



Pedido de Medida Preventiva n.º 08700.003174/2002-19 no Processo Administrativo n.º 53500.005770/2002

Representante: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – EMBRATEL

Advogados: José Del Chiaro Ferreira da Rosa, Maria Augusta Fidalgo, Ana Lopez Prieto, Daniela de Carvalho Mucilo Restiffe e outros.

Representada: Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP

Advogados: Ernani de Almeida Machado, Antonio Corrêa Meyer, Moshe Boruch Sendacz, José Roberto de Camargo Opice e outros.

Conselheiro-Relator: Cleveland Prates Teixeira

**DESPACHO DE MEDIDA PREVENTIVA
VERSÃO PÚBLICA**

I – Do Histórico do Caso

Em 06 de setembro de 2002, a Representante protocolizou na Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, *Representação com Pedido de Medida Preventiva para Imediata Cessação de Prática Anticompetitiva*, contra a Telecomunicações de São Paulo S/A (Protocolo n.º 200290126986), por prática discriminatória de preço de acesso à Embratel no provimento de serviço de acesso local – exploração industrial de linhas dedicadas (EILD) em âmbito local (linha dedicada local). Posteriormente, dói aberto Procedimento Administrativo sob o n.º 53500.005770/2002

Na mesma data, a Representante encaminhou ao CADE cópia do documento protocolizado na Anatel, para fins de conhecimento dos fatos e providências da competência deste órgão. O “comunicado” foi recebido sob o n.º 08700.003174/2002-19, sendo distribuído a mim na 284^a. Sessão de Distribuição Ordinária.

Posteriormente, em 10 de setembro de 2002, a Representante, em complementação à documentação protocolizada no dia 06/09/2002, requereu a juntada de documentos comprobatórios dos preços praticados pela Telesp em relação à Embratel.

Em 12 de setembro de 2002, solicitei à Anatel, por meio do Ofício CADE 1982/2002, que se manifestasse à respeito das providências adotadas para o caso e encaminhasse cópia do material disponível. Na mesma oportunidade enviei

cópia da Representação, por meio do Ofício CADE 1981/2002, à SDE para que tomasse conhecimento dos fatos apresentados.

Nessa mesma data, a Telesp requereu juntada da procuração de seus advogados, bem como a imediata concessão de vista e cópia integral dos autos. Posteriormente deferi tal solicitação.

Em 24 de setembro de 2002, a Representante noticiou *“que desde o ingresso de relativa Representação na ANATEL, (...), não se tem notícia sobre qualquer decisão daquele órgão sobre a abertura de Processo, o que se torna mais gravoso ainda, diante da falta da conseqüente análise do Pedido de Medida Preventiva, valendo dizer, que os danos relatados na Representação, praticados pela Telefônica, persistem sem qualquer tipo de providência por parte da Agência.”* (fls. 162)

Em 27 de setembro de 2002, a Anatel respondeu ao Ofício CADE 1982/2002, informando que o procedimento estava sob análise técnica inicial; e encaminhou os seguintes documentos: (i) Notificação da Telefônica à Embratel, em 16 de julho de 2002, para apresentação dos preços cobrados pelos circuitos EILD de 64 e 128 Kbps, na cidade de São Paulo (fls. 186); (ii) Questionamento 4 – Correspondência da Embratel solicitando a discriminação dos preços de acesso local no edital da Prodam (fls. 187); (iii) Ata da Reunião do Pregão 06.002/02 – informa a classificação provisória da Embratel e Telefônica, cujas propostas globais para o serviço eram, respectivamente, de R\$18.022.841,32 e R\$18.000.000,00. Em seguida indica as propostas definitivas da Embratel e Telefônica em, respectivamente, R\$11.484.500,00 e R\$11.480.000,00, e declara a Telefônica vencedora do Pregão (fls. 191-193); (iv) Declaração tornando pública a decisão final do Pregão 06.002/02 (fls. 194-195); (v) Resposta à solicitação da Embratel feita pela Prodam, em que esta informa que a proposta comercial ao Pregão deverá ser feita conforme estabelecido no Edital (fls.196); (vi) Resposta da Prodam ao recurso contra a decisão do Pregão interposto pela Embratel (fls. 198-204); (vii) Inteiro teor do recurso contra a decisão do Pregão (fls. 205-212); (viii) Proposta de preços da Embratel para a licitação da Prodam, no lance inicial (fls. 213-216); (ix) Proposta de preços da Telefônica para a licitação da Prodam, no lance final (fls. 217-218); (x) Resposta da Telefônica à Embratel, em 24 de julho de 2002, informando os valores para fornecimento de EILD, para circuitos urbanos na cidade de São Paulo, nas velocidades 64 a 128 Kbps (fls. 219); (xi) Inteiro teor do Edital do Pregão 06.002/02 (fls. 226-282).

