorrente, na tentativa de diminuir ou mesmo suprimir a concorrência existente, e para tal se vale dos seguintes artifícios, dentre outros: (a) recusa contratar com concorrente, (b) produz aumento nos custos necessários à entrada de concorrente potencial, (c) pratica preços predatórios e (d) antecipa, em relação à demanda, a capacidade instalada para a produção do bem relevante.

Na Lei nº 8884/94, as práticas exercidas em abuso de poder econômico estão delineadas nos artigos 20 e 21, os quais se devem incidir de forma conjunta para que o ilícito antitruste esteja caracterizado.

Entre os abusos *lesivos* identificados, temos o aumento arbitrário de lucros (art. 20, inc. III), a discriminação de preços perante consumidor ou fornecedor (art. 21, inc. XII), a interrupção da produção

¹⁰ Membro da *Federal Trade Commission* (EUA), in José Marcelo Martins PROENÇA, *op. cit.*, p. 105.

¹¹ *Op. cit.*, p. 187.

¹² A aplicação deste dispositivo pelo CADE propiciou, desde 1998, diversas condenações administrativas dos requerentes ao pagamento de multa (art. 54, § 5º, da Lei nº 8884/94), como decorrência da intempestividade na apresentação do ato de concentração. Sobre o tema, recente é a edição da Resolução nº. 28, de 24/07/2002, a qual regulamentou a adoção, em medida cautelar, de acordo de preservação da reversibilidade da operação, como meio de se garantir que uma (hipotética) posterior desinvestidura, parcial ou total, seja realizada sem custos adicionais.

¹³ Alguns setores especializados advogam que a alteração do sistema de notificação póstuma pelo de notificação prévia, no Brasil, não poderia ser realizada por meio de resolução, como se deu, mas apenas mediante reforma do texto legal (no caso, o § 4º do art. 54 da Lei nº 8884/94).

¹⁴ Shyam KHEMANI, *op. cit.*, p. 72.

em larga escala, sem justa causa (art. 21, incs. XVII e XX), a cessação parcial ou total de atividades (art. 21, incs. XXI e XXII), a venda casada (art. 21, inc. XXIII) e a imposição de preços excessivos (art. 21, inc. XXIV).

Entre os abusos *exclusionários*, estão a limitação, o falseamento e o prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa (art. 20, inc. I), o domínio de mercado relevante de bens ou serviços (art. 20, inc. II), a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes (art. 21, incs. I, II e VIII), a divisão de mercados (art. 21, inc. III), a criação de dificuldades ao livre exercício da atividade comercial por concorrente (art. 21, incs. IV, V, VI, VII, IX, X, XIII, XIV, XV e XVI), a imposição de restrições verticais (art. 21, inc. XI) e a prática de preço predatório (art. 21, incs. XVIII e XIX)¹⁵.

As sanções impostas pelo controle repressivo do exercício abusivo de poder econômico podem abranger as seguintes medidas, adotadas de forma isolada ou cumuladamente: (a) ordem de cessação da prática restritiva¹⁶, (b) imposição de multas¹⁷, (c) pena privativa de liberdade¹⁸ aos dirigentes, (d) cisão¹⁹, (e) ordem para a prática de ato específico, (f) reparação do prejuízo²⁰ e (g) controle de preços.

3. A CONCORRÊNCIA POTENCIAL

Diz-se concorrente potencial o agente econômico que, a despeito de não atuar no mercado relevante considerado, *potencialmente* poderia nele ingressar, a depender do nível de preços praticado no mercado relevante e dos níveis de *barreiras à entrada* existentes.

A diferença fundamental entre concorrência efetiva e concorrência potencial está, portanto, no fato de que o concorrente potencial não é, ainda, um concorrente efetivo.

A Doutrina antitruste reconhece, entretanto, que a concorrência potencial *influi* no comportamento da concorrência efetiva, pois os concorrentes efetivos, ao formularem suas políticas de preços, levam em conta a *concorrência potencial* existente.

E isto porque a possibilidade de se elevar o preço de mercado - para um valor acima daquele representado pelo preço concorrencial - dependerá da maior ou menor facilidade com que os novos concorrentes (aqui os concorrentes potenciais), atraídos pelos lucros excedentes, possam ingressar no mercado considerado, intensificando a concorrência e, conseqüentemente, baixando o nível de preços.

Esta constatação conduz à conclusão de que a mensuração do poder de mercado detido pelo agente econômico não resulta apenas de sua posição em relação aos demais concorrentes efetivos, mas também de sua *posição* perante os concorrentes potenciais, a qual é delineada pelo grau de barreiras à entrada existente.

Se baixas forem as barreiras, a *concorrência potencial*, pela sua mera existência, impedirá que os concorrentes efetivos elevem os preços acima do nível competitivo²¹; se elevadas forem, entretanto, pouca influência terá a concorrência potencial sobre o mercado relevante.

O estudo da concorrência potencial constitui, assim, peça fundamental na análise antitruste, pois servirá seja para justificar a autorização de uma fusão entre dois grandes concorrentes efetivos¹, seja para impedir a fusão entre um concorrente efetivo e outro potencial²².

¹⁵ Nos abusos exclusionários, afirma Calixto SALOMÃO FILHO (*Direito concorrencial: as estruturas*, p. 225): "O sujeito passivo direto é o concorrente, o ferimento aos interesses dos consumidores é apenas mediato, decorrente do abalo sofrido pelo sistema concorrencial".

¹⁶ A ordem de cessação de prática restritiva, realizada por meio de compromisso firmado pelo infrator perante o CADE ou a SDE, está regulada no art. 53 da Lei nº 8884/94, e não pode ser aplicada às hipóteses de cartel, adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes e divisão de mercados (§ 5º ao art. 53).

¹⁷ A cominação de multa por ilícito antitruste constitui o sancionamento mais comum à espécie e está prevista no art. 23 da Lei nº 8884/94.

¹⁸ Prevista no art. 4º da Lei nº 8137/90, sob o regime de reclusão e de detenção (conforme a hipótese tipificada), de 2 a 5 anos.

¹⁹ Prevista no inc. V do art. 24 da Lei nº 8884/94. A cisão constitui remédio extremo, devendo ser aplicada apenas na hipótese em que as circunstâncias demonstrem ser duradoura e incontestável a posição dominante detida pela empresa acusada; a cisão a ser empreendida, por sua vez, deve estar atenta à minimização dos custos incorridos com a reestruturação, bem como deve garantir a viabilidade econômica das empresas cisionadas.

²⁰ Prevista no art. 29 da Lei nº 8884/94, a qual deverá ser requerida por meio de ação própria perante o órgão judiciário competente.

²¹ Ainda que no mercado considerado seja excessivo o nível de concentração econômica (Ernest GELLHORN e William KOVACIC, *op. cit.*, p. 404).

²² Porque, a despeito de a concentração econômica resultante ser elevada (60% ou 70%, por exemplo), tal posição dominante não autorizará os fusionantes a elevar os preços, em razão do baixo grau de barreiras à entrada existente.

A partir do conceito de concorrência potencial, torna-se mais importante assegurar a *possibilidade de concorrência* do que a concorrência efetiva em si.

O grau de *concorrência efetiva* só pode ser identificado após o delineamento do mercado *relevante* em questão. A concorrência potencial, por sua vez, é mensurada a partir dos níveis de barreiras à entrada verificados. Estes dois conceitos – mercado relevante e barreiras à entrada – serão agora estudados.

3.1 O MERCADO RELEVANTE

A definição do mercado relevante constitui a primeira tarefa necessária – e muitas vezes a mais importante – à aplicação das normas antitruste, porquanto o impacto que uma determinada concentração econômica, ou conduta restritiva, poderá causar sobre o nível de concorrência depende, em primeira medida, do tamanho e do tipo do mercado relevante considerado.

A definição do mercado relevante está diretamente relacionada com a identificação da extensão do poder de mercado detido pelos agentes econômicos: identificar o mercado relevante é o mesmo que descrever o contexto em que o poder de mercado pode ser exercido^{24 25}. Na lição de Neide T. MALLARD²⁶: “o mercado relevante é o espaço da concorrência”.

Três planos de análise são comumente aceitos pela doutrina antitruste como necessários à definição do mercado relevante: dimensão do produto, dimensão geográfica e dimensão temporal²⁷.

A *dimensão produto* do mercado relevante pode ser definida como o produto, ou grupo de produtos, colocado à venda em uma determinada área geográfica, de tal modo que um hipotético agente econômico, único vendedor de tais produtos na referida área, poderia aumentar o preço de venda verificado ao nível competitivo²⁸ em montante pequeno, mas significativo²⁹, e durante um certo espaço de tempo, não transitório³⁰.

Identificado, após esse aumento de preço significativo e não transitório, que os compradores preferem consumir outros produtos, tais deverão ser incluídos na dimensão produto do mercado relevante.

Esse exercício hipotético deverá ser realizado até o momento em que os consumidores prefiram pagar o preço acrescido a ter de recorrer a outros produtos.

Encerrada a identificação dos produtos substitutos, estará definida a dimensão produto do mercado relevante³¹.

²⁴ Como aponta Sérgio Varella BRUNA (op. cit., p. 80), o termo ‘mercado relevante’ constitui um anglicismo, decorrente da tradução literal da palavra relevant, cujo sentido, ao contrário de relevante, não é o de importante (ou aquele que tem relevo), mas sim o de pertinente ou correspondente. Assim, mais do que o mercado importante, o conceito de mercado relevante denota algo como mercado relativo, ou mercado pertinente, no qual os produtos dele integrantes são, em conjunto, objeto de concentração de ofertas e procuras que caracterizam a própria noção econômica de mercado. Para Ernest GELLHORN e William KOVACIC (op. cit., p. 97), o mercado relevante pode ser entendido como as condições gerais em que vendedores e compradores realizam a troca de mercadorias.

²⁵ Afirmam Antônio C. SANTOS, Maria E. GONÇALVES e Maria M. L. MARQUES (op. cit., p. 301) que o mercado relevante corresponde ao “espaço abstrato onde se encontram a procura e a oferta agregada dos agentes econômicos, cujos objetivos contraditórios se harmonizam, em cada momento, através dos preços de transação entre eles”.

²⁶ Voto proferido no processo administrativo (CADE) nº 31/92, apud. José Inácio Gonzaga FRANCESCHINI, op. cit., p. 33.

²⁷ Ao contrário da dimensão produto e da dimensão geográfica, a adoção da dimensão temporal como critério necessário à identificação do mercado relevante não constitui ponto pacífico entre os doutrinadores.

²⁸ É importante que o aumento pequeno, mas significativo, seja tomado em comparação ao preço competitivo, porque, se o exercício hipotético de tal aumento for conduzido a partir de um preço que já reflete ganhos monopolísticos, a conclusão sobre a dimensão produto do mercado relevante poderá ser equivocada, incluindo-se produtos que não são verdadeiros substitutos.

²⁹ O normativo Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração, instituído pela SAE/MF, sugere os percentuais de 5%, 10% ou 15% como suficientes à caracterização do aumento significativo. Calixto SALOMÃO FILHO (Direito concorrencial: as estruturas, p. 93) menciona que as autoridades antitruste norte-americanas consideram que o aumento, para ser significativo, deve ser de 10% (dez por cento), caso o preço-base esteja no nível competitivo, e de 5% (cinco por cento), se o preço-base refletir ganhos monopolísticos, sem que se possa inferir, com segurança, o nível do preço competitivo.

³⁰ Shyam KHEMANI, op. cit., p. 11. O normativo Guia para análise econômica de atos de concentração, instituído pela SAE/MF, sugere o prazo de um ano como suficiente a caracterizar o período não-transitório.

³¹ Jeffery L. HARRISON (op. cit., pp. 248-51), após considerar não ser possível definir o mercado relevante com precisão, aponta ser a elasticidade cruzada da demanda o principal critério operativo para se identificar o aspecto produto do mercado relevante.

Deve-se observar que esta metodologia está em consonância com o princípio do menor mercado identificável (*smallest market principle*)³², o qual preconiza a inclusão dos substitutos próximos e a exclusão dos substitutos imperfeitos, isto é, produtos que, se usados como substitutos, implicam substancial perda de bem-estar ao consumidor em particular e à sociedade em geral.

Muito citado pela Doutrina³³ é o precedente da Suprema Corte dos EUA no caso *United States v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.*, ocasião em que a definição do produto relevante influenciou em muito a decisão antitruste tomada.

A *Du Pont*, produtora de *papel celofane*, foi acusada pelo Governo americano de monopolizar o mercado de celofane, o que infringe o *Sherman Act* (§ 2º)³⁴. Se o papel celofane fosse considerado como o produto relevante, a *Du Pont* deteria 75% de participação no mercado.

A decisão da Suprema Corte, entretanto, fundada na elasticidade cruzada da demanda, entendeu que no produto relevante estariam incluídos, além do celofane, outros materiais para embalagem, como o papel, o alumínio e determinados tipos de plástico, o que levou à conclusão de que o produto relevante era o de *materiais flexíveis para embalagem*. Assim considerada, a denúncia foi arquivada, uma vez que a *Du Pont* detinha apenas 20% de todo o mercado de *materiais flexíveis para embalagem*.

Mas a decisão da Suprema Corte não ficou a salvo de críticas³⁵, porquanto a análise do produto relevante fundada na *elasticidade cruzada da demanda* depende, como critério essencial, de se considerar o preço do produto analisado (no caso, o celofane) ao nível competitivo, e não ao nível monopolístico (ou quase monopolístico). Explica-se.

Se considerado o preço do produto ao nível monopolístico, vários produtos não-substitutos serão considerados substitutos, porque, *no limite*, o consumidor prefere adquirir um produto nitidamente inferior ou inadequado ao uso que se propõe (a chamada perda de bem-estar) a adquirir o produto relevante ao preço monopolístico.

Nesse contexto de preço monopolístico, a existência de alta elasticidade cruzada da demanda não demonstra a ausência de poder de mercado do agente econômico investigado, mas o próprio exercício abusivo desse poder, manifestado pela cobrança de preços superiores aos puramente concorrenciais³⁶.

Na atividade judicante do CADE, emblemática constitui a identificação do mercado relevante no Ato de Concentração nº 08012.004327/98-29. Com a operação, as requerentes Kimberly-Clark Corporation e IKPC – Indústrias Klabin de Papel e Celulose S.A. passariam a deter 70,90 % do mercado relevante de *lenços de papel*.

A definição de produto relevante sugerida pelas requerentes, entretanto, abarcou-o no conceito de *papéis sanitários*³⁷, o qual foi rejeitado pelo CADE, ao fundamento de que o papel higiênico e o guardanapo são substitutos imperfeitos dos lenços de papel, pois apenas seriam substituíveis com evidente perda de bem-estar para o consumidor.

Ainda sobre a questão da dimensão produto, diverge a Doutrina quanto à inclusão, ou não, no conceito de produto relevante, da substitutibilidade do produto pela ótica da oferta, ou seja, pelo ingresso de novos produtores, seja pelo aumento de produção do bem relevante, seja pela substituição do bem a ser produzido (deixa-se de produzir A, para se produzir B).

³² Nas palavras de Herbert HOVENKAMP (Economics and federal antitrust law, p. 59): "A relevant market is the smallest market for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that market could profitably reduce output and increase its price substantially".

³³ Sérgio Varela BRUNA (op. cit., pp. 77-9).

³⁴ § 2º da Lei Sherman: "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$ 350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court". [15 U.S.C.A. § 2].

³⁵ Como aponta Sérgio Varela BRUNA (op. cit., p. 86), ao citar HOVENKAMP, a decisão ficou conhecida como a falácia do celofane.

³⁶ A respeito comentam Ernest GELLHORN e William KOVACIC (op. cit., p. 102): "The Supreme Court's analysis of cellophane's demand elasticity was flawed. Buyer price responsiveness to changes in cellophane prices establishes that other flexiwrap products are close substitutes (and that du Pont lacked monopoly power) only if competitive prices were in fact being charged for cellophane. But if du Pont already was charging a monopoly price for cellophane, the high cross-elasticity for cellophane may have signified only that du Pont could not have raised its price still further without a substantial sales loss".

³⁷O qual abarca papéis higiênicos, papéis-toalha, lenços de papel e guardanapos.

Parte da Doutrina sustenta que a substituição pela oferta não deve ser considerada na definição do produto relevante, pois trata-se de concorrência potencial, e como tal deve ser enfocada quando da análise das *barreiras à entrada*. Esta é a tradição norte-americana, assim positivada no *Horizontal Merger Guidelines*³⁸: “A definição do mercado limita-se apenas à substituição pela demanda, isto é, levando-se em conta as prováveis reações dos consumidores. Fatores relacionados à substituição pela oferta, isto é, relativos às prováveis reações dos produtores – são considerados em outros tópicos do Guia, ao se identificar as firmas que participam do mercado relevante e na análise de barreiras à entrada”.

Em sentido diametralmente oposto, afirmam alguns doutrinadores que a questão deve ser considerada na identificação do produto do mercado relevante³⁹.

Esta é a tradição europeia, reconhecida no precedente *Continental Can*⁴⁰, no qual o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia asseverou que o produto relevante no mercado de embalagens metálicas leves não abarca apenas os substitutos enfocados sob a ótica da demanda (o uso a que cada tipo de embalagem se destina), mas também a substitutibilidade sob o enfoque da oferta, a saber: “os outros setores do mercado de embalagens metálicas leves (...) em posição de entrar em tal mercado, através de uma simples adaptação”⁴¹.

Este entendimento foi reafirmado pelo TJCE no precedente *Michelin*⁴², ocasião em que o Tribunal assinalou: “Não há elasticidade na oferta entre pneus para veículos pesados e pneus para carros devido às significativas diferenças nas técnicas de produção, nas fábricas e nas ferramentas necessárias para a sua fabricação”.

Há ainda uma terceira corrente⁴³, a qual considera a substituição pela oferta uma questão tanto de mercado relevante (aspecto produto) como de barreiras à entrada, e traça a linha distintiva no perfil dos novos produtores: se *comprometidos* com o mercado relevante em questão (isto é, se possuem excesso de capacidade instalada, e, portanto, não precisarão realizar altos investimentos para iniciar ou aumentar a produção), devem ser considerados na definição do produto relevante⁴⁴; se *não comprometidos* (isto é, aqueles que deverão efetuar expressivos investimentos para ingressar no mercado em questão), devem ser analisados sob o enfoque da concorrência potencial (barreiras à entrada).

Adicione-se ao tema da dimensão produto do mercado relevante o conceito de submercados (*submarkets*)⁴⁵, pelo qual os produtos tidos por substitutos são classificados em fracos substitutos e fortes substitutos. A doutrina dos submercados inclui tanto os fracos como os fortes no conceito de produto relevante, mas busca identificar, de modo mais preciso, a elasticidade da demanda existente.

Exemplo, no Brasil, de aplicação da doutrina dos submercados, representa o parecer da SAE/MF, proferido no Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12, firmado entre Companhia Cervejaria Brahma e Companhia Antártica Paulista, visando constituir a fusionada AMBEV. Para o Secretário da SEA/MF, Cláudio Considera, no mercado relevante de cervejas (garrafas), as marcas Antártica, Brahma e Skol

³⁸ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, p. 4: “Market definition focuses solely on demand substitution factors – i.e., possible consumer responses. Supply substitution factors – i.e., possible production responses – are considered elsewhere in the Guidelines in the identification of firms that participate in the relevant market and the analysis of entry”.

³⁹ Calixto SALOMÃO FILHO (Direito concorrencial: as estruturas, p. 99) reconhece que a questão principal não reside na possibilidade de substituição pela oferta, mas na identificação da quantidade que presumivelmente será redirecionada para a fabricação do produto.

⁴⁰ Assunto 6/72 Europemballage y Continental Can v. Comisión [1973] Rep. 215, citado por Christopher BELLAMY e Graham CHILD (op. cit., pp. 514-5).