Em 08 de outubro de 2002, a Representante, face à falta de posicionamento da Anatel até a data, requereu ao CADE, na pessoa do Conselheiro-Relator, que, verificando as razões consubstanciadas na Representação encaminhada àquela Agência, concedesse a Medida Preventiva. De acordo com a Representante, *“a resposta ao Ofício 1982/02 só vem a comprovar (...) o total descaso com que a Anatel vem tratando a Representação lá protocolizada em 06 de setembro último”* (fls. 323). Aduz ainda que *“a Representação distribuída no último dia 06 completa*

1 (um) mês de protocolo sem qualquer análise a respeito da Medida Preventiva, o que equivale à falta de prestação administrativa buscada na Agência.” (fls. 324)

Em 31 de outubro de 2002 realizei uma audiência com a Embratel e em 25 de novembro de 2002 com a Telesp. A gravação destas audiências encontram-se nos autos às fls. 350 e às fls. 398-416, respectivamente. Destaco que entreguei cópia da gravação dessas reuniões para a Representante, conforme solicitado (fls. 397).

Em 02 de dezembro de 2002, por meio do Ofício CADE 2591/2002, convoquei a Telesp para que comparecesse a uma reunião no dia 10 de dezembro de 2002, com o objetivo de que esta tivesse a oportunidade de expor suas considerações finais a respeito do Pedido de Medida Preventiva a todos os Conselheiros do CADE. Na mesma data e com a mesma finalidade, por meio do Ofício CADE 2592/2002, convoquei a Embratel. Todavia, em 06 de dezembro de 2002, a Telesp, considerando a complexidade do caso, solicitou o adiamento do compromisso para 17 de dezembro de 2002. A Embratel manifestou sua concordância com a data, sendo posteriormente deferida por mim.

Em 09 de dezembro de 2002, solicitei à Representada, por meio dos Ofícios CADE 2667/2002 e 2668/2002, as seguintes informações: (i) identificar todas as possíveis tecnologias substitutas ao serviço de exploração industrial de linhas dedicadas em âmbito local, oferecido pela Telefônica, conforme descrito pela Representante às fls. 284 dos autos; (ii) estimar a diferença, em termos percentuais, de custos dessas possíveis tecnologias substitutas; (iii) comparar a qualidade (em termos de capacidade de transferência de dados e velocidade) de cada uma das tecnologias substitutas em relação à EILD; (iv) em quais circunstâncias essas possíveis tecnologias substitutas à EILD podem se tornar economicamente viáveis. As respostas foram devidamente apresentadas no dia 17 de dezembro de 2002.

Realizada a reunião no dia 17 de dezembro de 2002, a Telesp solicitou a juntada da documentação apresentada. A gravação encontra-se às fls. 832-850. Conforme solicitado pela Representante, entreguei cópia da gravação desta reunião em 20/12/2002.

Por meio dos Ofícios CADE 2761/2002 e 2762/2002 abri prazo de cinco dias para as partes apresentarem suas considerações finais, em especial, relativas às questões e informações apresentadas na reunião do dia 17 de dezembro, que foram devidamente entregues em 06 de janeiro de 2003.

Em 10 de janeiro de 2003 solicitei à Telesp, por meio do Ofício CADE 041/2003, que fossem encaminhados os trechos faltantes do Contrato de Prestação de Serviços de Linhas Dedicadas firmado entre a Telesp e Telefônica Empresas. A Telesp apresentou as informações faltantes em 14 de janeiro de 2003, solicitando tratamento confidencial.

Na data de 17 de janeiro de 2003, solicitei à Anatel, por meio do Ofício CADE 117/2003, que dada a urgência deste Conselho em se manifestar sobre Pedido de Medida Preventiva, informasse o estágio atual de análise do caso. Em resposta datada de 31 de janeiro, o Sr. Jarbas José Valente (Superintendente de Serviços Privados) esclareceu *“que o referido procedimento está em fase de análise para instauração de Processo Administrativo e eventual adoção de Medida Preventiva.”* (fls. 851-852)

Em 24 de janeiro e 17 de fevereiro de 2003, foram encaminhadas, pela Telesp, informações complementares aos argumentos de defesa.

Em 21 de fevereiro de 2003, a Embratel apresentou algumas considerações acerca das informações encaminhadas pela Telesp no dia 17 de fevereiro.

A Anatel, na data de 25 de fevereiro de 2003, informou que o Processo Administrativo foi instaurado em 6 de fevereiro de 2003, com o objetivo de *“investigar possível conduta infringente à ordem econômica, passível de enquadramento no art. 21, incisos IV, V, e XII, da Lei n.º. 8.884, de 11 de junho de 1994, consistente na prática anticoncorrencial de discriminação de preços e conseqüente elevação de custos de concorrente, o que poderá trazer prejuízos concorrenciais ao mercado do Serviço de Comunicação de Dados, conduta esta que tipifica as infrações definidas no art. 20, incisos I, II e IV e §2º do mesmo diploma legal.”*

II. Da Representação com Pedido de Medida Preventiva

Trata-se de Pedido de Medida Preventiva para imediata cessação de prática anticompetitiva adotada pela Telesp, consistente na discriminação de preços de acesso à Representante no provimento de serviço de acesso local – exploração industrial de linhas dedicadas (EILD) em âmbito local (linha dedicada local).

Em suas razões, alega a Representante que:

1) por sua natureza original de prestadora de serviços de telecomunicações de longa distância, não dispõe de redes de telecomunicações com alto índice de capilaridade nos centros urbanos do país, dependendo assim da utilização da rede da operadora local para atender a seus clientes. E que esta última, como concorrente da Representante em muitos serviços, e dominante no mercado de insumos necessários, tem se aproveitado indevidamente desta posição, estabelecendo além de diferenças em termos de prazos e qualidade, preços discriminatórios no fornecimento do serviço de acesso local;

2) os preços de acesso ofertados pela Representada no processo de licitação efetuado pela Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo – Prodam, São Paulo, Pregão 06.002/02 realizado em 16/08/2002, referente ao fornecimento de serviço especializado de comunicação de dados em diferentes velocidades (serviço de dados), comprovam de forma lógica e incontestável a existência de prática discriminatória no preço de acesso, por parte da

Representada, de forma a inviabilizar a concorrência no fornecimento de dados a usuários finais;

Velocidade Kbps	Preço do acesso cotado pela Telefônica na Licitação da PRODAM (R\$) – Contrato de 24 meses	Preço de acesso pago atualmente pela Embratel (R\$)	Preço de acesso proposto pela Telefônica à Embratel, em opção de contrato de 24 meses (R\$).
64	249,23	338,69	288,10
128	396,35	467,63	469,29
256	467,10	704,59	496,40
512	654,42	1242,11	578,40
1024	1363,51	2106,39	1.677,66
2.048	1.874,84	3.834,86	1.677,66
155.000	18.093,65	-	20.243,00

Fonte: EMBRATEL (fls. 58 dos autos).

Nota: Foi suprimida uma coluna com valores sobre preços de acesso local para contrato por termo indeterminado, em virtude de não ter sido juntada documentação probatória desses valores.

3) a discriminação resultou em um diferencial de cerca de 15% nas velocidades mais baixas (64 e 128 Kbps) e de quase 19% na velocidade de 1024 Kbps, implicando a perda da licitação da Prodam pela Representante;

4) trata-se de prática reiterada ocorrida também em outros processos licitatórios no Estado de São Paulo, como Dataprev e Prodesp, que estão sendo investigados pela Anatel nos processos n.ºs. 53500.002286/2001 e 53500.002284/2001, respectivamente. Sendo específico o presente caso na medida em que dada a publicidade inerente aos negócios praticados junto a órgãos públicos foi possível examinar os preços ofertados pela Representada, sendo prova incontestável da prática alegada;