⁴¹ No original: “los otros sectores del mercado de contenedores de metal ligero (...) en posición de entrar en tal mercado, a través de una simple adaptación”. Como denota Valentine KORAH (Introducción al derecho y práctica de la competencia en la CEE, pp. 203-4), ao justificar o porquê de o Tribunal ter revogado a decisão da Comissão da CE: “La Comisión (...) no tomó en cuenta los sustitutos del lado de la oferta: cómo resultaría de factible el que los productores de latas cilíndricas pudieran empezar a fabricarlos con formas distintas para la carne y el pescado. Si fuera fácil modificar la producción de esta forma, Continental Can tendría poca elección en caso de aumentar sus precios”.

⁴² Michelin v. Comisión. Assunto 322/81, 1983, citado por BELLAMY, Christopher e CHILD, Graham, op. cit., p. 515: “No hay elasticidad en la oferta entre neumáticos para vehículos pesados y neumáticos para coches debido a las diferencias significativas en las técnicas de producción, en las fábricas y en las herramientas necesarias para su fabricación”.

⁴³ Sérgio Varella BRUNA (op. cit., p. 91).

⁴⁴ Assim entende Calixto SALOMÃO FILHO (Direito concorrencial: as estruturas, pp. 153-4), para quem a substituição pelo lado da oferta pressupõe a existência de capacidade instalada, mas não utilizada para a produção do bem relevante.

⁴⁵ Sobre a aplicação da teoria dos submercados na jurisprudência americana, veja Ernest GELLHORN e William KOVACIC (op. cit., pp. 376 e segs.).

apresentavam substitutibilidade mais próxima entre si (substitutos fortes) do que com as demais marcas do mercado (substitutos fracos, tais como a Kaiser, a Schincariol e outras)⁴⁶

A *dimensão geográfica* do mercado relevante, por sua vez, é identificada a partir da definição do espaço em que os produtos ofertados são tratados como substitutos. Como assinala Shyam KHEMANI⁴⁷, se os compradores de determinado produto em um dado local estão dispostos a adquiri-lo em outro ponto de venda em resposta a um pequeno, mas significativo, aumento de preço, então esses dois pontos de venda estão no mesmo mercado geográfico.

Em regra, o custo e o tempo de transporte, bem como o montante de tributos incidentes sobre a operação de transporte (como é o caso, no Brasil, do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, o imposto de importação e o imposto de exportação) são as variáveis que mais influenciam a definição dos limites do mercado geográfico relevante^{48 49}.

Nos produtos de baixo valor agregado, os preços de venda são diretamente influenciados pelos custos de transporte, o que induz ao estreitamento da dimensão geográfica do mercado relevante⁵⁰.

Tal raciocínio, *a contrario sensu*, pode ser aplicado aos produtos de alto valor agregado, em regra inseridos em mercado relevante de dimensões geográficas extensas (não raro transnacional), porque os custos de transporte não são capazes de alterar de forma substancial o preço a ser praticado⁵¹.

Da mesma forma que os custos de transporte, os tributos são, em larga escala, responsáveis pela delimitação do mercado geográfico às fronteiras territoriais de um país, ou mesmo às divisões de uma de suas unidades federativas.

Se o importador de um produto necessita pagar uma tarifa para o seu regular ingresso no mercado doméstico, o aumento de preço verificado poderá dissuadir os consumidores domésticos de adquiri-lo. Nessa hipótese, o mercado geográfico limitar-se-á ao mercado interno.

Entretanto, quanto mais provável for a existência de abuso de posição dominante no mercado relevante considerado, maior será o estímulo à efetiva entrada de concorrentes distantes, o que faz alargar o conceito de mercado relevante geográfico, e vice-versa.

Assim ensinam Ernest GELLHORN e William KOVACIC⁵²: “As vendas consideradas dentro do mercado geográfico poderão incluir vendas de firmas aí localizadas apenas porque o mercado está monopolizado. Conseqüentemente, a definição do mercado geográfico nos casos de monopólio tende a subestimar as participações de mercado onde o preço de mercado alcançar o nível monopolístico; e a superestimar o poder de mercado (participação de mercado) do acusado onde existam rivais competitivos”.

Quanto ao mercado geográfico, deve-se observar, por fim, que, se o escopo político de integração de mercados regionais influenciar de modo decisivo a aplicação das normas antitruste, como ocorre no caso da Comunidade Econômica Européia, a definição do mercado geográfico será outra, mais abrangente, em atenção à necessidade de se garantir condições equitativas de concorrência em toda a dimensão espacial dos mercados que se pretende integrar.

⁴⁶ Assim anotou o I. Secretário em seu parecer (p. 46): “Os gráficos recolhem, para um período razoavelmente largo de tempo, os preços relativos das marcas Brahma, Antarctica, Skol, Kaiser e Schincariol em diferentes mercados geográficos. Repare que, corroborando o argumento anterior, os preços das cervejas de marca Brahma e Antarctica são bastante semelhantes. Perceba-se, adicionalmente, a semelhança entre os preços dessas duas marcas e os preços da marca Skol. Por último, atente-se para o fato de que os preços das marcas Kaiser e Schincariol são razoavelmente diferentes dos das três marcas. Preços relativos são uma boa indicação da distância das marcas no espaço abstrato das características. Preços semelhantes sugerem marcas próximas no espaço abstrato das características. Do mesmo modo, preços distintos indicam marcas distantes. Nesse sentido, os dados anteriormente mencionados são bastante sugestivos de que: (i) Kaiser e Schincariol são marcas distantes das marcas Brahma, Antarctica e Skol, e (ii) a Skol é uma marca próxima das marcas Brahma e Antarctica”.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 13.

⁴⁸ Paula FORGIONI (op. cit., pp. 205-6) aponta os seguintes fatores como determinantes na conformação da dimensão geográfica do mercado relevante: (a) o hábito do consumidor, (b) as características do produto (tais como durabilidade e resistência ao transporte) e (c) a existência de barreiras à entrada.

⁴⁹ Jeffery L. HARRISON (op. cit., pp. 248-51) considera que o custo de transporte constitui o principal critério hábil a definir o mercado geográfico.

⁵⁰ No já referido Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12 (Ambev), o mercado geográfico foi restringido à dimensão regional (cinco regiões, ao longo do Brasil, foram identificadas), ao fundamento de que, devido à elevada influência do custo de transporte no valor do produto (cervejas, águas e refrigerantes), o raio de ação econômica viável, contado do local onde se situa a fábrica, é de 400 quilômetros.

⁵¹ O CADE, no Ato de Concentração nº 08012.001710/98-06, celebrado entre Varig e GE Celma (julgado em 15/07/98), considerou ser mundial o mercado geográfico de turbinas de avião, ao fundamento de ser desprezível o impacto do valor de transporte sobre o custo total do produto.

⁵² *Op. cit.*, p. 107: “The sales figures within the geographic market would include sales of firms located there only because the market is monopolized. Consequently, geographic market definitions in monopoly cases tend to understate market shares where the market price reaches monopoly levels and to overstate a defendant’s market power (shares) where it faces competitive rivals”.

Como anota Calixto SALOMÃO FILHO⁵³, ao citar o célebre precedente *United Brands vs. Commission*, a Corte de Justiça da Comunidade Económica Européia definiu o mercado relevante como sendo a região onde “as condições de concorrência são suficientemente homogêneas para o fim de se avaliar o poder econômico do agente”⁵⁴.

A *dimensão temporal* do mercado relevante está relacionada com as indústrias que operam em ciclos (por exemplo, as safras), isto é, apresentam distribuição heterogênea da quantidade produzida ao longo do ano.

O aspecto temporal possui o condão de alargar, ou restringir, a dimensão produto e a dimensão geográfica do mercado relevante. Assim, em época de produção abundante, o preço do bem pode cair de tal forma que passará a ser considerado substituto de outros (alargando-se, assim, o conceito de produto relevante) que, em tempos de entressafra, não o seria.

Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado à dimensão geográfica, dado que o barateamento do bem, devido à sua produção abundante, poderá viabilizar seu transporte a regiões mais distantes, antes não cobertas pelo artigo de época.

3.2 AS BARREIRAS À ENTRADA

A noção de barreiras está diretamente ligada com a idéia de restrição à livre mobilidade do capital: constituem barreiras todos os fatores que impedem ou desestimulam o agente econômico de se retirar de um mercado não-lucrativo ou de ingressar em mercado que apresente lucros extraordinários.

J. BAIN⁵⁵ considera barreira à entrada todo fator que possibilita ao concorrente efetivo manter preços acima do nível competitivo sem que isso induza a entrada de um concorrente potencial. Como exemplo, cita as economias de escala, as vantagens de custo fixo, a diferenciação do produto e a necessidade de grandes montantes de capital a fim de viabilizar a escala mínima necessária à produção.

O conceito de BAIN foi contestado por STIGLER⁵⁶, para quem a barreira à entrada corresponde à parcela de custo a ser suportada pelo concorrente potencial (entrante), mas que não tenha sido incorrida pelo concorrente efetivo, quando este ingressou no mercado em questão.

Como anota Shyam KHEMANI⁵⁷, enquanto BAIN conclui que economia de escala e investimento maciço de capital são barreiras, STIGLER não as considera, ao assumir que o crédito financeiro e os recursos tecnológicos são oferecidos pelo mesmo custo tanto ao concorrente potencial como ao concorrente efetivo.

O enfoque conferido ao tema por BAIN privilegia a análise do efetivo grau de dificuldade em se contestar lucros monopolísticos. Já STIGLER enfoca as barreiras que não apenas tornam difícil contestar o mercado, mas as que, de fato, *tornam impossível* a entrada do concorrente potencial.

Utilizando-se, neste estudo, o conceito formulado por BAIN, citem-se, como exemplo de barreiras, as condições estruturais do mercado, o comportamento dos concorrentes efetivos (chamado de barreiras artificiais) e as restrições legais, estas conhecidas como barreiras regulatórias.

Entre as condições estruturais do mercado que criam barreiras à entrada, podemos citar os custos irrecuperáveis, as economias de escala, as vantagens de custo absoluto, os altos investimentos iniciais, a diferenciação entre produtos e o acesso à infra-estrutura comum.

⁵³ *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 117 (Caso n. 27/76; decisão de 14.2.78).

⁵⁴ No original: “the conditions of competition are sufficiently homogeneous for the effect of the economic power of the undertaking to be evaluated”. A partir do conceito de mercado relevante como aquele em que as condições de concorrência são homogêneas para todos os participantes, concluem Christopher BELLAMY e Graham CHILD (*op. cit.*, p. 528) que, na Comunidade Européia, em regra, o mercado geográfico abarcará sempre a total amplitude do Mercado Comum Europeu; definições mais estreitas de mercado geográfico, em consequência, deverão sempre ser fundamentadas: “El mercado geográfico debe ser un área en que las condiciones de la competencia aplicables al producto de que se trate sea la misma para todos los comerciantes. Tales condiciones pueden prevalecer perfectamente a través de todo el Mercado Común y si hay que establecer un mercado geográfico más pequeño, debe ser en base a algún factor, por ejemplo los costes de transporte u otros que hagan considerar un área particular como más apropiada”.

⁵⁵ *Barriers to new competition*, apud. Shyam KHEMANI, *op. cit.*, p. 102.

⁵⁶ A despeito das críticas deduzidas por STIGLER, o conceito de BAIN é o mais comumente aceito pela Doutrina antitruste.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 102.

Os custos irrecuperáveis (*sunk costs*) correspondem ao montante de investimento realizado pelo entrante que não poderá ser recuperado na hipótese de sua eventual saída do mercado em questão, uma vez que tais custos são incorridos exclusivamente para fornecer o produto no mercado relevante considerado.

Quanto maior for o custo irrecuperável, menos estimulado estará o concorrente potencial em ingressar no mercado em questão, o que significa dizer, em outras palavras, que maiores serão as barreiras à entrada.

Como exemplos de custos irrecuperáveis, podemos citar: (a) o gasto de publicidade com vistas a produzir a diferenciação do produto, necessário em um mercado organizado sob a estrutura da concorrência monopolística, e (b) investimento em ativos específicos para determinada indústria (maquinário), inservíveis a qualquer outra aplicação.

As economias de escala ocorrem sempre que o custo unitário cai à medida que a produção se expande. Tal fenômeno permite que o concorrente efetivo (cuja escala de produção se presume maior) aufera lucros em níveis maiores do que o novo entrante (o qual, presume-se, acabou de ingressar no mercado com o menor investimento viável, o que lhe garante apenas uma escala mínima de produção).

As vantagens de custo absoluto compreendem toda a sorte de recursos auferidos apenas pelo concorrente efetivo, tais como o acesso privilegiado a uma dada fonte de recursos naturais (minas e rios, por exemplo) ou mesmo a um determinado grupo de técnicos, não disponíveis ao concorrente potencial.

Se os investimentos mínimos necessários à viabilidade da entrada de novo concorrente são altos, constitui esse fator uma verdadeira barreira à entrada. Como anota Shyam KHEMANI⁵⁸, altos investimentos geralmente estão associados a mercados em que as economias de escala e os custos irrecuperáveis são também elevados.

A diferenciação entre produtos produz o chamado *nicho de mercado* (*cluster market*), capaz de dificultar a entrada de novo concorrente. Exemplo citado pela Doutrina⁵⁹ está na mudança anual dos modelos de veículos produzidos pela indústria automobilística, o que requer das montadoras uma enorme dimensão em suas linhas de produção, fator que dificulta a entrada de novos concorrentes.

O acesso à infra-estrutura comum⁶⁰ (*common facility*) constitui barreira à entrada porque o concorrente efetivo poderá bloquear o uso da infra-estrutura ao novo entrante, ou então impedir o seu uso em condições paritárias.

Entre as barreiras à entrada que derivam do comportamento dos concorrentes efetivos (barreiras artificiais), estão o preço predatório, a capacidade ociosa existente, a influência no gosto dos consumidores e o uso de restrições verticais não-razoáveis.

Por meio do preço predatório, o concorrente efetivo coloca seu produto à venda por preço inferior ao custo de produção⁶¹. Se o entrante acreditar que a sua inserção no mercado será golpeada por preços predatórios, provavelmente não irá entrar, o que faz tal conduta caracterizar-se como modalidade de barreira à entrada.

A capacidade ociosa possibilita ao concorrente efetivo aumentar sua produção – como resposta ao entrante – sem incorrer em elevados custos marginais.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 108.

⁵⁹ Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 156.

⁶⁰ Hipótese em que todos os concorrentes dividem o uso de uma necessária infra-estrutura, tais como rodovias, ferrovias e infovias.

⁶¹ Como leciona Nuno T. P. CARVALHO (op. cit., pp. 30-1), preço predatório corresponde àquele insuficiente para cobrir os custos (variáveis ou totais) médios. Aduz o Autor, com propriedade, que o conceito de preço predatório não se confunde com o de dumping, este caracterizado pela venda, no mercado exterior, a preço inferior àquele praticado no país de origem da mercadoria. Ernest GELLHORN e William KOVACIC (op. cit., pp. 137-9) citam a existência de quatro escolas doutrinárias sobre o preço predatório: (a) a primeira é a chamada *cost-base school*, cuja análise moderna, desenvolvida por Phillip Arreda e Donald Turner, sustenta ser irracional para o agente econômico praticar preço abaixo do custo marginal de curto prazo, a não ser que possua reais expectativas em recuperar tais perdas por intermédio de uma futura prática de preço ao nível monopolístico. Por ser difícil calcular o custo marginal, utiliza-se como parâmetro o custo médio variável; (b) a segunda é chamada de *structural filter school*, pela qual se afasta a acusação de preço predatório se a estrutura do mercado relevante considerado revelar a existência de baixos níveis de barreiras à entrada; (c) a terceira é a chamada *no rule school*, a qual considera a prática de preço predatório tão rara e tão irracional, que o Direito Antitruste deve desconsiderá-la; e (d) a quarta, chamada de *game-theoretic school*, aceita a prática de preço predatório como estratégia racional do agente que, aproveitando-se da assimetria de informação existente no mercado, realiza o preço predatório de forma a amedrontar seu concorrente (detentor de pouca ou nenhuma informação sobre os custos do rival) que, em consequência, deixa o mercado ou reduz drasticamente a produção.

A influência no gosto dos consumidores deriva dos gastos maciços com campanhas publicitárias, capazes de criar, no consumidor, necessidades não-justificáveis racionalmente.

Como exemplo de restrições verticais não razoáveis, capazes de elevar as barreiras à entrada porque determinam o aumento dos custos do entrante, podemos citar: (a) o bloqueio, perpetrado pelo concorrente efetivo, ao acesso de matéria-prima pelo entrante, (b) a discriminação do preço da matéria-prima em desfavor do entrante e (c) o bloqueio à rede de distribuição existente, não podendo o entrante dela se utilizar, instrumentalizado tal bloqueio por meio de acordos de exclusividade entre distribuidor e concorrente efetivo, ou ainda por imposição de venda casada.

As barreiras regulatórias, por sua vez, compreendem toda forma de intervenção estatal na economia capaz de limitar a livre entrada e saída dos fatores de produção em um dado mercado relevante⁶².

Exemplo comum de barreira regulatória encontra-se na disciplina do comércio internacional: a cobrança de tarifas, tais como o imposto de importação, constitui mecanismo tradicional de elevação das barreiras à entrada de novos concorrentes, com vistas a proteger a indústria doméstica.

Cite-se como barreira regulatória, ainda, a necessidade de autorização específica, concedida por órgão estatal, para que o agente econômico possa exercer a atividade comercial, como é o caso da concessão de serviços públicos.

Definido o conceito de barreiras à entrada, questiona-se: qual a sua efetiva relação com o princípio constitucional da livre concorrência ?

A resposta a esta pergunta permeia a constatação de que a restrição no nível de *concorrência efetiva* em um dado mercado relevante, perpetrada, por exemplo, por um ato de concentração econômica, não basta para que se conclua sobre a sua reprovação, ou aprovação com restrições: é preciso ainda indagar acerca do nível de concorrência potencial existente, isto é, do grau de barreiras à entrada⁶³.

Como assinala Shyam KHEMANI⁶⁴, uma fusão poderá tornar mais provável a prática de certa conduta anticompetitiva, mas, se essa tentativa de abuso puder ser neutralizada dentro de um certo período de tempo (em até dois ou três anos) pela entrada de um novo concorrente, tal fusão, no que respeita aos escopos econômicos do direito antitruste, poderá ser aprovada sem restrições.

E qual seria o nível máximo de barreiras à entrada capaz de permitir a neutralização, pela concorrência potencial, do poder econômico detido pelo concorrente efetivo? Reformulando-se a pergunta: se, após a fusão, suponha-se, os preços praticados subam acima do nível competitivo em proporção considerável, quais seriam as condições necessárias para que o novo concorrente seja capaz de ingressar nesse mercado rapidamente, e em escala suficiente a fim de que os concorrentes efetivos sofram prejuízos ao manter o preço alto ? Quatro dimensões delimitam a resposta.

Primeiro, a questão concernente ao *aumento do preço*. Deve este ser pequeno, mas significativa e não transitório. Convenciona-se, em regra, considerar como tal o aumento em 5% (cinco por cento), para perdurar, ao menos, no médio prazo.

Segundo, a chamada *probabilidade de entrada*. Quanto maior o aumento de preços, mais provável será a entrada. A investigação antitruste deve ser completa nesse aspecto, questionando-se os concorrentes potenciais, domésticos ou não, sobre a probabilidade de entrada.

Terceiro, o *tempo de entrada*. A entrada de novos concorrentes deve ser rápida o suficiente para que os consumidores não sejam significativamente lesados pelos abusos perpetrados. Considera-se rápida a entrada capaz de contestar os preços altos no prazo de dois anos. No caso de bens duráveis (eletrodomésticos e automóveis, por exemplo), a entrada rápida pode dar-se em três ou quatro anos.