5) a prática afeta, de modo anticompetitivo, o mercado de provisão de acesso local na localidade objeto da licitação e o mercado de serviços de comunicação de dados (mercado “alvo” da prática anticompetitiva), também nessa localidade, na medida em que eleva os custos dos rivais;

6) a elevação dos custos dos rivais – ou ainda *price squeeze* – é uma conduta discriminatória, segundo a qual uma empresa com posição dominante no mercado relevante de um certo insumo adota preços diferenciados no seu fornecimento de forma a provocar um incremento nos custos dos rivais;

7) a conduta praticada independe de forma específica para ser aplicada, o que permite que a estratégia seja configurada para melhor se adequar às particularidades de cada mercado. No caso em análise, trata-se da manutenção, em patamares elevados, dos preços dos insumos adquiridos pelos rivais, provocando um aumento dos seus custos que leva a um preço necessariamente superior ao praticado pela empresa dominante;

8) em qualquer caso, o efeito da estratégia anticompetitiva é o mesmo – permitir que a empresa dominante aumente seu *market share* e seus lucros a partir da redução da oferta das empresas concorrentes;

9) um efeito adicional, mas não menos importante – caso a elevação dos custos seja substancial – será a saída de mercado de empresas com menor capacidade de resistência e a inviabilização de novas entradas. Assim, as estratégias de

elevação dos custos dos rivais podem ser vistas como condutas que resultam na elevação das barreiras à entrada no mercado relevante;

10) tal conduta fere não somente os artigos 3º, inciso III, 4º, 6º, 7º, §3º e 70, inciso I, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), mas também o artigo 20 da Lei 8.884/94, vez que importa em discriminação de preços contra concorrentes, prejuízo à livre concorrência, abuso de posição dominante, aumento das barreiras à entrada no mercado relevante de serviços de dados e em incremento artificial dos custos dos rivais no mesmo mercado.

Em face do alegado, a Representante requereu a concessão de Medida Preventiva com imediata cessação da prática anticompetitiva e fixação de multa diária no caso de não cumprimento. Destacou estarem presentes os requisitos para a concessão da medida, quais sejam: (i) o *fumus boni iuris*, e (ii) o *periculum in mora*. Nesse sentido, salientou que *fumus boni iuris* restou demonstrado diante da prática, por parte da Representada no procedimento licitatório ultimado junto à ProdamM, de preço comprovadamente abaixo daquele cobrado da Representante. De outro lado, explicou que o *periculum in mora* restou demonstrado com a finalização do procedimento licitatório, em que se sagrou vencedora a Representada. Alegou que “*caso não seja adotada medida preventiva contra a representada, com a imediata cessação da prática, a EMBRATEL continuará sem condições de competir por novos contratos de prestação de serviços comunicação de dados, com a resultante dominação artificial destes mercados pela Representada.*” (fls. 32)

Com base nesses argumentos, a Representante requereu a adoção das seguintes medidas:

“(i) *determinação instando a Representada a explicitar, em todas as suas propostas de prestação de serviços de comunicação de dados a terceiros, o valor do preço de acesso local;*

(ii) determinação de que o preço do acesso local apresentado em cada proposta conforme item (i) acima não poderá ser inferior àquele cobrado para suas concorrentes nos mercados a jusante (downstream), isto é, que utilizam o acesso local como insumo básico na prestação de seus serviços, como condição indispensável para tratamento isonômico;

(iii) fixação de multa diária de valor não inferior a 5.000 UFIRs no caso de recusa ou descumprimento desta Medida Preventiva pela Telesp;

(iv) que seja dada ampla divulgação da decisão desta Medida Preventiva ao mercado, inclusive às empresas públicas que o integram, potencialmente contratantes dos serviços de dados, a fim de que não corroborem – por omissão – com a continuidade da prática abusiva ora impugnada.” (fls. 31-32)

III. Da manifestação da Telesp

A Telesp, por meio de petição apresentada em observância ao solicitado pelo Ofício CADE 2761/2002, alegou que:

1) o presente procedimento deve ser arquivado por ausência de forma prevista em lei. O “comunicado” apresentado pela Embratel não tem forma nem figura de um ato formal que pudesse instaurar procedimento administrativo perante o CADE. *“Sobretudo, não se trata de uma representação, mas consiste em mero comunicado no qual se formula pedido incerto e absolutamente genérico, de adoção das ‘providências’ cabíveis, ao que equivaleria pedir as ‘providências legais pertinentes’ ou tão apenas a ‘aplicação da lei’.”* (fls. 622);