⁶² Como aponta Sérgio Varella BRUNA (op. cit., p. 60), as barreiras regulatórias (ou institucionais) são justificáveis como instrumento para a garantia de padrões mínimos de qualidade, segurança, preservação do meio ambiente e saúde pública.

⁶³ A importância da concorrência potencial como instrumento de controle do abuso de poder econômico foi asseverada pela teoria dos mercados contestáveis, segundo a qual qualquer configuração de mercado (inclusive o monopólio), se contestável, é capaz de apresentar os mesmos preços praticados no regime de concorrência perfeita. Tal teoria surgiu no início da década de 80, a partir de estudos publicados por W. J. BAUMOL. Sustenta-se que a simples ameaça de entrada do concorrente potencial induz ao estabelecimento dos preços em nível próximo aos de custo, bem como à eficiência na produção, além de suprimir eventual interação entre os participantes do oligopólio.

⁶⁴ Op. cit., p. 48.

Quarto, a *suficiência da entrada*. O novo concorrente deverá ser capaz de produzir o bem em escala (quantidade) suficiente o bastante, a fim de tornar perceptível a queda nas vendas por aqueles que estão restringindo a concorrência.

Conclui-se, neste contexto, que o conceito de barreiras à entrada influi de forma considerável na aplicação do princípio constitucional da livre concorrência, pois amplia o conceito de *concorrência* para abarcar não apenas a sua forma *efetiva*, mas também a *concorrência potencial*. Verificada a existência desta em elevado nível, dispensa-se a tutela da '*livre concorrência*' entre os concorrentes efetivos.

4. COMPENSAÇÕES: A EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Como anota Shyam KHEMANI⁶⁵, a eficiência econômica pode ser entendida como a busca de eficiência alocativa⁶⁶ e de eficiência produtiva⁶⁷, estática ou dinâmica⁶⁸, mediante a redução dos custos de produção, avanço tecnológico e/ou inovação⁶⁹.

Os ganhos de eficiência econômica decorrem de um aumento na razão existente entre os recursos utilizados e o montante produzido, o que pode ser representado por⁷⁰: (a) menos recursos para se produzir a mesma quantidade, (b) menor qualidade dos recursos para se produzir na mesma qualidade, (c) os mesmos recursos para se produzir mais, (d) os mesmos recursos para se produzir bens de maior qualidade e (e) os mesmos recursos para se produzir uma maior variedade de produtos.

Entre exemplos de atos de concentração econômica capazes de produzir eficiência, podemos citar⁷¹: (a) a união de dois concorrentes efetivos ou potenciais, propiciando vantagens de economia de escala na produção; os custos serão menores, mas também restará diminuído o nível de concorrência, com possível elevação dos preços praticados; (b) a união de dois concorrentes potenciais em uma *joint venture*, de modo a viabilizar o compartilhamento de esforços para a pesquisa e o desenvolvimento de um novo produto; os custos serão divididos, mas provavelmente a falta de rivalidade entre os participantes do acordo irá, não raro, postergar o lançamento do novo produto; e (c) a união de dois concorrentes efetivos que atuam, cada um, em diversos mercados relevantes (aspecto produto); após o acordo, haverá especialização entre os fusionantes, de modo que um estará apto a produzir para o outro, e vice-versa. Ao se especializarem em equipamentos e pessoal, ambos reduzirão seus custos, mas, ao conhecerem os custos um do outro, provavelmente irão competir de forma menos agressiva nos preços praticados.

⁶⁵ Op. cit., p. 2.

⁶⁶ Eficiência alocativa corresponde à produção de um determinado produto ou serviço na exata quantidade que a sociedade deseja adquirir, isto é, até o momento em que o custo social de sua produção seja igual ao seu preço de venda (Jeffery L. HARRISON, op. cit., pp. 29-33). No momento em que os recursos estiverem distribuídos de tal forma que não poderão ser realocados sem que o custo supere a utilidade social, diz-se que tal alocação constitui o 'Ótimo de Pareto'. Jeffery L. HARRISON (op. cit., p. 34) aponta ainda que o Ótimo de Pareto se relaciona com a busca de maximização da riqueza total (total surplus) de uma dada sociedade; nada menciona, entretanto, sobre a efetiva distribuição dessa riqueza entre os grupos sociais: "It may seem quite clear that resources would be allocated more efficiently if money were taken from the very wealthy and then used to pay for food and shelter for the neediest. And, for all anyone knows, the amount of benefit for the poor would greatly exceed the loss experienced by those from whom the money is taken. While this may seem obvious to some, the problem is that economics as a science is not equipped to make any assurances about the relative gains and losses from such a redistribution. Such an analysis involves what economists call an "interpersonal comparison of utility". Pareto standards avoid these comparisons (...)". A eficiência alocativa, assim definida, não se confunde com a noção de distribuição de riqueza e renda entre as diversas classes sociais. Como anota Calixto SALOMÃO FILHO (Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, p. 111): "Não se deve confundir a questão com o problema da distribuição de renda e de riqueza (...); verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam".

⁶⁷ Produção da mesma quantidade de bens a um custo menor, ou produção de uma maior quantidade de bens, ao mesmo custo. Como afirma Calixto SALOMÃO FILHO (Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, p. 112): "A eficiência produtiva representa o efetivo uso dos recursos pelas empresas. É, portanto, um dado interno de cada empresa, significando o nível de dispêndio necessário para produzir um determinado bem".

⁶⁸ Eficiência dinâmica (Shyam KHEMANI, op. cit., p. 126) corresponde ao aumento, ao longo do tempo, na produtividade, ou à redução do custo unitário de produção, decorrente de incentivos à inovação. Eficiência estática corresponde ao ganho ora definido, mas produzido apenas uma vez no tempo.

⁶⁹ Como anota Shyam KHEMANI (op. cit., p. 125), diferencia-se a eficiência propiciada pela redução dos custos de produção, ou pelo aumento de qualidade (avanço tecnológico), daquela tida como necessária ao próprio desenvolvimento de um novo produto (inovação).

⁷⁰ Shyam KHEMANI, op. cit., p. 126.

⁷¹ Idem, ibidem, p. 124.

Entre as modalidades mais comuns de eficiência econômica, encontram-se as seguintes⁷²:

(a) desenvolvimento de produto novo: beneficia-se o consumidor, que antes não possuía acesso ao produto elaborado, bem como o produtor, que passará a auferir ganhos com a venda do bem inédito;

(b) economia de escala: correspondente à eficiência produtiva⁷³, a economia de escala⁷⁴ propicia uma queda real no custo unitário de produção;

(c) economia de racionalização ou especialização: derivada do uso mais racional e especializado de recursos humanos e equipamentos, acrescentando-se aos ganhos de produtividade decorrentes da especialização a redução no custo unitário de produção⁷⁵;

(a) economia de escopo: resultado da economia de custos derivada da produção conjunta de dois ou mais bens⁷⁶;

(b) economia pela otimização do uso da capacidade instalada: a ociosidade média da capacidade instalada constitui efetivo custo de produção, o qual pode ser reduzido, ou mesmo eliminado, se a capacidade instalada para a mesma atividade for otimizada para a produção⁷⁷;

(c) sinergias: ocorre quando duas empresas, que possuem excesso de capacidade instalada *em diferentes atividades ou funções*, otimizam a ociosidade existente de forma que cada empresa faz uso produtivo da ociosidade detida pela outra⁷⁸;

(d) economia de custos de transação: corresponde à economia nos gastos decorrentes de negociação de contratos e de monitoramento quanto ao cumprimento das obrigações avençadas⁷⁹; e

(e) economia em pesquisa e desenvolvimento: corresponde à economia de custo derivada da pesquisa realizada em comum por duas ou mais empresas, conjugando-se recursos materiais e humanos⁸⁰.

Conceituada a *eficiência econômica*, deve-se inquirir, em seqüência, a relação deste instituto com a tutela da concorrência praticável e a proteção do próprio consumidor.

No que respeita à concorrência praticável, a questão que se formula é a seguinte: até que ponto a eficiência econômica gerada pelo ato de concentração será capaz de *compensar* os danos causados ao nível de concorrência existente no mercado considerado?

⁷² A Lei nº 8884/94 refere-se expressamente às eficiências derivadas de: (a) aumento de produtividade, (b) melhoria da qualidade de bens ou serviços e (c) desenvolvimento tecnológico ou econômico (art. 54, § 1º, inciso I, alíneas 'a', 'b' e 'c'). Entretanto, constitui ponto pacífico na Doutrina (José Marcelo Martins PROENÇA, op. cit., p. 100 e p. 155) e na atividade judicante do CADE (AC nº 16/94, Voto da Cons. Neide Mallard) que a referência contida na legislação brasileira é apenas exemplificativa, e não taxativa. São reconhecidas, assim, todas as formas de eficiência econômica identificáveis pela Doutrina, como se depreende da expressão "propiciar a eficiência", contida na alínea 'c' do inc. I do § 1º do art. 54.

⁷³ Como conceitua Jeffery L. HARRISON (op. cit., p. 28): "Typically, the term 'efficiency' is associated with the notion of accomplishing an outcome at the lowest possible cost. The term for that type of efficiency is 'productive efficiency'".

⁷⁴ Conceituada por Fábio NUSDEO (Curso de economia – introdução ao direito econômico, op. cit., p. 147) como "o processo pelo qual se reduz acentuadamente o custo unitário de produção de um bem, à medida que aumenta o volume produzido, isto é, a escala de produção". A economia de escala propicia maior acesso ao mercado pelas faixas de menor renda.

⁷⁵ Calixto SALOMÃO FILHO (Direito concorrencial: as estruturas, p. 330) alerta para o fato de serem ilícitos os acordos de especialização que visem dividir mercados entre concorrentes, visivelmente danosos ao consumidor. Para o Autor, com base na jurisprudência da CEE, os acordos de especialização são lícitos em duas hipóteses: (a) nos setores de tecnologia avançada, em que os investimentos para pesquisa e desenvolvimento são particularmente altos, e (b) nos contratos de swaps, por meio do qual a especialização entre empresas é convencionalizada para ser executada apenas se houver crise estrutural no setor (por exemplo, na hipótese de excesso de capacidade produtiva).

⁷⁶ Como exemplo de economia de escopo, podemos citar o fornecimento do serviço de viagem internacional e doméstica pela mesma companhia aérea. A economia de escopo está associada ao conceito de cluster markets, isto é, grupos de produtos e/ou serviços que não competem entre si, mas que são produzidos ou distribuídos em conjunto como meio de se reduzir os custos. Inclui-se no conceito a redução dos custos de transporte, derivada da produção conjunta de bens que, antes fabricados em separado, necessitavam ser transportados para fins de montagem.

⁷⁷ Um bom exemplo encontra-se no acordo existente entre companhias aéreas visando distribuir o excesso de passageiros em assentos vagos da aeronave de empresa concorrente (pooling agreement), como anota Shyam KHEMANI (op. cit., p. 134).

⁷⁸ O exemplo dado por Shyam KHEMANI (op. cit., p. 134) relata o acordo entre uma dada empresa que detenha tecnologia avançada, mas pouca notoriedade no mercado onde pretende ingressar, e outra empresa que possua tal notoriedade, mas produto tecnologicamente defasado. Um acordo entre ambas viabilizaria a comercialização de um produto competitivo, sob a roupagem de uma marca notória.

⁷⁹ Os exemplos mais comuns derivam de acordos verticais (acordos de distribuição com exclusividade de produto e/ou território), mas também podem surgir em acordos horizontais, como é o caso da licença coletiva de direitos autorais, como indica Shyam KHEMANI (op. cit., p. 135) ao citar precedente da Suprema Corte dos EUA (Broadcast Music v. Columbia Broadcasting Sys., Inc., 441 U.S. 1, 1979).

⁸⁰ Calixto SALOMÃO FILHO (Direito concorrencial: as estruturas, pp. 327-8) comenta que, na jurisprudência da Comunidade Econômica Européia, o pedido de aprovação de ato em restrição da concorrência fundado em eficiência para a pesquisa e o desenvolvimento é deferido apenas quando: (a) não haja exploração comercial conjunta dos resultados da pesquisa tecnológica, (b) cada participante, pelos termos do acordo, possa continuar a empreender pesquisa própria, e (c) a união de esforços seja condição necessária ao sucesso da pesquisa.

Este tema tornou-se usual no Direito Antitruste, especialmente entre os que estão incumbidos de aplicar suas normas.

A tutela da eficiência econômica deriva do consenso formado em torno da percepção de que o progresso e o desenvolvimento econômico dependem, em larga medida, da concentração do capital, a qual, não raro, é obtida à custa do nível de concorrência⁸¹.

Grandezas inversamente proporcionais, concorrência e eficiência tornam-se o grande dilema do Direito Antitruste ao instrumentalizar seus escopos econômicos⁸².

Como expressão da linha doutrinária que elege a eficiência econômica como o principal (e único) objetivo do direito antitruste, temos a chamada Escola de Chicago^{83 84}.

Para Robert BORK⁸⁵, “o direito antitruste está focado na melhoria da eficiência dos mercados”.

A respeito, leciona Sérgio Varella BRUNA⁸⁶: “Para os economistas da Escola de Chicago, a eficiência econômica deveria ser o único objetivo da política antitruste. Como eficiência, escala de produção e investimentos em tecnologia normalmente andam de mãos dadas, não se deveria intervir no mercado tendo em vista somente sua estrutura, mas apenas quando esta se revelasse ineficiente, ao passo que, se houvesse eficiência, a estrutura concentrada deveria ser não somente tolerada como também incentivada. Atitude governamental prudente seria, portanto, somente intervir quando houvesse certeza de que o resultado apurado após a intervenção seria melhor do que aquele anteriormente existente. Em caso de dúvida, dever-se-ia optar pela não intervenção”.

Neste contexto, sendo a defesa da concorrência concebida como mero instrumento de busca de eficiência, admite-se a lesão à concorrência (derivada do ato de concentração econômica) se forem provados, proporcionalmente, os ganhos de eficiência econômica atingidos com a restrição concorrencial.

Como assinala Shyam KHEMANI⁸⁷, em passagem influenciada pelo pensamento da Escola de Chicago, os especialistas em direito antitruste concordam que uma dada fusão, ainda que venha a ferir de modo significativo o nível de concorrência existente, deve ser aprovada se os benefícios à sociedade (= eficiências econômicas) são de grande magnitude, a ponto de compensar o prejuízo à concorrência.

Jeffery L. HARRISON⁸⁸ afirma que, a partir dos anos 70, a Suprema Corte dos EUA enfoca a eficiência e a concorrência como objetivos fulcrais do direito antitruste, em detrimento de escopos sociais ou políticos: “A análise econômica tornou-se um elemento central no direito antitruste nos anos 70, quando

⁸¹ Afirmam Ernest GELLHORN e William KOVACIC (op. cit., p. V) que nos EUA, durante a Era Reagan, o Departamento de Justiça e a FTC adotaram um rigoroso enfoque em prol da eficiência econômica e usaram os seus recursos para perseguir apenas as restrições horizontais limitativas da produção e as grandes fusões horizontais.

⁸² Como anota Shyam KHEMANI (op. cit., p. 125), diversos países admitem em suas legislações a possibilidade de a eficiência econômica resultante de uma fusão ser utilizada como meio de defesa dos fusionantes, de modo a afastar qualquer sanção cabível em razão do detrimento do nível de concorrência verificado. A título exemplificativo, podemos citar EUA, Reino Unido, Canadá, Austrália e Nova Zelândia. Na Itália, as defesas calcadas na eficiência podem ser utilizadas em acordos de cooperação, mas não em fusões ou aquisições. Na União Europeia, acordos horizontais que restrinjam a concorrência, tais como a fixação de preços ou de quotas de mercado, não são compensáveis por eventuais ganhos de eficiência.

⁸³ Iniciada pelas lições de Aaron DIRECTOR (o qual aplicou, de forma ainda simplificada, a *price theory* ao direito antitruste, como anotam Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 18) e Ronald COASE, nos anos 50, a Escola de Chicago tem como seus principais expoentes os economistas Robert BORK, BOWMAN, Mac GEE, TELSER, Richard POSNER, STIGLER, DEMSETZ, BROZEN e EASTERBROOK (Miguel CUNHA, op. cit., p. 84 e Paula FORGIONI, op. cit., pp. 157-8). A Escola de Chicago alcançou o seu auge durante a década de 1980, quando exerceu predominante influência nos delineamentos das políticas econômicas instituídas pelo Governo Ronald REAGAN.

⁸⁴ Jeffery L. HARRISON (op. cit., p. 2) assim se refere às origens da Escola de Chicago: “The most recent wave of law and economics, to which this book is largely devoted and which is probably best known as the Chicago period, roughly began with the appearance of Ronald Coase’s famous 1960 article ‘The Problem of Social Cost’. It gained its real impetus among legal academicians with the publication of Richard Posner’s *Economic Analysis of Law*”. E prossegue o Autor, ao descrever os escopos da Escola de Chicago: “This period of law and economics was and is marked primarily by efforts to describe what law would look like if courts adopted efficiency as their guiding standard. Often the conclusion is that it would look much like it does. The Chicago period has also seen efforts to study the evolution of law to determine whether laws move inevitably toward sets of rules that are efficient. In addition, there have been attempts to address the moral justifications for adoption of efficiency as a desirable standard and, more recently, efforts to test the behavior of individuals in legal contexts with empirical studies”

⁸⁵ Op. cit., p. 18: “the antitrust laws are designed to improve the efficiency of markets”.

⁸⁶ Op. cit., p. 68.

⁸⁷ Op. cit., p. 49.

⁸⁸ Op. cit., p. 219: “Economic analysis became even more central to antitrust in the 1970’s when the philosophy of the Supreme Court with respect to the antitrust laws took a decided turn. Prior to that time, purely economic concerns were often balanced against other social goals. In the 1970’s, however, the Court adopted the view that the antitrust laws were designed solely to further economic objectives. These economic ends are efficiency and competition; they do not directly involve distributive issues”.

a filosofia da Suprema Corte, no que respeita às normas antitruste, tomou uma decisiva guinada. Antes deste período, escopos econômicos isolados eram freqüentemente contrabalançados com outros objetivos sociais. Nos anos 70, entretanto, a Corte adotou o entendimento de que as normas antitruste foram designadas unicamente para promover objetivos econômicos. Esses fins econômicos são eficiência e concorrência; eles não incluem de forma direta temas relacionados à distribuição de riqueza”.

Ernest GELLHORN e William KOVACIC⁸⁹ corroboram o enfoque: “Entretanto, desde meados dos anos 70, os tribunais e as autoridades encarregadas geralmente concordavam com a tese de que uma política antitruste racional deveria excluir objetivos sociais e políticos (por exemplo, preservar oportunidades para que as pequenas firmas pudessem competir) quando a busca de tais valores pudesse prejudicar a eficiência econômica”.

Richard A. POSNER⁹⁰, por sua vez, ao considerar que o preço de monopólio⁹¹, em regra, produz ineficiência, conclui ser o escopo primordial do direito antitruste a tutela da eficiência econômica⁹².

Posto isso, prossegue POSNER, não há razão alguma para o direito antitruste tutelar a concorrência onde ela é menos eficiente que o monopólio⁹³. A intervenção antitruste deve ser operada apenas quando houver *ineficiência* econômica. Se a concentração de poder econômico produz *eficiência*, ela não deve ser apenas tolerada, mas *incentivada*.

Ernest GELLHORN e William KOVACIC⁹⁴ retratam que, desde o caso *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-Mat, Inc.*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1977, a aplicação do direito antitruste com enfoque na tutela da eficiência econômica se tornou freqüente.

Cite-se, ainda, o preâmbulo da lei antitruste canadense, o qual enuncia que o seu propósito é o de manter e estimular a livre concorrência *como instrumento de promoção da eficiência econômica*⁹⁵.