2) a petição inicial da Embratel é inepta por não conter pedido claramente formulado. A lei veda que as partes articulem pedido de maneira tão genérica, exigindo ao revés que o requerimento inicial do interessado deva ser formulado em escrito que contenha, necessariamente, formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos;

3) caso não seja arquivado de plano o expediente pela ausência de forma prevista em lei ou pela inépcia da petição da Embratel, seja sobrestado até o pronunciamento da Anatel, para que não ocorra a subversão da ordem processual prevista em lei. Ainda que a Embratel pretendesse que a sua comunicação fosse convertida em pedido de medida preventiva ao CADE, haveria a configuração de um óbice legal. *“(…) não se pode dizer que o artigo 52 da Lei 8.884/94, (...) confere ao CADE, um ‘salvo conduto’ que permite a concessão de medida preventiva a qualquer momento, independente de ou concomitantemente com o exercício de outras competências legais atribuídas por lei a outros órgãos administrativos. (...) admitir que a Lei permita que dois órgãos na esfera administrativa o façam de maneira simultânea (...) teria o condão de esvaziar o entendimento de que o CADE possui competência recursal no que toca à apreciação de medidas de urgência pelos órgãos que se encarregam da instrução em matéria concorrencial, já que não seria juridicamente lógico que um ‘tribunal ad quem’ se pronunciasse antes do juízo a quo.”* (fls. 626-627)

Nesse sentido, *“dada a competência específica e originária da Anatel para a avaliação, instrução e análise de infrações à ordem econômica, envolvendo a prestação de serviços de telecomunicações, e considerando ainda que neste caso a competência deste E. Conselho deve, conforme demonstrado, ser considerada recursal, é vedada a apresentação de documentos solicitando os mesmos pedidos, sob os mesmos fundamentos, simultaneamente. Como a ANATEL foi o primeiro órgão a receber o pedido de medida preventiva, até que ocorra o seu pronunciamento não cabe ao CADE decidir pela adoção de qualquer medida. Logo, a manifestação do CADE consistiria na supressão da competência da ANATEL, o que não é permitido pela legislação aplicável (cf., v.g., dispõe o art. 11 da Lei n. 9.784/99).”* (fls. 627);

4) o pedido formulado pela Embratel à Anatel é absolutamente inócuo, incapaz de produzir qualquer consequência prática. *“Com efeito, a análise da representação formulada à Anatel dá conta de que os fatos afirmados pela Embratel surgem no contexto de uma licitação em que essa empresa concorreu com a Telesp. Contudo, (...), a Embratel não concorreu com a Telesp, mas sim com a Telefônica Empresas – TEmpresas, que é uma sociedade do grupo Telefônica que atua no mercado de comunicação de dados. E há que se observar que Telesp e TEmpresas são duas empresas autônomas e independentes. É certo que pertencem ao mesmo grupo econômico, mas, reitera-se, são autônomas e independentes. Tanto o é que negociam o fornecimento de meios entre si, formulando propostas e contrapropostas, e formalizam seus negócios por meio de contratos, lícitos, formais, exigíveis e independentes. A concorrente da Embratel, na prestação de serviços de comunicações de dados, é precipuamente a TEmpresas, e não a Telesp. A Telesp somente fornece os meios para que ambas, TEmpresas e Embratel, prestem serviços de comunicação de dados.”* (fls. 627-628)

Tendo por absolutamente prejudicada a primeira medida requerida pela Embratel, e como as demais não subsistem sem a concessão da primeira, restaria prejudicada a análise e concessão de qualquer preventiva contra a Telesp, devendo, portanto, ser arquivada;

5) foi preparado um Parecer Técnico independente (*Tendências Consultoria Integrada*) sobre o caso, e que este demonstra empírica e inegavelmente que as alegações da Embratel são todas, sem nenhuma exceção, improcedentes;

6) a Embratel alega que o mercado relevante é o de provisão de acesso local, na modalidade utilizada para a licitação, ignorando a distinção entre o mercado corporativo e o mercado dos assinantes residenciais. No mercado corporativo existe acirrada concorrência, com diversos *players* e alternativas, sendo grande líder a própria Representante, titular do maior *market share* entre os *players* desse mercado;