Relevante parte da Doutrina antitruste, entretanto, critica o enfoque chicageano de que a eficiência econômica deve ser tutelada como um fim em si mesma.

Se, por um lado, é consenso afirmar que a proteção da concorrência como um fim em si mesma, desprezando-se os ganhos de eficiência econômica, constitui exegese equivocada⁹⁶, também, por outro, é certo afirmar que as eficiências econômicas resultantes de uma concentração, ainda que elevadas, não são capazes de *compensar* uma hipotética substancial perda do nível de concorrência no mercado relevante considerado⁹⁷.

Nuno T. P. CARVALHO⁹⁸ anota que a compensação entre os danos à concorrência e os ganhos de eficiência apresenta *limite*, previsto no art. 54, § 1º, inc. III, da Lei nº 8884/94: “O dispositivo diz que não pode haver ‘eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante. Portanto, em princípio, não há eficiências que justifiquem um ato de concentração que leve à monopolização ou a uma alta concentração do mercado”.

Para Lawrence A. SULLIVAN, “o direito antitruste não lida apenas com questões relacionadas à eficiência alocativa”⁹⁹.

⁸⁹ Op. cit., p. 87: “However, since the mid-1970s, courts and enforcement officials generally have agreed that rational antitrust policy should not pursue social and political aims (e.g., preserving opportunities for small firms to compete) when vindicating such values would undermine economic efficiency”.

⁹⁰ Op. cit., p. 4.

⁹¹ Preço superior ao competitivo, porque inclui lucro extraordinário como decorrência de uma escassez artificial do produto levada a cabo pelo detentor da posição monopolística.

⁹² POSNER afirma que é a ineficiência dos preços de monopólio e a eficiência econômica, como importante valor social, que “establishes a prima facie case for having an antitrust law”. Sustenta o autor, em conclusão, que, como consequência da aplicação da teoria dos preços, a eficiência deveria ser elevada à condição de objetivo único do direito antitruste.

⁹³ No original (op. cit., p. 4): “To the extent that efficiency is the goal of antitrust enforcement there is no justification for carrying enforcement into areas where competition is less efficient than monopoly because the costs of monopoly pricing are outweighed by the economies of centralizing production in one or a very few firms”.

⁹⁴ Op. cit., p. 35.

⁹⁵ Shyam KHEMANI, op. cit., p. 3.

⁹⁶ Como anotado acima no item 3.1.4.4., que trata da tutela à concorrência praticável.

⁹⁷ Traçar o ponto de equilíbrio entre o nível (máximo) de eficiência e o nível (mínimo) de concorrência socialmente desejáveis constitui um dos pontos centrais de reflexão da Doutrina Antitruste contemporânea.

⁹⁸ Op. cit., p. 157.

⁹⁹ Antitrust, p. 376, apud. Paula FORGIONI, op. cit., p. 153: “the antitrust laws do not deal solely with problems of allocative efficiency”.

Esta tendência doutrinária, que reconhece ser necessária a tutela, ainda que residual, de uma concorrência praticável, como ressaltado no item 3.1.4.4 acima, opera ressalvas inclusive no que respeita à própria constatação das eficiências econômicas alegadas.

Por exemplo, se a eficiência alegada puder ser alcançada por meio menos danoso à concorrência, então o ato de concentração proposto deverá ser reprovado^{100 101}. A lei antitruste dos EUA, ao tratar das restrições horizontais à concorrência, reconhece que os ganhos de eficiência são considerados apenas quando a fusão apresentada *é o único meio necessariamente razoável a alcançá-los*.

De outro lado, a economia de custos admitida como eficiência econômica é a economia *real* de custos, e não a mera *transferência* de custos a outros setores da economia. Exemplifica-se.

Uma reestruturação da rede de distribuição que tenha por objetivo reduzir as margens de lucro dos distribuidores não é considerada eficiência econômica. A mesma solução se aplica à fusão geradora de economia no pagamento de impostos, pois aqui não se trata de eficiência, mas de mera transferência de renda entre o fisco e os fusionantes.

Afastam-se, ainda, as defesas calcadas em eficiências produzidas fora do mercado relevante¹⁰². O argumento se sustenta pela lógica inerente ao fato de que a eficiência é alegada como forma de compensação pelo prejuízo gerado ao nível de concorrência existente no mercado relevante em questão. Tal compensação apenas ocorrerá se as eficiências forem geradas no mesmo mercado relevante objeto da restrição à concorrência.

Calixto SALOMÃO FILHO¹⁰³ amplia a crítica aos pressupostos da Escola de Chicago. Para o Autor, os princípios valorativos da doutrina desenvolvida pela Escola de Chicago contribuíram, no campo do Direito, para a concepção de uma nova Teoria Geral do Direito, chamada de *Análise Econômica do Direito*¹⁰⁴, cujo objetivo principal é o de atribuir à regra jurídica apenas um valor, tido por absoluto: o de tutela à eficiência econômica.

A crítica feita pelo Autor, com propriedade, relembra que o Direito não pode ser visto apenas como mero instrumento de política econômica, porque eivado de considerações outras, valorativas e distributivas¹⁰⁵, as quais não raro se conflitam com os objetivos de maximização da riqueza e devem ser dignas de tutela¹⁰⁶.

J. A. T. GUERREIRO¹⁰⁷, ao analisar os dados da economia brasileira, critica a postura doutrinária que considera a eficiência econômica um valor intrínseco a ser tutelado: *“Não está demonstrada, na experiência, a proclamada verdade de que a concentração empresarial beneficia efetivamente o consumidor e a economia popular. Ao revés, o que a nossa história recente revela é bem o contrário, a partir do início da década de 70, com o estímulo governamental à concentração de empresas, sobretudo no setor da agroindústria da cana-de-açúcar e no campo das instituições financeiras. Não se pode negar que, ao menos em princípio, a pluralização de ofertas no mercado, com o controle das práticas concentradoras e a repressão às tendências monopolizantes, aumenta as oportunidades de um comércio mais competitivo e salutar, no interesse do próprio consumidor e do povo”*.

¹⁰⁰ Shyam KHEMANI, op. cit., p. 131. Ernest GELLHORN e William KOVACIC (op. cit., p. 398) afirmam a respeito que: “the federal agencies tend to be skeptical of most efficiency claims and will reject such arguments where the asserted benefits can be attained in other ways”.

¹⁰¹ Como assinala Shyam KHEMANI (op. cit., p. 49), diversos países incluíram em suas legislações antitruste um requisito adicional à aprovação de fusões com fulcro na eficiência econômica: a concentração proposta deve provar que os prejuízos causados à concorrência são os menores possíveis, diante do grau de eficiência que se pretende alcançar. Este requisito está previsto na legislação brasileira em vigor, a qual dispõe no inc. IV ao § 1º do art. 54 (Lei nº 8884/94): “Sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados”.

¹⁰² Shyam KHEMANI, op. cit., p. 132.

¹⁰³ Direito concorrencial: as estruturas, pp. 25 e segs.

¹⁰⁴ Sobre a Escola da Análise Econômica do Direito, anotam Antônio C. SANTOS, Maria E. GONÇALVES e Maria M. L. MARQUES (op. cit., p. 12) que: “Uma das tentativas hoje mais em voga provém de sectores anglo-saxónicos, com a chamada análise económica do direito (Posner, Coase, etc). Ela procura, a partir de uma óptica neo-clássica, explicar e modificar os sistemas jurídicos actuais e, em particular, a regulação jurídica da economia, com base em critérios e objectivos de eficiência económica”.

¹⁰⁵ Sugere Calixto SALOMÃO FILHO (Direito concorrencial: as estruturas, p. 29) que a tutela da workable competition constitui o mecanismo mais eficaz de se garantir a desejável distribuição de riqueza entre produtores e consumidores.

¹⁰⁶ Como reconhece Eros GRAU (O direito posto e o direito pressuposto, p. 44), acerca da tensão existente entre Direito e Economia: “A compreensão de que o direito já está no econômico – mas também não está – permite-nos compreender que nem a economia determina diretamente o direito, nem o direito pode determinar arbitrariamente a economia; permite-nos, ainda, verificar que o direito pode funcionar como instrumento de mudança social”.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 51.

Washington Peluso Albino de SOUZA¹⁰⁸ reconhece que a eficiência econômica representa um dado da realidade econômica, a qual toma em parte apenas a realidade social. E é em atenção aos escopos traçados para essa realidade social, e não para a parcial realidade econômica, que deve estar pautada a intervenção do Estado no domínio econômico.

Nesse sentido, sustenta o Autor, não se pode tutelar a busca da eficiência econômica se esta, em regra, produz a excessiva concentração econômica, subjugando assim os interesses sociais: “Um exemplo esclarecedor é o da empresa que procura elevar ao máximo os seus lucros, isto é, atingir a maior eficácia econômica. Para tanto adotará, segundo a teoria da firma, todo comportamento capaz de reduzir os custos e dominar o mercado pela imposição dos mais vantajosos preços de seu produto. Perante uma ideologia liberal pura, segundo o princípio do ‘laissez faire, laissez passer’, talvez se admitisse tal comportamento. A experiência demonstrou, entretanto, que se chegaria bem cedo à negação da própria liberdade de iniciativa e de concorrência, atingindo-se o monopólio e impondo-se à coletividade a vontade da empresa dominante. Tais regras ferem o interesse social e os Poderes Públicos têm o dever de protegê-lo, não aceitando a sua prática. É assim que surgem as leis antitruste, as que vêm regulamentar a qualidade dos produtos, ou a chamada legislação social, protetora da posição do assalariado na formação dos custos do produto. Consideram que os custos e vantagens, determinados pela economia de mercado e os únicos levados em consideração pela economia da empresa, não contêm os elementos mais importantes da realidade social. Ora, a força da imposição do fato decorre desta realidade e não apenas da realidade parcial econômica, tomada pelo prisma da empresa”.

Quanto à tutela do consumidor, questiona-se: admitido que a eficiência econômica constitui o resultado de um incremento na renda total de uma dada sociedade (total surplus), possui relevância – para a aceitação da defesa calcada em eficiência econômica – a questão relacionada à proporção em que esta riqueza total agregada será distribuída entre produtores e consumidores? Reformulando-se a questão: se toda a eficiência econômica gerada for apropriada exclusivamente pelos produtores, ainda assim será aceitável a defesa do ato de concentração baseada nesta eficiência econômica?

A questão se coloca tendo em vista que a riqueza produzida pelo ato de concentração econômica – eficiência, diga-se – não é, no mais das vezes, equitativamente distribuída entre produtores e consumidores, porque a fusão outorga aos seus participantes poder de mercado, habilitando-os a aumentar suas margens de lucro e assim tomar para si a maior parte da riqueza gerada¹⁰⁹.

Para os doutrinadores pertencentes à Escola de Chicago, que adotam o enfoque de WILLIAMSON¹¹⁰, a eficiência econômica corresponde ao incremento líquido na renda total, isto é, a renda dos produtores acrescida da renda dos consumidores. Sua principal característica é a de ignorar, no conceito de eficiência econômica, as conseqüências sobre a redistribuição de renda entre produtores e consumidores.

POSNER¹¹¹, por exemplo, aduz que a transferência de riqueza dos consumidores para os produtores não pode ser considerada ineficiência econômica. Esta, afirma o Autor, consiste no custo social derivado pela redução, levada a cabo pelo monopolista, do volume de bens produzidos.

A mera transferência de renda entre produtores e consumidores, neste contexto, não representa custo social algum: “Nós não temos nada a dizer sobre os preços altos pagos por aqueles consumidores que continuam a comprar o produto com preço monopolístico. A análise econômica costuma tratar essa transferência de riqueza dos consumidores para os produtores como não danosa para a sociedade como um todo, desde que a perda dos consumidores for exatamente compensada pelo ganho dos produtores, dado que ambos são membros da sociedade”¹¹².

¹⁰⁸ Op. cit. pp. 168-9.

¹⁰⁹ Como bem anota a respeito Calixto SALOMÃO FILHO (Direito concorrencial: as estruturas, p. 20): “não é de modo algum certo que o monopolista queira ‘dividir seus lucros’ com o consumidor, baixando os preços na mesma proporção do ganho de ‘eficiência’ ocorrido”.

¹¹⁰ Shyam KHEMANI, op. cit., p. 128.

¹¹¹ Op. cit., p. 11.

¹¹² Richard POSNER, op. cit., p. 11: “We have said nothing about the higher prices paid by those consumers who continue to purchase the product at the monopoly price. Economic analysis used to treat this transfer of wealth from consumer to producer as costless to society as a whole, since the loss to the consumer is exactly offset by the gain to the producer and both are members of society”.

No mesmo sentido sustenta Robert BORK¹¹³, para quem o Direito Antitruste, ao assumir como escopo último a tutela da eficiência econômica, não deve se preocupar com os efeitos redistributivos da riqueza: “O Direito antitruste possui uma embutida preferência para a prosperidade material, mas nada tem a dizer sobre como essa prosperidade deverá ser distribuída ou utilizada. Esses enfoques são questões para outras leis. O bem-estar do consumidor, como o termo é utilizado no direito antitruste, não possui conotação suntuosa ou ética, mas outorga aos consumidores o direito de definir, através das suas expressões de vontade no espaço do mercado, quais bens eles consideram como valiosos”.

A posição assumida pela Escola de Chicago, ao desprezar a alocação distributiva (entre produtores e consumidores) da riqueza gerada pela eficiência econômica, tem sido, entretanto, contestada por parte relevante da recente doutrina antitruste¹¹⁴.

Cite-se, a respeito, a célebre passagem do Senador SHERMAN¹¹⁵, ao denunciar que os ganhos de eficiência econômica não eram repartidos com os consumidores: “*Ouve-se dizer às vezes que tais concentrações reduzem os preços cobrados dos consumidores, devido aos melhores métodos de produção, mas a experiência sempre demonstra que essa economia de custos vai para os bolsos do produtor*”.

A preocupação com efeitos redistributivos perniciosos aos consumidores tem influenciado, neste novo contexto, a própria noção de eficiência econômica¹¹⁶, a ponto de, como aponta Shyam KHEMANI¹¹⁷, admitir-se a defesa calcada na eficiência apenas e tão-somente quando restar provado que a renda dos consumidores não será apropriada pelas empresas participantes da concentração econômica.

Esse enfoque, conhecido como *teste dos efeitos sobre a concorrência*, exige que as eficiências geradas sejam significativas, a fim de que se possa presumir que o aumento da quantidade ou qualidade não implicará qualquer aumento de preço.

Do contrário, verificado que as eficiências comprovadas irão ocasionar aumento no nível de preços, não poderão ser aceitas como argumento à aprovação da fusão ou aquisição.

Anota a Doutrina¹¹⁸ que apenas em duas hipóteses é presumível a repartição dos ganhos de eficiência entre o produtor, detentor de posição dominante, e o consumidor: (a) primeiro, quando a concorrência potencial for elevada, isto é, forem baixas as barreiras à entrada, e (b) segundo, quando a concentração econômica propicia ganhos de eficiência produtiva (economias de escala) tão substanciais, que o preço de equilíbrio se torna inferior ao preço cobrado anteriormente.

Barry HAWK¹¹⁹ comenta que a evolução jurisprudencial do TJCE demonstra sensível preocupação com relação à transferência de riqueza dos consumidores para os produtores, em razão dos preços monopolísticos.

¹¹³ The Antitrust Paradox, p. 90, apud. Calixto SALOMÃO FILHO, Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, p. 111: “Antitrust has a built-in preference for material prosperity, but it has nothing to say about the ways prosperity is distributed or used. Those are matters for other laws. Consumer welfare, as the term is used in antitrust, has no sumptuary or ethical component, but permits consumer to define by their expression of wants in the market place what things they regard as wealth”.

¹¹⁴ Entre os trabalhos que buscam realçar a discussão dos efeitos distributivos do produto econômico gerado pela eficiência, cite-se o clássico artigo de Robert H. LANDE, Ascensão e queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste, publicado na Revista de Direito Econômico nº 23 (Abril/junho de 1996), pp. 39-65. Revela o Autor, após concluir que o intento da Lei Sherman é o de tutelar o consumidor contra o aumento de preços levado a cabo pelos detentores de poder de mercado, que a eficiência econômica deve ser desprezada na hipótese em que restar evidenciado o aumento de preços aos consumidores (p. 57): “Considere uma fusão que produzisse um monopólio eficiente que elevaria os preços significativamente (lembre do caso Allied supra, Seção I (C)). O enfoque da eficiência perguntaria somente se a fusão produziu eficiências (líquidas). Sendo assim, aprovar-se-ia a fusão mesmo que todas as economias de eficiências fossem acrescentadas ao monopolista enquanto os consumidores seriam forçados a pagar preços significativamente mais altos. Pelo contrário, uma política de fusão ‘inconstitucional’ verdadeiramente baseada na intenção Parlamentar obstruiria essas fusões. Os enfoques de ‘transferência de riqueza’ ou ‘preço ao consumidor’ para execução da fusão levantaria uma questão diferente: é provável que a fusão conduza a preços mais altos para os consumidores? Se a resposta é ‘sim’ a fusão seria obstruída, mesmo que isto impedisse a formação de um monopólio eficiente. O Congresso preocupou-se mais com a proteção aos consumidores pela extorsão do monopólio do que com a obtenção dos ‘benefícios’ de monopólios eficientes autorizados”.

¹¹⁵ Calixto SALOMÃO FILHO, Direito concorrencial: as estruturas, p. 54: “It is sometimes said of these combinations that they reduce prices to the consumer by better methods of production, but all experience shows that this saving of costs goes to the pockets of the producer”.

¹¹⁶ Ernest GELLHORN e William KOVACIC (op. cit., p. 42) sustentam, ao contrário (e com evidente inspiração chicageana), que o conceito de eficiência não se relaciona com o conceito de distribuição de renda: “By emphasizing competition, current antitrust policy focuses mainly on maximizing the size of society’s economic pie. How that pie is distributed is left mainly for other forces to decide (i.e., the market or other legislation)”.

¹¹⁷ Op. cit., pp. 128-9.

¹¹⁸ Calixto SALOMÃO FILHO, Direito concorrencial: as estruturas, p. 175.

¹¹⁹ La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté Economique Européenne?, apud. Nuno T. P. CARVALHO, op. cit., p. 85.

E tal preocupação refletiu-se na ênfase à lógica distributiva, em detrimento da lógica alocativa, na interpretação e aplicação das normas de controle do exercício abusivo de poder econômico¹²⁰.

O enfoque distributivo decorre diretamente do Tratado de Roma, que em seu artigo 85, alínea 3, dispõe ficar “reservado aos usuários uma parte equitativa do lucro que deles resultarem”¹²¹.

Na legislação brasileira em vigor, a preocupação com a distribuição equitativa dos ganhos entre produtores e consumidores ganha relevo (Lei nº 8.884/94, art. 54, § 1º, inc. II), como reconhece Calixto SALOMÃO FILHO¹²²: *“Ao tratar do controle das concentrações, o legislador elabora em termos claros o princípio redistributivo. O art. 54, § 1º, inc. II, prevê, logo em seguida ao requisito da eficiência, que é preciso também demonstrar que os ‘benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro’ “.*

Para Calixto SALOMÃO FILHO, o efeito redistributivo absorve o conceito de *eficiência econômica*, a ponto de se aceitar apenas a chamada eficiência distributiva¹²³: *“É preciso entender a existência da concorrência como um valor em si, inadmitindo o poder econômico e exigindo que ganhos de escala sejam repartidos com o consumidor (admitindo-se, portanto, a eficiência só no sentido distributivo, e não alocativo), ao mesmo tempo em que não se permite que o processo de interação econômica leve à exclusão social (exigindo-se, portanto, que compromissos de desempenho incluam regras estritas de garantia de emprego, i.e., cumprindo com rigor o disposto no art. 58, § 1º, da lei concorrencial)”.*

Em síntese do exposto neste item, assume a *eficiência econômica* a condição de escopo do direito antitruste, como largamente reconhecido pela Doutrina e admitido pela legislação em vigor, cujos limites, entretanto, estão assim divisados: (a) a tutela da eficiência econômica apenas será considerada como meio de se compensar as perdas concorrenciais se a concentração proposta constitui a única forma hábil (isto é, a forma menos custosa para a concorrência) a se obtê-la, (b) a *eficiência econômica*, ainda que expressiva, não poderá ser utilizada como meio de se compensar a eliminação de *parte substancial* do nível de concorrência existente no mercado relevante considerado, em atenção ao escopo de tutela da concorrência praticável, e (c) não se acolhe a *eficiência econômica* alegada se os ganhos gerados não forem equitativamente distribuídos com os consumidores.

¹²⁰ Para Robert H. LANDE (Wealth transfers as the original and primary concern of antitrust: The efficiency interpretation challenged, apud. Ernest GELLHORN e William KOVACIC, op. cit., p. 21), o direito antitruste possui como escopo primário a prevenção de atos tendentes à injusta redistribuição de riqueza dos consumidores para os produtores.

¹²¹ Como anotam Christopher BELLAMY e Graham CHILD (op. cit., p. 198), a Comissão Européia considera, como exemplos de benefícios resultantes da concentração que poderão ser repartidos com os consumidores, os seguintes: (a) a melhora no fornecimento do produto, (b) a introdução de produtos novos ou melhorados, (c) o melhor uso das matérias-primas, e (d) custos mais baixos e, portanto, preços mais baixos para os consumidores.

¹²² Direito concorrencial: as estruturas, p. 174.

¹²³ Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, p. 40.

Índice

I. Competição	5
1. A firma competitiva no curto prazo	5
2. A indústria competitiva no curto prazo	13
3. Equilíbrio da indústria e da firma no longo prazo	15
4. Concorrência perfeita e eficiência econômica	17
II. Monopólio	19
1. Definição	19
2. Origens do monopólio: barreiras a entrada e vantagens de custos	19
3. Monopólio Natural	20
4. A decisão de oferta do monopólio	21
Benefícios do Monopólio	24
III. Regulação de Monopólios	25
1. Limitando o Poder de Mercado	25
2. Alguns objetivos da regulação	26
3. Dois problemas básicos com os quais os reguladores se defrontam	27

MERCADOS EM
CONCORRÊNCIA
PERFEITA E
IMPERFEITA



Prof. Paulo A. de Britto

I. Competição

1. A firma competitiva no curto prazo

Uma firma é dita ser competitiva se existe um preço de mercado ao qual consumidores irão comprar qualquer quantidade que a firma decidir ofertar para venda. Uma firma competitiva se defronta, então, com uma curva de demanda horizontal.

Esta situação é mais provável de ocorrer quando a firma é muito pequena em relação a sua indústria. Não interessa o quanto a firma produz, isto não afeta significativamente o produto total da indústria. Portanto, não existe efeito significativo sobre o preço ao qual o produto é vendido.

Um bom exemplo que podemos utilizar é o de uma fazenda de trigo, que provê um percentual muito pequeno da produção mundial total de trigo. Independentemente do fato desta fazenda produzir 10 ou 1.000 bushels, ela permanece sendo muito pequena para ter qualquer impacto sobre o preço de mercado quotado mundialmente. A curva de demanda por seu trigo é horizontal porque o mercado irá absorver qualquer quantidade produzida por nosso fazendeiro seja qual for o preço. Se ele tenta vender seu trigo por um centavo – ou por uma fração de centavo – a mais do que o preço de mercado, ele não irá vender um único trigo sequer, pois todos os consumidores podem simplesmente comprar de outro produtor. Se ele oferece seu trigo por um centavo menos, o público irá demandar mais trigo do que sua fazenda pode produzir – uma quantidade infinita.

É claro que a curva de demanda por trigo é negativamente inclinada: é somente a demanda pelo trigo de nossa fazenda que é horizontal. Para ver como isto pode ser, observe as duas curvas de demanda descritas na figura 1. Note, em particular, as unidades apresentadas no eixo das quantidades. Quando nossa fazendinha aumenta seu produto de 1 bushel para 10 bushels – lembre que ela vende tudo o que produz – ela está movendo uma longa distância para a direita no seu eixo das quantidades. Ao mesmo tempo, ela move a indústria de trigo para a direita em uma distância praticamente infinitesimal, digamos de 70.000.000 para 70.000.009 bushels. Esta mudança pequenina no produto da indústria requer essencialmente não efeito sobre o preço.

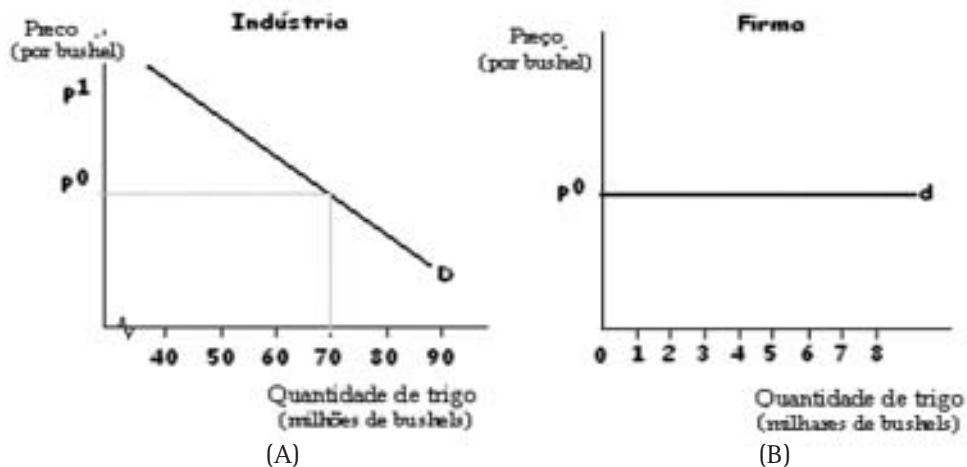


Figura 1

A curva de demanda horizontal com a qual nossa fazendinha se defronta resulta do fato de sua existência ser uma parte muito pequena de uma indústria muito grande, cujos produtos de cada produtores são intercambiáveis e os consumidores podem muito facilmente comprar de outro produtor se a nossa fazendinha tenta aumentar seu preço. Todas estas condições tendem a produzir uma situação de concorrência perfeita. Note, todavia, que o único requerimento para uma firma ser chamada de perfeitamente competitiva é que sua curva de demanda seja horizontal, qualquer que seja o motivo.

Receita

Uma firma perfeitamente competitiva possui curvas de receita total e receita marginal simples. Se o preço de mercado é \$5 por bushel, a receita total da fazendinha, bem como sua receita marginal são representadas na figura 2.

Quando a fazendinha vende Q bushels de trigo, sua receita total é $\$5 \times Q$. O gráfico desta função de receita total é uma linha reta que passa na origem, como no painel A da figura 2.

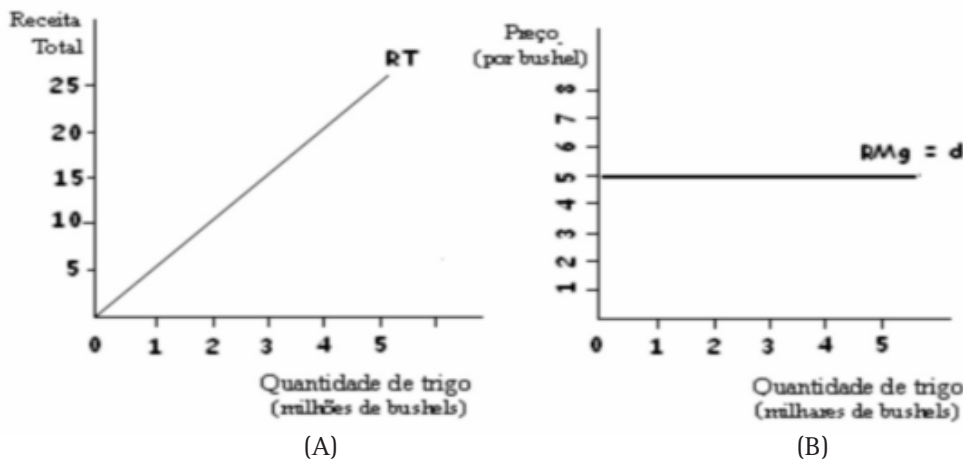


Figura 2

A receita marginal da fazendinha é a mesma para toda a quantidade; ela é sempre equivalente ao preço de mercado de \$5 por bushel. Sempre que ela vende um bushel adicional, ela coleta \$5 adicionais. Em geral, para toda firma competitiva nós temos a equação:

$$\text{Receita Marginal} = \text{Preço}$$

A curva de receita marginal da fazendinha é uma linha horizontal ao nível de \$5 por bushel. Em outras palavras, ela se parece exatamente igual à curva de demanda pelo trigo da fazendinha, que é também igual ao preço de mercado. As curvas de demanda e de receita marginal são representadas no painel B da figura 2.

A curva de receita marginal de uma firma competitiva é uma linha horizontal ao nível do preço de mercado.

Custos de Curto-Prazo e Oferta

As curvas de custo de uma firma são diferentes no curto e no longo prazo. Isto se deve ao fato de que no curto prazo alguns fatores de produção são fixos, enquanto que no longo prazo todos os fatores são variáveis. Conseqüentemente, a decisão de oferta da firma será diferente em cada prazo. Suponha que você possui uma pizzaria, empregando trabalho e fornos. Se o preço da pizza sobe, você pode aumentar sua quantidade produzida no curto prazo contratando mais trabalhadores. No longo prazo, você também pode construir fornos adicionais. No longo prazo você poderá produzir ainda mais pizzas.

Portanto, nós devemos fazer distinção entre as duas curvas de oferta. Para qualquer preço dado, a curva de oferta de curto prazo mostra como a firma pode responder àquele preço no curto prazo; a curva de oferta de longo prazo mostra como a firma pode responder àquele preço no longo prazo. Nesta seção nós vamos nos concentrar no comportamento da firma no curto prazo, retornando ao longo prazo na seção 3. Para tanto devemos começar considerando as curvas de custo de curto prazo.

A decisão de oferta quando o custo marginal é crescente

Suponha que os custos marginais de nossa fazendinha de trigo são aqueles representados na figura 3. O lucro será maximizado quando o custo marginal for igualado à receita marginal: nossa fazendinha deseja produzir 4 bushels e vende todos ao preço de mercado de \$5 por bushel.

Qualquer firma, competitiva ou não, escolhe sua quantidade de acordo com a regra:

$$\text{Custo Marginal} = \text{Receita Marginal}$$

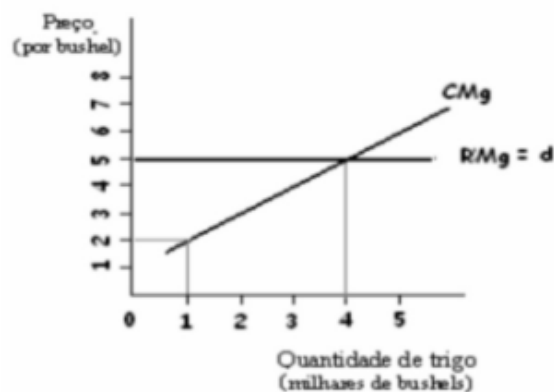


Figura 3

Para uma firma competitiva a receita marginal é igual ao preço de mercado. Assim, podemos afirmar que:

A firma competitiva escolhe sua quantidade de acordo com a regra: custo marginal = preço

Esta regra para escolha de quantidades deve ser intuitiva. A firma se defronta com o preço de mercado ao qual ela pode vender seus bens. Ela produz bens enquanto ela pode fazê-lo a custos marginais menores que o preço de mercado. Quando o custo marginal excede o preço, qualquer unidade adicional

produzida iria subtrair algo do lucro da firma. A hora de se parar de produzir é exatamente aquela anterior, quando o custo marginal de produzir um produto é exatamente igual ao preço ao qual este produto pode ser vendido.

Suponha que o preço de mercado do trigo seja \$6 por bushel. Observando-se a curva de custo marginal na figura 3, podemos ver que a fazendinha poderia prover 5 bushels de trigo, a quantidade na qual o custo marginal iguala \$6 por bushel. Se o preço de mercado aumentasse para \$7, a fazendinha poderia prover 6 bushels. Estes fatos estão ilustrados na figura 4. A figura 3 contém os dados referentes a curva de custo marginal da fazendinha e mostra as quantidades que a fazendinha poderia produzir a cada preço. Como observado, e ilustrado pelo gráfico, ao preço de \$5 ela poderia ofertar 4 bushels, ao preço de \$6 ela poderia ofertar 5 bushels e ao preço de \$7 ela poderia ofertar 6 bushels. Estas observações estão registradas nas três últimas linhas da tabela B. As outras linhas são deduzidas da mesma forma.

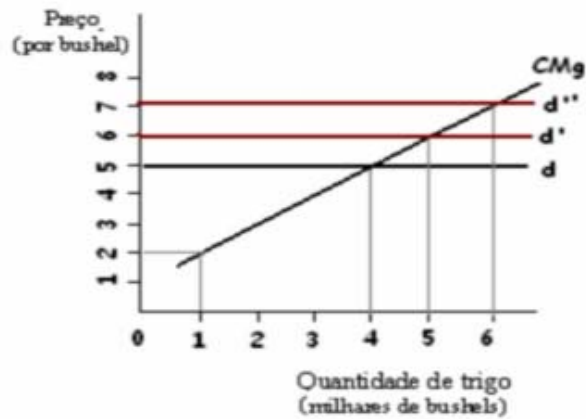


Figura 4

Para cada preço, a tabela B nos diz qual quantidade a fazendinha irá ofertar. Nós temos um nome para esta tabela: plano de oferta. A representação gráfica desta é a chamada curva de oferta. De fato, nós já vimos a curva de oferta. Ela é idêntica a curva de custo marginal, ilustrada na figura 4.

Em que pese as curvas de custo marginal e de oferta serem idênticas, existe uma diferença conceitual importante entre elas. Para usar a curva de custo marginal, você “entra” uma quantidade (no eixo horizontal) e lê o custo marginal correspondente em unidade monetária por item (no eixo vertical). Para usar a curva de oferta, você “entra” um preço (no eixo vertical) e lê a quantidade correspondente (no eixo horizontal). Todavia, em que pese as diferenças conceituais, o fato de que as curvas são idênticas na aparência irá provar algo importante.

A irrelevância dos custos fixos

No curto prazo, os custos fixos são inevitáveis. Como resultado, eles não influenciam qualquer decisão econômica.

A figura 5 mostra as condições da fazendinha sob duas diferentes suposições sobre os custos fixos. No primeiro exemplo, assumimos um custo fixo de \$2 no segundo, um custo fixo de \$20. Em cada caso, ela produzirá no ponto onde custo marginal iguala o preço de \$5: ela produzirá 4 bushels de trigo.

No exemplo 1, a fazendinha realiza lucro máximo de \$4; no segundo, o lucro máximo é de -\$14. Mesmo -\$14 sendo um número negativo (a fazendinha está realizando prejuízo), ela ainda assim está

maximizando seu lucro no sentido de que para qualquer outro nível de produto suas perdas seriam maiores.

Uma questão natural agora é: não seria melhor a fazendinha parar sua produção no segundo exemplo? Se nós estivéssemos examinando o comportamento de longo prazo, a resposta seria sim, mas no curto prazo a resposta é não. No curto prazo, a fazendinha está amarrada a gastar \$20 sob a forma de custo fixo, que existe mesmo que ela não opere. Por exemplo, o custo fixo de produção pode ser o arrendamento da terra. Até que o contrato de arrendamento seja findo, o arrendatário terá que pagar o valor de arrendamento. Se o arrendatário de nossa fazendinha decide parar de produzir trigo, seu lucro será de -\$20, ao invés de -\$14.

Assim, o custo fixo é irrelevante para a decisão de oferta de curto prazo da firma.

QUANTIDADE	RECEITA TOTAL	RECEITA MARGINAL	CUSTO TOTAL	CUSTO MARGINAL	LUCRO
1 bushel	\$5	\$5 por bushel	\$4	\$2 por bushel	\$1
2	10	5	7	3	3
3	15	5	11	4	4
4	20	5	16	5	4
5	25	5	22	6	3
6	30	5	29	7	1

(Exemplo 1: Custo Fixo = \$2)

Exemplo 1: Custo Fixo = \$2

QUANTIDADE	RECEITA TOTAL	RECEITA MARGINAL	CUSTO TOTAL	CUSTO MARGINAL	LUCRO
1 bushel	\$5	\$5 por bushel	\$22	\$2 por bushel	-\$17
2	10	5	25	3	-15
3	15	5	29	4	-14
4	20	5	34	5	-14
5	25	5	40	6	-15
6	30	5	47	7	-17

Exemplo 2: Custo Fixo = \$20

A decisão de oferta com uma curva de custo marginal em forma de U

A fazendinha possui uma curva de custo marginal em forma de U, como aquela representada na figura 6, onde o preço de mercado é \$5. Nós sabemos que tal firma, se ela produz algo, ela produz uma quantidade na qual o custo marginal e o preço de mercado são iguais. Nós podemos ver no gráfico que existem duas quantidades nas quais isto ocorre: Q_1 e Q_2 . Qual será a escolhida pela firma?

Suponha que ela produz Q_1 unidades. Neste caso será possível produzir uma unidade adicional do produto a um custo marginal menor do que o preço de mercado. Isto ocorre porque a curva de custo marginal é decrescente na vizinhança de Q_1 . A isto segue que a firma pode aumentar seu lucro produzindo uma unidade a mais. Ela continua produzindo enquanto o preço excede o custo marginal até que esteja produzindo Q_2 .

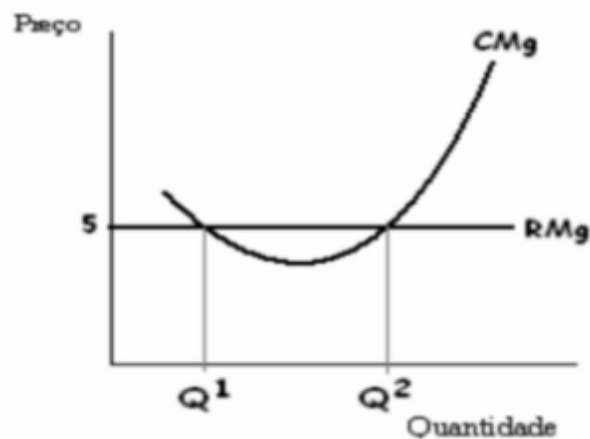


Figura 6

Uma firma competitiva, se ela produz algo, irá sempre escolher a quantidade onde preço iguala custo marginal quando o custo marginal é crescente. Assim, podemos afirmar que somente a porção crescente da curva de custo marginal é relevante para a decisão de produção da firma.

A decisão de fechar

Nós sabemos a quanto uma firma produzirá se ela decide produzir. Nós podemos ainda perguntar como uma firma decide entre manter-se em operação e encerrar suas atividades.

Para que isto faça sentido, o proprietário da firma deve comparar o lucro obtido quando em operação com o lucro obtido quando encerra suas portas. Se a firma fecha, ela deve manter os pagamentos de seus custos fixos, enquanto sua receita cai a zero. Portanto, seu lucro é negativo: $-CF$, onde CF significa custo fixo. Se a firma permanece operando, produzindo uma quantidade Q , seu lucro é $RT - CT$, onde RT é a receita total e CT é o custo total. Se $RT - CT > 0$, ela certamente permanece operando. Mesmo se $RT - CT < 0$, pode ser o caso onde a firma permaneça operando. A firma desejará permanecer aberta se, e somente se,

$$RT - CT > -CF$$

Substituindo a identidade $CT = CF + CV$, esta condição fica:

$RT - CF - CV > -CF$, ou $RT > CV$.