7) a Embratel alega que a Representada detém facilidades essenciais, e que, como consequência, lhe impede de atuar no mercado. Porém, posteriormente, em apresentação realizada perante o Conselho do CADE, se contradiz demonstrando claramente que existem pelo menos três outras tecnologias que poderiam substituir a EILD, quais sejam: (i) Rádio-Enlace; (ii) Fibra Ótica; e (iii) Par Metálico. Diversas empresas participantes do mercado relevante em tela, como a própria Embratel, vêm construindo redes próprias, capazes de suprir, com sobra, a demanda de seus clientes, descaracterizando, portanto, a existência de *essential facilities*;

8) a Embratel vem tentando, reiteradamente, comparar situações simplesmente incomparáveis. As condições em que são formalizados os contratos entre Telesp e Embratel, e entre Telesp e Telefônica Empresas, são absolutamente diversas. A Telefônica Empresas, ao contratar com a Telesp, aceita condições e presta garantias que a Embratel simplesmente não aceita. Adicionalmente, a Telefônica

Empresas possui uma topologia de rede que permite à Telesp conceder maiores descontos em sua contratação. Todas as condições oferecidas e, conseqüentemente, exigidas da Telefônica Empresas, foram propostas formalmente à Embratel, que, contudo, nunca demonstrou interesse em contratar nesses termos;

9) a Medida Preventiva não tem fundamento face à ausência dos pressupostos exigidos para sua concessão (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*). Não foram demonstrados os prejuízos que a Embratel experimentará, caso a medida pleiteada não seja concedida.

Em face do exposto, a Telesp requereu o reconhecimento da total improcedência e inconsistência dos argumentos da Representante, com a conseqüente decisão de arquivamento do presente procedimento ou, caso não seja assim entendido, o sobrestamento do feito até o pronunciamento da Anatel.

Posteriormente, em 24 de janeiro de 2003, a Telesp apresentou novas informações relevantes para a sua defesa. Apesar de ter solicitado a confidencialidade das informações, sem qualquer prejuízo a esta, aduziu que:

(i) embora a Embratel alegue que a construção de circuitos de baixa velocidade seja inviável economicamente, o que levaria a um monopólio da Telesp nesse mercado, o fato é que para ela é mais barato comprar da Telesp do que construir e manter os circuitos (o preço teto estabelecido pela Norma Anatel 30/96 não é capaz de remunerar os custos incorridos). Esta situação pode ser comprovada pela alta demanda da Embratel por circuitos de baixa velocidade em comparação à demanda por circuitos de alta velocidade;

(ii) a Embratel tem soluções alternativas para quase todas as suas necessidades. Situação que pode ser comprovada pela análise comparativa entre a participação da Embratel e da Telefônica Empresas no mercado final de prestação de serviços de dados no Estado de São Paulo;

(iii) não existe prática discriminatória por parte da Telesp. As diferenças existentes entre o contrato entre Telesp e Telefônica Empresas e Telesp e Embratel são frutos das diferenças objetivas das condições de contratação e dos serviços ofertados. Enquanto a Telefônica Empresas contrata um volume grande de circuitos, por um prazo longo, pré-determinado, possibilitando, assim, a amortização dos custos da Telesp, a Embratel, contrata apenas através de contrato com prazo indeterminado, sem dar à Telesp, portanto, qualquer garantia de continuidade;

(iv) é falso o argumento de que a Embratel adquire um volume maior do que a Telefônica Empresas;

(v) o objetivo precípua da Embratel é evitar competir, em regime de livre concorrência e mercado, com outras empresas que oferecerão seus serviços a preço justo;

(vi) na eventualidade da concessão de uma medida preventiva, aliada à existência de investigação por alegadas práticas anticompetitivas, todas empresas, públicas e privadas, que estejam em processo ou tenham a intenção de realizar licitações para a prestação de serviço de transmissão de dados, terão dúvidas sobre a conveniência de tal licitação, e acabarão optando por não realizá-la. Ademais, a eventual concessão da medida causará um perigo de dano à imagem da empresa, gerando um potencial prejuízo econômico de difícil reparação e, muito provavelmente, irreversível. Configura-se, assim, o *periculum in mora inverso*;

(vii) o real objetivo da Embratel é exatamente manter seus atuais contratos com diversos órgãos públicos. Em matéria do Jornal O Globo, veiculada em 26 de dezembro de 2002, noticia-se a estratégia do governo de reduzir seus custos através de novas licitações e os esforços da Embratel para impedir. A notícia revela os preços milionários cobrados pela Embratel nos contratos que mantêm com o governo – herança da época do monopólio estatal.