A última desigualdade deve fazer sentido intuitivo: dado que os custos fixos devem ser pagos em ambos os casos, eles são irrelevantes para a decisão de fechamento. Os custos variáveis são os custos adicionais que a firma irá incorrer se ela continua operando, eles podem ser evitados e, portanto, são relevantes para a decisão de fechamento. Permanecer em operação somente é uma boa idéia se a receita total que a firma pode ganhar for maior que estes custos adicionais.

Lembrando que $RT = P \cdot Q$ (P é preço e Q é quantidade), nós temos:

$$P \cdot Q > CV \Rightarrow P > CV / Q$$

Em outras palavras, a firma permanece operando se, após escolher a quantidade ótima a produzir, ela descobrir que o preço é maior que o custo variável médio de produção.

Curva de oferta de curto prazo

Na figura 7 vemos três possíveis preços de mercado com os quais uma firma competitiva pode se defrontar. Ao preço de P_1 , a firma produz Q_1 . A esta quantidade, P_1 é maior que ambos o custo médio e o custo variável médio. A firma irá permanecer em operação, produzindo Q_1 e obtendo lucro positivo.

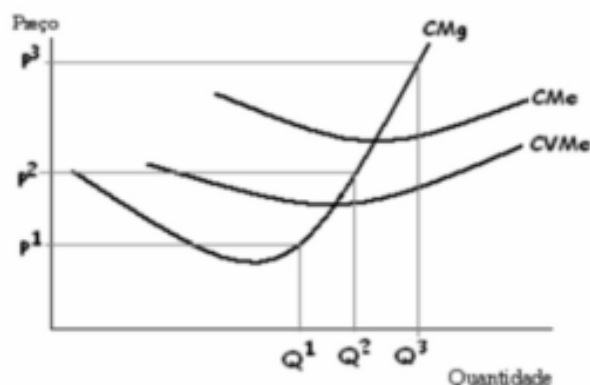


Figura 7

Ao preço de P_3 , o produto ótimo da firma é Q_3 . Todavia, o custo variável médio excede P_3 . Permanecer operando iria produzir uma redução líquida nos lucros de forma que a firma fecha.

Ao preço de P_2 , o produto ótimo da firma é Q_2 . Aqui, o custo variável médio é menor do que P_2 de forma que a firma permanece aberta. Todavia, o custo médio de produção (incluindo custo fixo) é maior que P_2 , de forma que o lucro da firma é negativo. Mesmo assim, a firma perde menos ao continuar operando do que se fechasse sua porta.

O preço P no qual a curva de custo marginal cruza o custo variável médio é chamado de *preço de fechamento* da firma. Isto está representado na figura 8. Podemos concluir que:

A curva de oferta de curto prazo da firma competitiva é idêntica a parte da curva de custo marginal localizada acima de sua curva de custo variável médio.

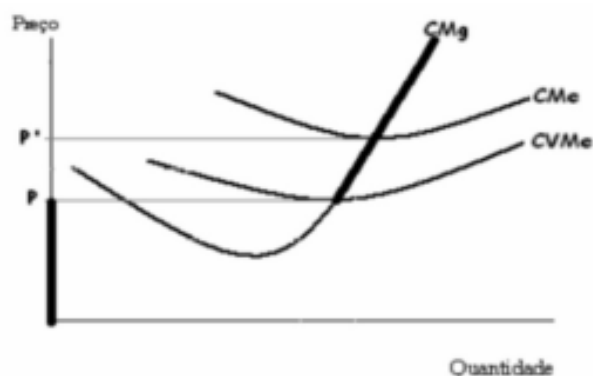


Figura 8

A inclinação positiva de curva de oferta

Quando a curva de custo marginal da firma competitiva possui forma de U, sua curva de oferta consiste da parte da curva de custo marginal que reside acima do custo variável médio. Como a curva de custo corta a curva de custo variável médio vindo de baixo, toda a curva de oferta possui inclinação positiva.

Assim, a curva de oferta é crescente porque as curvas de custo marginal e de curto médio possuem forma de U. Isto está correto, mas dá origem seguinte pergunta: Por que as curvas de custo possuem forma de U? A resposta passa pela presença de retornos marginais decrescentes dos fatores variáveis de produção

Retornos Marginais Decrescentes: é a circunstância na qual cada unidade de insumo variável permite a produção de um produto marginal menor do que o último anterior.

Elasticidade da Oferta

A elasticidade da oferta de firma é definida como a variação percentual na quantidade ofertada que resulta de um aumento em 1% no preço. A fórmula é a seguinte:

$$\begin{aligned} \text{Elasticidade} &= \frac{\text{Variação Percentual na Quantidade}}{\text{Variação Percentual no Preço}} \\ &= \frac{100 \cdot \Delta Q/Q}{100 \cdot \Delta P/P} \\ &= \frac{P \cdot \Delta Q}{Q \cdot \Delta P} \end{aligned}$$

A elasticidade de oferta é positiva porque um aumento no preço gera um aumento na quantidade ofertada. Dadas duas curvas de oferta passando no mesmo ponto, a menos inclinada possui elasticidade maior.

2. A indústria competitiva no curto prazo

Uma indústria competitiva é aquela na qual todas as firmas são competitivas e na qual firmas podem entrar ou sair livremente. Todavia, em que pese as firmas poderem entrar e sair livremente, elas não podem fazer isso imediatamente. Nós, então, distinguimos entre *longo prazo* – um período de tempo no qual entrada e saída são possíveis – e *curto prazo* – um período de tempo no qual o número de firmas operando não se altera. O tamanho de cada prazo depende das características tecnológicas da indústria. Todavia, a caracterização é genérica o bastante.

É importante não confundir a saída com o fechamento de uma firma. Uma firma que produz quantidade zero tem suas portas fechadas, ou suas atividades encerradas. Todavia ela permanece pagando seus custos fixos. A firma somente sai da indústria quando ela deixa de pagar os custos fixos. Fechamento é um fenômeno de curto prazo; saída, de longo prazo.

A curva de oferta de curto prazo de uma indústria competitiva

No curto prazo, saídas e entradas não são possíveis, de forma que o número de firmas na indústria é fixo. Dadas as curvas de oferta das firmas individuais, nós construímos a curva da oferta da indústria somando as das firmas individuais. A um dado preço, nós nos perguntamos a quantidade que cada firma irá prover; então nós somamos estes números para obter a quantidade ofertada da indústria a um preço em particular.

Porque as firmas possuem preços de fechamento que são diferentes, o número de firmas em operação tende a ser menor quando o preço é mais baixo. Como resultado, a curva de oferta de indústria tende a ser mais elástica que a curva de oferta das firmas individuais. Isto pode ser verificado na figura 9. Nesta figura temos as curvas de oferta de três firmas: A, B e C. Ao preço de P_1 , somente a firma A produz e, portanto, a quantidade ofertada pela indústria é a mesma ofertada por A. Ao preço mais elevado de P_2 , a firma B também produz e, portanto, a oferta de indústria consiste da soma das quantidades produzidas por A e B. A um preço suficientemente grande a firma C também produz e, conseqüentemente a oferta da indústria é ainda maior.

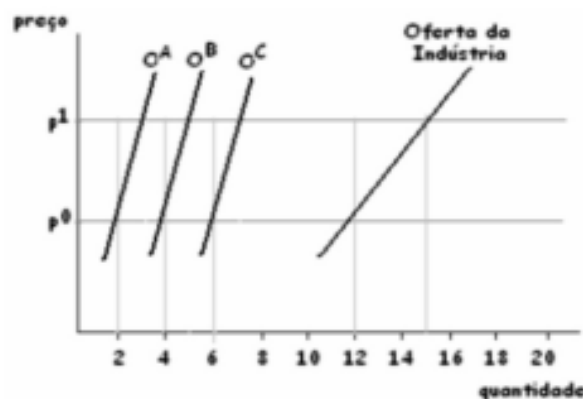


Figura 9

O efeito preço do fator

Em certos momentos é conveniente modificar a interpretação da curva de oferta da indústria, como foi vista acima, para levar em consideração o efeito preço do fator. Isto ocorre quando a indústria em questão representa uma fração substancial da demanda pelo fator variável de produção. Por exemplo, a indústria de aço representa uma fração substancial da demanda por ferro. Neste caso, um aumento no preço do aço causa um aumento na produção, o que gera aumentos na demanda pelo insumo variável ferro. Porque esta consiste em uma fração significativa da demanda total pelo insumo variável, o preço do insumo se eleva. Este aumento no preço do fator eleva a curva de custo marginal de todas as firmas na indústria, causando uma redução na produção.

Na presença deste efeito, um aumento no preço irá gerar aumento na oferta da indústria, mas em proporções menores do que aquela que nós poderíamos esperar. Similarmente, uma queda no preço irá gerar redução na oferta, mas em proporções menores. A figura 10 ilustra esta situação. O efeito preço do fator tende a tornar a curva de oferta da indústria mais inclinada, ou menos elástica.

Oferta, demanda e equilíbrio de curto prazo

Agora que já derivamos a curva de oferta da indústria, somente precisamos adicionar a curva de demanda para determinar o preço e a quantidade de equilíbrio. Nós fazemos isso para nossa indústria de trigo na figura 10, onde a curva de oferta é designada por O e a curva de demanda por D. A única combinação preço e quantidade de equilíbrio é a um preço de \$3 e a quantidade de 50 milhões de bushels, na qual a oferta e a demanda se interceptam (ponto E). A preços mais baixos, tal como em \$2,25, a quantidade demandada (72 milhões de bushels – ponto A) será maior do que a quantidade ofertada (45 milhões de bushels – ponto C). Assim, o preço será puxado para cima através de um mecanismo semelhante ao de um leilão, até que atinja o nível de \$3 por bushel. O oposto acontecerá quando o preço for mais elevado, como por exemplo, \$3,75, que está acima daquele de equilíbrio.

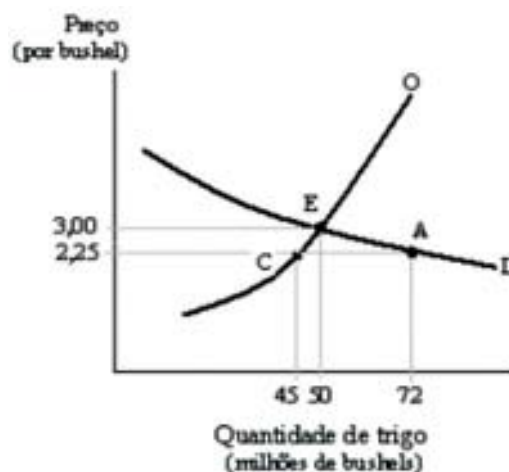


Figura 10

Note que para uma indústria competitiva, diferentemente da firma competitiva, a curva de demanda possui inclinação negativa. Isto ocorre porque cada firma é tão pequena que isoladamente não afeta o preço, como visto anteriormente. Mas se *toda* firma na indústria expandisse sua produção, uma substancial

diferença se faria sentir. Consumidores podem ser induzidos a comprar as quantidades adicionais no mercado somente se o preço pelo bem se reduzisse.

O ponto E é o ponto de equilíbrio para a indústria competitiva porque ao preço de \$3 os vendedores estão desejando oferecer exatamente a mesma quantidade que os consumidores estão desejando comprar – 50 milhões de bushels.

Devemos esperar que o preço tenda, em realidade, ao seu nível de equilíbrio? Sim! Observe o que ocorre quando o preço é menor. A um preço de, por exemplo, \$2,25 os consumidores estão dispostos a comprar mais; ele também irá fazer as firmas produzirem menos (lembre que muitas fecharão suas portas). Cada consumidor irá, então, fazer tudo que pode para obter o bem que deseja. A competição entre compradores fará o preço se elevar. Note que à medida que o preço se eleva, consumidores deixam o mercado, ao passo que firmas entram. O preço sobe, então, até que atinja seu nível de equilíbrio. O raciocínio inverso ilustra o mecanismo de ajuste quando o preço está acima do seu nível de equilíbrio.

Na prática, em muitos mercados competitivos, os preços se movem em direção ao equilíbrio durante um longo período de tempo. Todavia, várias influências transitórias podem deslocar um mercado real de seu ponto de equilíbrio – uma greve de trabalhadores que reduza produção, uma mudança brusca nos gostos dos consumidores, etc.

Todavia, como visto, forças importantes empurram os preços em direção ao seu nível de equilíbrio onde oferta iguala demanda. Estas forças são de fundamental importância para a análise econômica. Se tais forças não existissem, os preços não lembrariam aqueles de equilíbrio e, então, não haveria sentido em se estudar a análise de oferta e demanda. Felizmente, as forças requeridas existem e induzem os mercados a seu nível de equilíbrio.

3. Equilíbrio da indústria e da firma no longo prazo

O equilíbrio de uma indústria competitiva no longo prazo pode diferir daquele de curto prazo que acabamos de ver. Isto pode duas razões: (i) o número de firmas na indústria não é fixo no longo prazo e, (ii) no longo prazo as firmas podem variar o tamanho de suas plantas variando aspectos que são, diferentemente, fixos no curto prazo. Conseqüentemente, as curvas de custo de longo prazo das firmas (e da indústria) não são as mesmas que as de curto prazo.

O que irá induzir a entrada de novas firmas na indústria ou encorajar a saída de velhas indústrias? Em uma única palavra: *lucro*. Lembre que quando uma firma escolhe a quantidade de produto que irá produzir ela o faz de forma que $P = CMg$. Isto pode produzir lucro ou prejuízo, como visto anteriormente. Tais lucros ou prejuízos são, todavia, temporários para uma firma competitiva, pois novas firmas estão livres para entrar na indústria se os lucros são atrativos. Pela mesma razão, firmas ativas irão sair da indústria se elas não puderem cobrir seus custos no longo prazo. Suponha que as firmas na indústria estejam fazendo lucros muito elevados, acima da taxa de retorno normal da economia. Então, novas firmas acharão atrativo entrar neste ramo o que causará expansão na produção que forçará o preço de mercado de volta ao seu nível inicial.

Em competição perfeita novas firmas podem entrar sob as mesmas condições que as firmas já ativas. Assim, as novas entrantes possuirão a mesma curva de demanda individuais que as ativas. Se o preço de mercado não cai, novas firmas entram; o conseqüente aumento no número de firmas, produzindo as mesmas quantidades, implica em aumento na quantidade total e na criação de excesso de demanda que, é claro, empurrará os preços para baixo.

A entrada de novas firmas na indústria, atraídas pela perspectiva de um lucro positivo, aumenta o produto total, gera excesso de demanda e empurra os preços para baixo.

A figura 11 mostra como o processo de entrada funciona. Neste diagrama, a curva de demanda D e a curva de oferta (de curto prazo) original S^0 são as mesmas da figura 10. A entrada de novas firmas em

busca de lucros maiores desloca a curva de oferta de curto prazo da indústria para a direita, em S^1 . O novo equilíbrio de mercado ocorre no ponto A (ao invés de E), indicando um produto total de 72 milhões de bushels vendidos a um preço de \$2,25 por bushel.

A entrada de novas firmas aumenta produto e reduz preço.

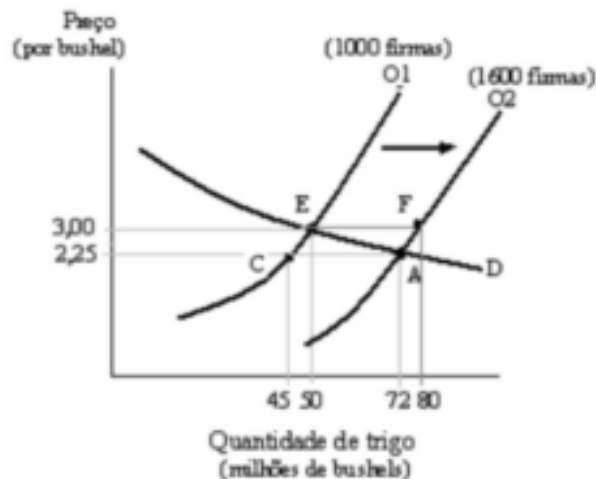


Figura 11

Se o preço não caísse, a quantidade ofertada após a entrada seria de 80 milhões de bushels – ponto F. O preço cai porque a curva de demanda da indústria é negativamente inclinada: consumidores irão comprar mais somente a preços reduzidos.

Para ver o ponto onde a entrada de novas firmas cessa, devemos considerar como as novas firmas afetam o comportamento de firmas existentes. Considere a figura 12, onde estão justapostos o diagrama de uma firma competitiva em equilíbrio com o diagrama de equilíbrio em uma indústria competitiva. Antes de haver qualquer entrada, o preço de mercado era \$3 (ponto E da figura 12(B)) e cada uma das firmas ativas na indústria (assume 1.000) produzia 50.000 bushels – o ponto onde custo marginal e preço são iguais (ponto e da figura 12(A)). Cada firma se defronta com uma curva de demanda horizontal D^0 na figura 12(A). As firmas dentro da indústria obtinham lucro, pois o custo médio de produção dos 50.000 bushels por firma era menor do que o preço.

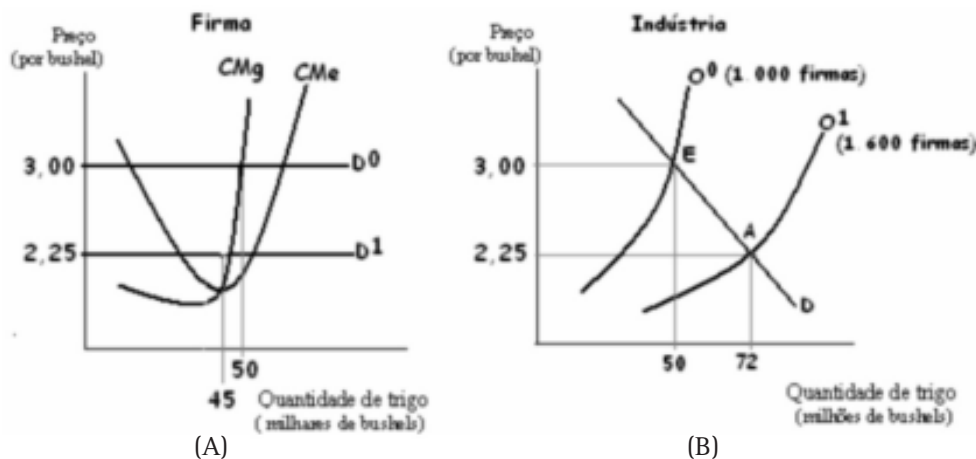


Figura 12

Suponha, agora, que 600 novas firmas são atraídas por estes lucros elevados e entram na indústria. Cada firma se defronta com a estrutura de custos indicada pelas curvas de CMe e CMg na figura. Como resultado da produção dos entrantes, a curva de oferta da indústria se desloca para a direita, como indicado, e o preço cai para \$2,25 por bushel. Dado que a curva de demanda de firma é igual ao preço, a curva de demanda da firma é deslocada para baixo, D^1 . As firmas na indústria reagem a este deslocamento da demanda e, conseqüente, preço baixo. Como podemos ver na figura 12(A), cada firma reduz seu produto para 45.000 bushels (ponto a). Mas agora temos 1.600 firmas de forma que o produto total é $45.000 \times 1.600 = 72$ milhões de bushels, ponto A na figura 12(B).

No ponto alucros positivos ainda estão presentes, pois o preço de \$2,25 excede o custo médio (dado pelo ponto b). Assim o processo de entrada não está completo. Toda a dinâmica se repete até que todos os lucros sejam extinguidos. Nos painéis da figura 13 estão representada uma firma competitiva e sua indústria no equilíbrio de longo prazo. Todos os lucros serão extinguidos quando a entrada de novas firmas deslocar a curva de oferta de indústria para S^2 (na figura 13(B)), onde cada firma individual se defronta com uma demanda que passa pelo ponto de mínimo da curva de custo médio (ponto m na figura 12(A)).

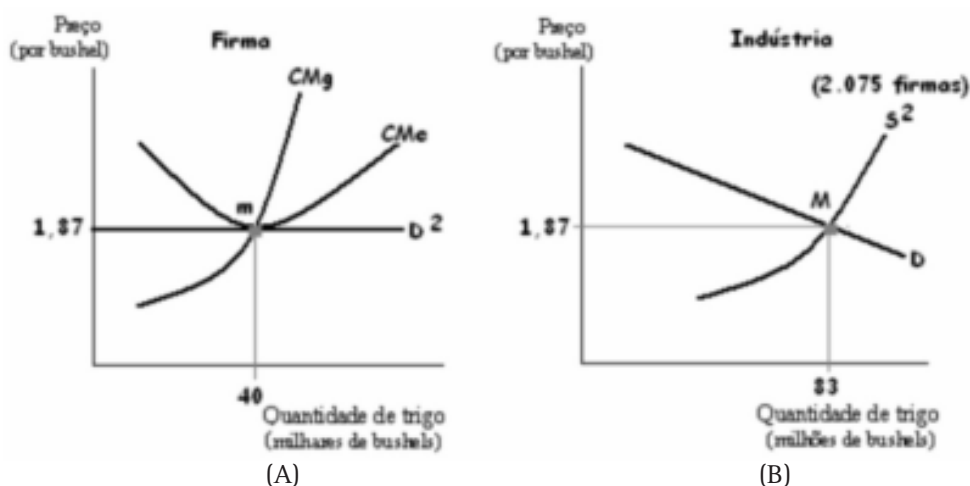


Figura 13

Note que no ponto m da figura 12(A), cada firma escolhe seu produto de forma a maximizar seu lucro. Isto ocorre quando $P = CMg$. Mas a livre entrada também força o $CMe = P$ no longo prazo (ponto M em 12(B)) pois, se P não fosse igual ao CMe , as firmas estariam fazendo lucro ou prejuízo.

Quando uma indústria em competição perfeita está no longo prazo, firmas maximizam lucro de forma que $P = CMg$ e a entrada força os preços para baixo até que a curva de preço seja tangente à curva de custo médio de longo prazo ($P = CMe$). Como resultado, no equilíbrio de longo prazo será sempre verdade que $P = CMg = CMe$.

4. Concorrência perfeita e eficiência econômica

Vimos anteriormente que quando a firma está no equilíbrio de longo prazo ela deve ter $P = CMg = CMe$, com indicado acima. Isto implica que o equilíbrio competitivo de longo prazo da firma irá ocorrer no ponto de custo médio mais baixo. Assim, os produtos da indústria competitiva são produzidos ao ponto de custo mais baixo para a sociedade.

Um exemplo irá mostrar porque é mais eficiente se cada firma na indústria competitiva produz no ponto onde CMe é o menor possível. Suponha que a indústria está produzindo 12 milhões de bushels de trigo. Este quantia pode ser produzida por 120 fazendas, cada uma produzindo 100.000 bushels, ou por 100 fazendas produzindo 120.000 bushels cada ou, ainda, por 200 fazendas produzindo 60.000 bushels cada. É claro que o mesmo pode ser feito por várias outras combinações, mas por simplicidade vamos considerar somente estas três possibilidades.

Suponha que os custos médios para cada caso são os apresentados na tabela 2. Suponha, ainda, que um produto de 100.000 bushels corresponda ao ponto mais baixo da curva de custo médio, onde o CMe = 0,70 por bushel. Qual das três alternativas é a mais barata para se produzir estes 12 milhões de bushels de trigo? Observando a coluna 5 da tabela 2 vemos que o custo total de produção da 12 milhões de bushels de produto é o mais baixo possível 120 firmas produzem ao nível de produto de 100.000, o qual minimiza custo.

Isto ocorre porque para qualquer nível de produto da indústria, Q , o custo total da indústria ($CMe \times Q$) será o menor possível se, e somente se, o CMe de cada firma for o menor possível, ou seja, se o número de firmas realizando a tarefa é tal que cada uma está produzindo no nível para o qual o CMe é o menor possível.

Produto da Firma (1)	CMe (2)	Número de firmas (3)	Produto da Indústria (4)	Custo Total da Indústria (5)
60.000	\$0,90	200	12.000.000	\$10.800.000
100.000	0,70	120	12.000.000	8.400.00
120.000	0,80	100	12.000.000	9.600.00

Tabela 2

Podemos ver nas figuras 12 e 13 que este tipo de eficiência de custo caracteriza competição perfeita de longo prazo. Antes que o equilíbrio de longo prazo seja atingido (figura 12) firmas podem não estar produzindo ao menor custo. Por exemplo, as 50 milhões de bushels sendo produzidas por 1.000 firmas nos pontos e e E das figuras 12(A) e 12(B) podem ser produzidas a um custo menor por mais firmas, cada um produzindo um volume menor, pois o ponto de custo médio mínimo se localiza à esquerda do ponto e em 12(A). Contudo, este problema é corrigido no longo prazo com a entrada de firmas procurando lucros. Na figura 13 nós vimos que após o processo de entrada é completo, todas as firmas estão produzindo em seu nível de produto mais eficiente (mínimo CMe).

II. Monopólio

1. Definição

Os requerimentos para a definição de um monopólio puro são muito estritos. Primeiro, somente uma firma existe na indústria. Segundo, não existem produtos substitutos próximos para aquele ofertado pelo monopolista. Assim, por exemplo, mesmo que uma cidade possua apenas um ofertante de gás natural, este não é necessariamente um monopolista – as pessoas podem usar eletricidade, lenha ou querosene para aquecer suas casa ou cozinhar, por exemplo. Terceiro, deve haver alguma razão que justifique a não existência (ou entrada) de potenciais competidores. Caso um destes requerimentos não seja satisfeito o monopólio não se sustentaria.

Estes requerimentos rígidos fazem do monopólio uma raridade no mundo real. O posto dos correios, ou a companhia telefonia, de uma pequena localidade podem ser exemplos de indústrias com uma única firma que não se defronta com competição efetiva. Todavia, a maioria das firmas se defronta com algum grau de competição representada por produtos substitutos. Se apenas uma ferrovia serve a sua cidade ela deve competir com linhas de ônibus, companhias de transporte rodoviário de carga e serviços de transporte aéreo. Similarmente, o produtor de uma marca particular de cerveja pode ser a única companhia a ofertar este produto, mas existem várias cervejas substitutas de modo que a cervejaria não constitui um monopolista. Pelo fato de muitas cervejas serem substitutos próximos, cada cervejaria irá perder oportunidades de negócios para as outras ao tentar elevar seu preço muito acima dos preços das outras marcas. Mesmo os correios e as companhias telefônicas enfrentam competição em áreas mais populosas.

Existe outra razão porque um monopólio puro irrestrito como estudado pela teoria econômica é raro na prática. Nós veremos com mais detalhe adiante que o monopólio puro pode gerar um número de fatos indesejáveis. Assim, mesmo em mercados onde o monopólio puro pode prevalecer, o governo tem intervindo de forma a prevenir a monopolização ou limitar o poder discricionário do monopolista em fixar preço.

2. Origens do monopólio: barreiras a entrada e vantagens de custos

Um requerimento chave para a preservação de um monopólio é a exclusão de rivais em potencial do mercado. Uma forma de se obter isso é através algum impedimento específico à entrada de novas firmas na indústria. Economistas chamam tais impedimentos de *barreiras à entrada*. Alguns exemplos são:

- Restrições Legais: a EBCT possui uma posição de monopólio porque o Congresso lhe deu esta posição. Companhias privadas que poderiam competir com a EBCT são proibidas de fazê-lo. Monopólios locais de vários tipos são estabelecidos, muitas vezes, porque o governo concede algum tipo de privilégio (exemplo: concessão para comercialização de alimentos em um estádio municipal) ou previne outras firmas de entrar na indústria (exemplo: conceder licença para apenas uma companhia de TV a cabo).

- Patentes: Algumas firmas se beneficiam de uma classe especial de impedimentos legais chamada de patentes. Para encorajar investimentos, o governo dá direitos exclusivos de produção por um período de tempo aos inventores de certos produtos. Enquanto a patente estiver em vigorando, a firma estará em uma posição protegida e deterá o monopólio. Exemplo: a Xerox deteve, por muitos anos, o monopólio em cópias em papel padrão. Muitas companhias farmacêuticas também detêm

monopólios na produção da drogas que desenvolvem. (Laboratório Eli Lilly deteve, até 2003, a patente sobre o Prozac – o mais consumido antidepressivo no mundo.).

- Controle de Recursos Escassos ou Insumos: se uma certa mercadoria pode ser produzida apenas utilizando-se um insumo raro, a companhia que detém o controle sobre a origem daquele insumo pode ser um monopolista. Exemplos são raros: extração sindicalizada de diamantes na África do Sul.

- Barreiras geradas de forma deliberada: uma firma pode tentar, deliberadamente, criar dificuldades à entrada de novas firmas. Uma forma é mover ações judiciais muito caras contra rivais. Outra forma é a de se gastar quantias exorbitantes em publicidade e propaganda, forçando todo entrante em potencial a fazer o mesmo.

- Grandes custos *enterrados*: a entrada em uma indústria irá ser tanto mais arriscada quanto maiores forem os investimentos iniciais necessários. Em especial, se este investimento inicial é *enterrado* (significando que ele não poderá ser recuperado mesmo por um período considerável de tempo). Assim, a necessidade de grandes investimentos *enterrados* desencoraja a entrada na indústria. Muitos analistas consideram este ser o mais importante tipo barreira imposta naturalmente. Por exemplo: a indústria de construção de aeronaves requer grandes investimentos iniciais enterrados e isto ajudou, por muito tempo, a Boeing a ser um monopolista na construção de aviões grandes com propulsores à jato e de longo alcance (com o jumbo 747). A Airbus somente conseguiu competir com a Boeing após grandes investimentos serem patrocinados por um consórcio de governos europeus.

Tais barreiras podem manter rivais fora da indústria e assegurar que uma indústria seja monopolística. Todavia, monopólio pode também ocorrer mesmo na ausência destas barreiras se uma única firma possui vantagens de custo sobre as rivais. Dois exemplos disto são: superioridade técnica e economias de escala.

- Superioridade técnica: uma firma cuja *expertise* e domínio da tecnologia é tão superior em comparação com suas competidoras pode manter, por um período de tempo, um monopólio. Por exemplo, durante algum tempo a IBM deteve uma vantagem tecnológica tão grande que ela virtualmente não enfrentou concorrência. Mais recentemente, a Microsoft estabeleceu uma posição de liderança na indústria de softwares, especialmente sistemas operacionais, através de uma combinação de capacidade inventiva e esperteza mercadológica.

- Economias de escala: quando o tamanho da firma é suficiente para garantir vantagens em termos de custo sobre uma rival menor, é possível que a firma grande domine a indústria.

3. Monopólio Natural

As vantagens de custo geradas por economias de escala são muito importantes e merecem atenção especial. Em algumas indústrias, as economias de escala na produção, juntamente com as economias de escopo (geradas pela produção simultânea de um grande número de itens relacionados como, por exemplo, motores de automóveis) são tão significativas que o produto da indústria pode ser produzido a um custo bem menor por uma única firma do que por várias firmas menores. Em tais casos, nós dizemos que existe um monopólio natural. Quando uma firma cresce muito mais do que suas rivais, suas vantagens *naturais* de custos acabam por eliminar os competidores.

Note, ainda, que o que importa é o tamanho relativo da firma em relação à demanda de mercado. Assim, por exemplo, um banco pequeno em uma pequena cidade rural, ou um posto de gasolina nesta mesma cidade podem ser monopólios naturais. Neste caso, contudo, existe vantagem em ser o primeiro.

A figura 1 mostra este tipo de vantagem de custo. Nesta figura são representados custos médios decrescentes – significando que quanto mais a firma produz, menores são seus custos médios – que podem conduzir a uma situação de monopólio natural. Suponha que uma firma produza jogos para videogames: esta firma possui uma curva de custo médio semelhante aquela da figura 1. Suponha que

existam duas firmas na indústria: uma grande que produz 2 milhões de jogos a um custo médio de R\$2,50; e uma menor que produza 1 milhão de jogos a um custo médio de R\$3,00. Claramente, a firma maior pode *expulsar* a firma menor se ele oferece seus produtos no mercado por um preço R\$2,99 (a firma menor poderia vender pelo mesmo preço somente realizando prejuízos). Conseqüentemente, um monopólio nascerá naturalmente, mesmo na ausência de barreiras à entrada.

Uma vez estabelecido o monopólio, as economias de escala atuam como uma força importante para a manutenção do próprio monopólio. No exemplo da firma que produz jogos de videogame, ao expulsar a firma menor, a firma maior poderá produzir 2,5 milhões de jogos a um custo médio de R\$2,00.

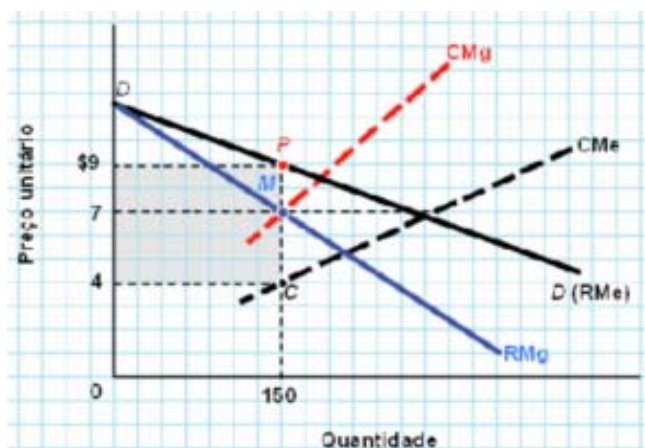


Figura 1

Note que se o monopolista utiliza seu custo baixo para aumentar seus preços baixos, o interesse público será bem servido. Todavia, o problema é que a firma pode elevar seus preços após as outras terem deixado a indústria.

Muitas firmas de utilidade pública operam como monopólios regulados exatamente por essa razão. A idéia é a de que a tecnologia de produção ou distribuição torna possível para este tipo de firma produzir a custos menores ao se produzir grandes quantidades. Assim, é preferível que este tipo de firma detenha o mercado inteiro e, então, se obrigue esta firma a cobrar preços mais baixo através de supervisão de um regulador. Exemplo: distribuição de água potável.

Existem duas razões básicas para a existência de um monopólio: barreiras à entrada, tais como restrições legais e patentes, e vantagens de custo resultantes de tecnologia superior ou economias de escala que produzem monopólios naturais. Em geral, considera-se indesejável quebrar uma firma grande cujos custos são baixos devido à escala de produção.

4. A decisão de oferta do monopólio

Uma firma monopolista não possui uma “curva de oferta” como definida no caso de concorrência perfeita. Um monopolista não está à mercê do mercado; a firma não deve aceitar o preço de mercado como dado e se ajustar a ele. Um monopolista possui poder em fixar preço, ou em selecionar uma combinação de preço e quantidade sobre a curva de demanda que melhor atende aos seus interesses.

Em outras palavras, um monopolista não é um *tomador de preços* que simplesmente se adapta a um preço determinado pela oferta e demanda da indústria. Ao invés disso, um monopolista é um *fazedor de preço* que pode, se assim ele desejar, aumentar o preço de venda do produto. Para qualquer preço

que o monopolista escolhe, a curva de demanda por seu produto indica quantas unidades serão demandadas pelos consumidores.

A curva de demanda que um monopolista enfrenta é, diferentemente daquela de uma firma perfeitamente competitiva, negativamente inclinada. Isto significa que um aumento de preço não resultará em perda de todos os consumidores, mas somente a perda de alguns consumidores. Quanto maior o preço, menos o monopolista espera vender.

O mercado não pode impor um preço ao monopolista como ele impõe a uma firma perfeitamente competitiva. Contudo, o monopolista não pode escolher ambos, preço e quantidade, simultaneamente. De acordo com a curva de demanda, quanto maior for o preço, menos ele venderá.

Ao decidir que preço melhor atende seus próprios interesses, o monopolista deve considerar se seus lucros aumentam quando o preço se altera. A curva de demanda negativamente inclinada pode causar uma situação onde um aumento adicional no preço reduz o lucro do monopolista.

Como qualquer firma, o monopolista deseja maximizar seus lucros. Se o monopolista estiver apto a realizar lucros positivos, ele poderá se manter nesta situação por um longo período de tempo devido à presença de barreiras a entrada.

Maximização de lucro. Para maximizar lucros, o monopolista deve comparar sua receita marginal com o custo marginal. A figura 2 mostra uma curva de custo marginal (CMg) e uma curva de receita marginal (RMg) para um monopolista típico. A curva de demanda (D) indica, também, a receita média. Ao vender uma quantidade Q de produto, vendendo cada unidade ao preço P , a receita média por unidade de produto vendida deve ser igual ao preço. Como a curva de demanda nos dá o preço ao qual uma quantidade particular pode ser vendida, temos automaticamente $P = RMe$ dado pela quantidade. Note que a curva de receita marginal está sempre localizada abaixo da curva de demanda, significando que a RMg é sempre menor que o preço. Isto é importante e fácil de explicar: o monopólio cobra o mesmo preço de todos seus consumidores. Se a firma deseja aumentar suas vendas em 1 unidade, ele deve reduzir o preço de todas as unidades, não somente daquela unidade marginal. Quando ele corta seu preço para atrair novas vendas, todos os consumidores antigos que já haviam decidido por comprar o bem são beneficiados. Assim, a receita adicional que o monopolista toma quando suas vendas aumentam em 1 unidade é o preço recebido por esta unidade marginal *menos* a receita perdida via redução do preço pago pelos consumidores antigos. Isto significa que RMg é necessariamente menor do que o preço; graficamente, isto implica que a curva de RMg está abaixo da curva de demanda, como na figura 2.

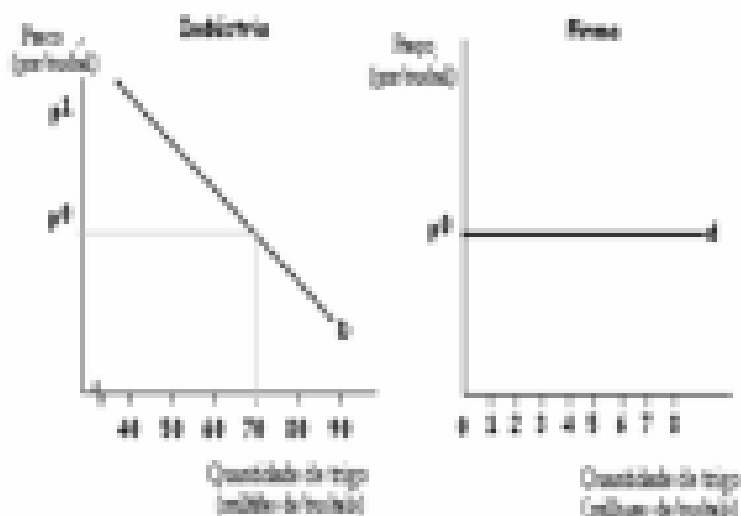


Figura 2

Determinando o produto que maximiza lucro. Como qualquer outra firma, o monopólio maximiza seu lucro fixando RMg igual ao CMg de produção. Ele seleciona o ponto M na figura 2, onde o produto é de 150 unidades. Mas o ponto M não nos diz o preço pois, como sabemos, preço é maior do que a RMg para o monopolista. Para obter o preço devemos usar a curva de demanda para encontrar o preço para o qual os consumidores estão dispostos a comprar cada uma das 150 unidades que o monopolista produz. A resposta é dada pelo ponto P diretamente acima de M. O monopolista cobra, então, preço unitário de R\$9. Sem surpresa, o preço excede ambos, CMg e RMg.

O lucro do monopolista é indicado pela área escurecida da figura 2. ele é dado pela diferença entre preço e custo médio, vezes a quantidade produzida Q. Neste exemplo, os lucros são de R\$5 por unidade, ou R\$750.

Para obter a decisão de produção de uma monopolista que maximiza lucro:

1. ache o produto para o qual $RMg = CMg$;
2. ache a altura da curva de demanda para este nível de produto e determine o preço correspondente;
3. compare a altura da curva de demanda com a altura da curva de custo médio para ver se o resultado líquido é lucro ou prejuízo.

Comparando Monopólio e Concorrência Perfeita. Para completar esta análise vamos comparar a decisão de preço e quantidade do monopolista com aquela de uma firma competitiva.

1) o lucro do monopolista persiste: a primeira diferença entre concorrência perfeita e monopólio decorre diretamente da presença de barreiras a entrada na indústria monopolista. Os lucros, como vistos na figura 2, poderiam ser extintos se houvesse livre entrada na indústria, com a competição entre as firmas puxando o preço para baixo. Lembre que uma firma competitiva faz *lucro econômico igual a zero* no longo prazo; isto é, ela somente ganha o suficiente para cobrir seus custos de produção, incluindo o custo de oportunidade dos fatores de produção próprios empregados. No caso de monopólio, lucros positivos podem persistir, gerando contestação por parte do público. Como resultado, monopólios são regulados pelo governo, o que limita seus lucros.

2) Redução de produção para gerar aumento de preços: o preço excessivo é um problema, mas um problema ainda mais sério é o menor nível de produto: comparado com concorrência perfeita, o monopolista restringe sua produção e cobra preços maiores. Lembre que no caso de competição o preço é igual ao custo marginal e ao custo médio. No caso de monopólio, o preço é superior ao custo médio significando que o monopolista poderia fazer lucro na margem. Ao produzir uma unidade a mais o monopolista poderia cobrar um preço específico por este item superior ao seu custo marginal e esta seria consumida por um consumidor marginal. Mas o monopolista não o faz. Esta situação é considerada, pelos economistas, como uma ineficiência, pois existem consumidores desejando pagar por um bem um preço maior que seu custo de produção, mas, mesmo assim, este bem não é produzido.

Devido a existência de barreiras a entrada, uma firma monopolista pode ganhar lucros positivos superiores ao custo de oportunidade de produção. Ao mesmo tempo, o monopolista gera ineficiência na alocação de recursos ao produzir uma quantidade pequena e cobrar um preço elevado. Por estas razões, algumas das virtudes de um livre mercado são extinguidos se uma indústria se torna um monopólio.

A figura 3 mostra a diferença de preços e quantidade entre monopólio e competição:

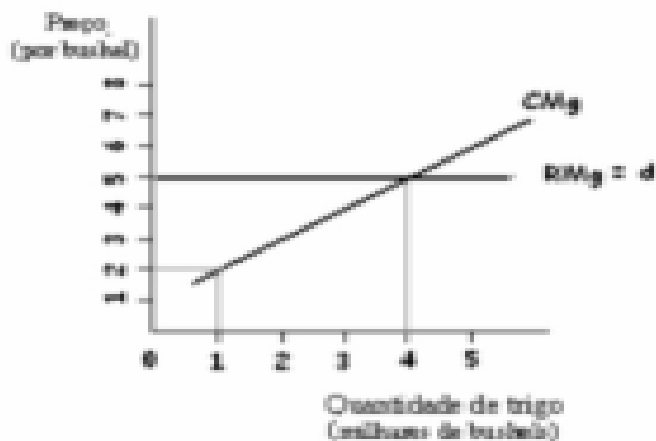


Figura 3

Benefícios do Monopólio

1) Monopólio favorece inovações: alguns economistas argumentam que não podemos comparar as curvas de custo de uma firma monopolista e de uma competitiva *em um único ponto no tempo*. Pela simples razão de ser protegido de possíveis rivais e poder capturar lucros maiores, o monopolista pode se apropriar de qualquer redução de custo que um eventual avanço tecnológico lhe proporcione. Assim, o monopolista tem um incentivo bem forte para investir em pesquisa e desenvolvimento que gere novas tecnologias de produção e novos produtos.

2) Monopólio-natural produz da forma mais barata possível: lembre que o monopólio natural foi definido como aquele onde uma firma possui custos médios decrescentes, isto é, possui custos de produção sempre decrescentes (note na figura 2, onde descrevemos um monopólio *não-natural*, onde os custos de produção são crescentes). Nestes casos, pode ser bom para a sociedade permitir que o monopólio continue pois os consumidores podem ser beneficiados pelas grandes economias de escala na produção. Neste caso, contudo, será apropriado que o governo regulasse o monopolista especificando limites legais para os preços.

III. Regulação de Monopólios

1. Limitando o Poder de Mercado

Nós vimos que uma indústria monopolística pode produzir resultados não tão desejados pelo interesse público como um mercado perfeitamente competitivo produziria. Ainda assim, para muitas indústrias a concorrência é um objetivo impossível. Isto é principalmente verdade na presença de grandes economias de escala – significando que quanto maior for a oferta de uma firma, menores serão os custos de produção. Economias de escala significam, portanto, que firmas grandes vão expulsar firmas pequenas da indústria, acabando com a competição. Como resultado, indústrias com economias de escala terminam, em geral, tendo um pequeno número de firmas, cada uma com uma grande fatia de mercado. Em outras palavras, esta indústria está condenada a ser um oligopólio ou um monopólio.

Mas o que isso tem de ruim? Em alguns casos nada, mas em outros o interesse público será ameaçado pelo simples fato de a(s) firma(s) na indústria possuir(em) **poder de monopólio**. Poder de monopólio (ou poder de mercado) é usualmente definido como a habilidade que uma firma possui em aumentar e manter os preços de seus produtos substancialmente acima dos níveis de competição. Em outras palavras, se uma firma possui poder de mercado ela pode cobrar preços altos sem sofrer qualquer ameaça de perda de consumidores para potenciais rivais. Assim, um monopólio é, em geral, indesejável por várias razões. Algumas são óbvias:

- 1) preços elevados reduzem o bem-estar dos consumidores: os consumidores pagam preços mais elevados e, portanto, consomem menos de todos os bens disponíveis na economia;
- 2) preços elevados produzem distorção na alocação de recursos: preços elevados tendem a reduzir a quantidade demandada; isto significa menos trabalho, capital e outros insumos empregados no processo produtivo do bem em questão. Assim, mais destes recursos serão transferidos para a produção de bens em concorrência perfeita. Assim, teremos subprodução na indústria monopolística e superprodução na indústria competitiva. Como resultado a economia não irá produzir as quantidades que melhor atendem o interesse público.
- 3) Poder de monopólio cria um obstáculo à melhora na qualidade do produto ofertado: como o monopolista não se defronta com competidores que podem tomar parte (ou a totalidade) de seu mercado, os produtos tendem a ser de baixa qualidade em comparação com a qualidade que poderiam ter se a firma operasse sob a ameaça dos competidores.

Problemas relacionados à eficiência da economia com um todo são inerentes ao poder de monopólio. Esta é, portanto, a razão mais forte para a intervenção governamental no sentido de regular o monopolista e controlar sua habilidade de manipular preços.

Como e por que a regulação surgiu? A regulação de uma indústria é um processo estabelecido por lei que restringe ou controla algumas decisões feitas pela firma regulada, sendo desenhada para proteger o público da exploração por parte de firmas com poder de monopólio. A regulação é, geralmente, executada por uma agência governamental especialmente criada para interpretar e administrar a lei. A agência pode também atuar como uma corte que faz cumprir as leis reguladoras.

A regulação, como definida acima, começou nos EUA quando a população se levantou contra o abuso que as companhias ferroviárias nacionais e levou a criação da Interstate Commerce Commission (ICC), em 1887. Somente bem mais tarde é que foram criadas a Federal Power Commission (FPC) e a Federal Communications Commission (FCC) em, respectivamente 1920 e 1934. Atualmente, existem várias agências reguladoras em vários países do mundo.

Em que pese às boas intenções, a regulação tem sido alvo de críticas tais como a de causar ineficiências e custos excessivos ao público consumidor. Um fato básico sobre a regulação e outras formas de intervenção do governo desenhadas para afetar operações de mercados é que nem os mercados e nem

os reguladores funcionam perfeitamente. Por exemplo, poder de mercado pode surgir em um mercado não regulado, mas regulação excessiva ou má concebida pode também produzir efeitos nocivos.

O que é regulado? Por quem? Em geral, nos países ocidentais as agências reguladoras são divididas em dois grupos: aquelas que limitam o poder de mercado de firmas reguladas (ANEEL e ANATEL, por exemplo) e aquelas cuja principal função é a de proteger consumidores e garantir segurança ao trabalhador (ANVISA e MTE).

2. Alguns objetivos da regulação

Controle do Poder de Mercado Resultante de Economias de Escala e Escopo. Já vimos que uma das principais razões para a regulação de indústrias é prevenir que uma firma adquira poder de mercado. Em algumas indústrias é mais barato ter a produção realizada por uma única firma do que por várias firmas. O poder de mercado pode ser construído através da produção em grande escala. Por exemplo, no caso de ferrovias o custo total de se construir e manter trilhos com tráfego de 100 vagões por dia não é muito maior do que quando somente 1 vagão os utiliza. Assim, existe uma grande redução de custo médio como resultado do aumento no tráfego: economias de escala produzem uma curva de custo médio sempre decrescente no produto total (veja figura 1).

Uma única grande firma pode, ainda, apresentar vantagens de custo sobre um grupo de pequenas firma quando se torna mais barato se produzir conjuntamente um número de produtos diferentes. A redução de custo como resultado da produção conjunta de diferentes bens é chamada de economias de escopo. Um exemplo de economias de escopo é a manufatura de automóveis de passeio e utilitários por um mesmo produtor. As técnicas empregadas na produção destes dois bens são similares, o que garante a vantagem, em termos de custo, em se produzir ambos.

Na presença de economias de escala e/ou escopo, uma intervenção governamental com objetivo de garantir a existência de muitas firmas pode ser nociva no sentido de aumentar custos de produção.

Quando a produção sob monopólio é mais barata, a competição não será preservada e a indústria será referida como um monopólio natural. Nesta situação a sociedade pode preferir a manutenção do monopólio.

Todavia, mesmo que a sociedade decida-se pela manutenção do monopólio, ela não desejará que o monopolista utilize todo o seu poder de monopólio para fixar preços. Portanto, a regulação das decisões da firma, tais como preço e qualidade, entra em cena.

Controle do Poder de Mercado Resultante de Propriedade de Redes Físicas. Outra fonte de poder de mercado que tem atraído muita atenção recentemente é a propriedade única de ativos físicos que outras firmas devem usar para competir com o proprietário daquele ativo. A forma de determinar o preço pelo uso deste ativo é um problema importante para o regulador.

Considere o seguinte exemplo: várias companhias ferroviárias, competidores entre si, necessitam utilizar um túnel sob uma montanha, mas este túnel é de propriedade de uma das companhias ferroviárias. Observe o caso de companhias telefônicas nos EUA; as redes físicas pertencem a pequenas companhias locais, mas devem ser utilizadas pelas grandes MCI, AT&T e Sprint para que estas possam oferecer seus serviços de longa distância, por exemplo.

Em ambos os casos acima, se o regulador deseja ver a competição prevalecer no mercado, ele deve se certificar de que a firma detentora da propriedade sobre o ativo fixo deve ser obrigada a permitir o uso de seu ativo a um preço apropriado.

Garantia de Serviço Universal. Um terceiro objetivo da regulação de preços e outras escolhas da firma é o desejo por serviços universais. Por serviço universal nós nos referimos à disponibilidade do serviço para todos, a um preço razoável, em especial para consumidores de baixa renda e em pequenas comunidades onde a escala limitada de operação pode fazer os custos muito elevados. Em tais casos, o regulador pode encorajar ou requerer que uma firma de utilidade pública (tal como uma distribuidora

de energia) sirva alguns consumidores mesmo que isso implique em prejuízos. Todavia, estes prejuízos em algumas vendas serão sustentáveis se a firma regulada for permitida a compensar estas perdas ao cobrar preços maiores de outros grupos de consumidores (em outros mercados). Isto é chamado de *subsídio cruzado*.

Todavia, o subsídio cruzado somente é possível se a firma regulada for protegida de competição via preço e da ameaça de concorrência representada pela entrada de outras firmas nos mercados lucrativos. Sem essa proteção, a firma regulada irá se ver privadas das oportunidades de lucro em alguns mercados e não poderá universalizar o serviço em mercados não lucrativos.

3. Dois problemas básicos com os quais os reguladores se defrontam

Como podem os reguladores fixar preços que protejam os consumidores e, ao mesmo tempo, permitir que a firma regulada cubra seus custos?

Quando os governos regulam preços eles desejam, em geral, prevenir que aqueles preços sejam tão elevados a ponto de garantir lucro de monopólio para a firma. Todavia, os governos desejam, ao mesmo tempo, fixar preços *compensatórios*. Em outras palavras, os preços devem ser suficientes para permitir que as firmas reguladas cubram seus custos e, conseqüentemente, sejam financeiramente solventes. Além disso, aos reguladores é requerido selecionar preços que sirvam o interesse público. Contudo, estes dois objetivos podem ser conflitantes:

Preços que promovem o interesse público podem causar problemas financeiros para as firmas.

Preço igual ao custo marginal? Ou igual ao custo médio?

Muitos economistas advogam, sempre que possível, a fixação do preço igual ao custo marginal porque esta política gera incentivos para as firmas produzirem quantidades que melhor atendem os desejos dos consumidores, em termos de eficiência. Todavia, um problema prático previne o emprego desta regra de determinação de preço em indústrias reguladas: as firmas poderiam falir. Isto segue dos fatos abaixo:

- a. Existência de significantes economias de escala na produção.
- b. Economias de escala tornam as curvas de custo médio de longo prazo decrescentes que qualquer nível de produto.
- c. Se o custo médio é decrescente, o custo marginal deve sempre estar abaixo do custo médio.

Juntando estes três fatos, vemos que se o regulador fixa preço igual ao custo marginal, e como o custo marginal é menor do que o custo médio, o preço não será grande o bastante para cobrir os custos médios: a firma irá falir! Uma solução para este problema seria fixar preço igual ao custo marginal e, então, cobrir o déficit da firma com fundos públicos: subsídios.

Uma segunda (e popular) opção é a de fixar preço igual ao custo médio. Mas este método de precificação somente poderá ser implementado com base em decisões arbitrárias. Quase toda companhia produz diferentes variedades e quantidades de algum produto (podendo chegar à casa dos milhares). Em uma firma com muitos produtos, nós não podemos definir o custo médio ($CMe = CT/Q$), pois deveríamos somar diferentes produtos para obter Q .

Para o caso de firmas que produzem muitos produtos, os reguladores tem sido atraídos pelo método conhecido como Regra de Precificação de Ramsey.

Regra de Precificação de Ramsey. *Em uma firma regulada com vários produtos, na qual preço deve exceder o custo marginal para que a firma mantenha-se operando, a relação P/CMg deve ser maior para os produtos cujas elasticidades da demanda são menores.*

Explicação: suponha uma firma que produza dois bens, A e B, e que a demanda por A é mais elástica do que a demanda por B. Isto significa que para um dado aumento percentual os consumidores serão induzidos a cortar suas compras de A mais do que suas compras de B. Esta regra tem sido proposta para precificar correios e telefone.

Prevenir que firmas com poder de mercado obtenham lucros excessivos podem eliminar incentivos para eficiência e inovação.

Oponentes da regulação argumentam que ela gera ineficiência e reduz os benefícios dos mercados livres. Uma fonte óbvia de ineficiência é a enorme burocracia e batalhas legais que não permitem a firma responder rapidamente a mudanças nas condições de mercado.

Em adição, economistas acreditam que interferências sobre preços causam ineficiência econômica. A imposição de preços diferentes daqueles que poderiam prevalecer em um mercado livre e competitivo induz os consumidores a demandarem quantidades que não maximizam os benefícios dos consumidores dada à disponibilidade de recursos na economia.

Uma terceira fonte de ineficiência é a remoção de oportunidades de lucro e, portanto, da eficiência associada com o próprio lucro, sensibilidade da demanda do consumidor e inovação. Com efeito, uma regulação que garanta uma taxa de retorno para a firma, independentemente se seu gerenciamento é totalmente incompetente ou extremamente talentoso, retira os incentivos criados pela perseguição do lucro. Esta regra é conhecida como *rate-of-return regulation*.

Como exemplo temos os contratos para desenvolvimento e fornecimento de equipamento militar. As compras deste tipo de equipamento têm seus preços calculados usando-se de contratos conhecidos como *cost-plus* – o ofertante tem a garantia de que seus custos serão cobertos e que, em adição, receberão um lucro pré-especificado. Estudos deste tipo de contrato têm mostrado que os ofertantes são muito ineficientes.

Curiosamente, os atrasos que caracterizam a maioria dos procedimentos regulatórios, conhecidos como *lag* regulatório, são vistos como uma forma de contornar o problema de incentivo gerado pela fixação da taxa de retorno. Para entender isso, suponha que a agência reguladora tenha especificado preços que garantam à firma uma taxa de retorno de, por exemplo, 10%. Se o gerenciamento da firma é efetivo e consegue reduzir custos, a taxa de retorno efetiva da firma, dados os preços especificados anteriormente, pode aumentar para, digamos, 12%. Se a agência reguladora demora três anos para ajustar os preços, a firma ganhará um *bônus* de 2% ao ano, por três anos (o *lag* regulatório), por sua eficiência. Por outro lado, se a firma é mal administrada sua taxa de retorno pode cair para, por exemplo, 7%. Se a agência reguladora necessita de 18 meses para analisar o caso e permitir um aumento de preço, a firma sofrerá uma punição por sua ineficiência. Deste modo, o *lag* regulatório atua como uma forma de premiar (punir) a firma como resultado de sua eficiência (ineficiência), mesmo quando o lucro da firma é garantido *ex-ante*.

Price Caps como incentivos à eficiência. Uma inovação regulatória desenhada para prevenir lucros de monopólio enquanto incentivos são oferecidos para a firma melhorar sua eficiência produtiva estão sendo usados em vários países (por exemplo, para eletricidade, telefonia e serviços aéreos na Inglaterra, e telefonia nos EUA). A idéia básica foi retirada do incentivo gerado pelo *lag* regulatório.

Sob este, o regulador fixa um teto para os preços (chamado de *price caps*) de firmas reguladas. Todavia, os *price caps* (que são medidos em valores reais, ajustados pela inflação) são reduzidos a cada ano a uma taxa baseada na taxa de redução dos custos (crescimento da produtividade) obtida pela própria firma no passado. Assim, se a firma regulada demonstra reduções subseqüentes em seus custos (via inovação ou outros métodos) maiores do que os obtidos no passado, o custo real da firma irá se reduzir

mais rapidamente do que seus preços e a firma poderá manter seus lucros com uma forma de recompensa.

É claro que nem tudo é tão simples assim para a firma: se a firma reduz seus custos em apenas 2% após ter o reduzido em 3% ao ano no passado, o *price cap* irá se reduzir em 3%. A firma irá sofrer perdas, mas os consumidores continuarão a ser beneficiados pela queda real nos preços.

Assim, sob este sistema de regulação dos preços, o gerenciamento da firma regulada é forçado a perseguir continuamente formas mais econômicas de produzir o bem. Note, finalmente, que este método deixa a possibilidade de lucros elevados para a firma como uma forma de incentivo para eficiência. Mas ele também protege os consumidores via controle dos preços, tornando-os menores em termos reais ao longo do tempo.