Em 17 de fevereiro de 2003, a Telesp novamente juntou informações complementares, destacando que:

(i) em 24 de janeiro de 2003, a Prodam realizou uma nova licitação, desta vez para o fornecimento de *links* dedicados ao acesso à Internet (Pregão 12.003/02), sendo vencedora a Embratel – fato que por si só desmente a alegação de que a Representante vem sofrendo prejuízos em sua capacidade de concorrer, como consequência de um eventual favorecimento à Telefônica Empresas, praticado pela Telesp. Em outra licitação recentemente realizada pelo TRF da 3ª. Região, em São Paulo, a Embratel foi novamente consagrada vencedora;

(ii) esses fatos demonstram que, mesmo sem a Medida Preventiva, a Embratel tem condições de concorrer no mercado; o mercado é altamente competitivo; e a Telefônica Empresas não possui qualquer favorecimento injustificado nas condições contratadas com a Telesp;

(iii) as empresas que atuam no mercado de dados prestam grande parte de seus serviços de alta velocidade com infra-estrutura própria, tornando-se, assim, altamente competitivas. Já para prestar serviços de baixas velocidades, as empresas preferem contratar das empresas que já possuem essa infra-estrutura, pois os preços estabelecidos na Norma Anatel 30/96, para circuitos de baixa velocidade, são inferiores aos custos incorridos na sua construção e manutenção;

(iv) as licitações tinham como objeto a prestação de acesso dedicado à Internet a partir de 2 MBps, ou seja, em ambiente altamente competitivo, vez que existem inúmeras redes de transporte de dados. Corroborando essa afirmação, seis propostas foram levadas ao Pregão 12.003/02;

(v) tais fatos demonstram a veracidade das informações da Telesp acerca da possibilidade de construção de rede, especialmente para a prestação de serviços em velocidades mais altas, além da existência de plena concorrência no mercado. Prova de que a Embratel já possui rede própria, ou boas alternativas, é a que a

Telesp não recebeu qualquer pedido de circuitos para aquelas licitações. Ademais, a Gazeta Mercantil em 12 de dezembro de 2002 noticia que a Embratel passará a atuar no serviço local nas cidades de Brasília e Goiânia através de rede própria;

(vi) ao contrário do que ocorre com a Telesp, que após uma cisão criou a Telefônica Empresas, dando maior transparência à realização de propostas em licitações, ninguém exige transparência sobre as condições comerciais que a Embratel - empresa totalmente integrada que presta os mais diversos serviços, inclusive em âmbito local, sendo grande parte deles através de rede própria - pratica para si mesma.

Por fim, a Telesp requereu a determinação de que a Embratel explicitasse os preços pagos em contratações entre suas diversas unidades, ou os custos em que incorre, por conta dos circuitos próprios que utiliza, na elaboração de suas propostas de preço. Reiterou a necessidade de reconhecer-se a total improcedência e inconsistência dos argumentos da Representante, com a conseqüente decisão de arquivamento do pedido de medida preventiva. *Ad argumentandum*, requereu o sobrestamento do feito até o pronunciamento da Anatel.

IV – Da manifestação da Embratel

Considerando o exposto na petição da Telesp protocolizada em 17 de fevereiro de 2003, a Embratel por meio da petição encaminhada em 21 de fevereiro de 2003, aduziu que:

1) ao contrário do que a Telesp tentou insinuar, a Embratel jamais alegou não ser uma empresa competitiva na prestação de serviços de comunicação de dados. *“Com efeito, apesar da concorrência predatória da primeira, a segunda consegue, nas raríssimas oportunidades em que o cliente pode ser atendido apenas com transmissões de dados em altas velocidades, ser extremamente competitiva, uma vez que domina amplamente as tecnologias necessárias.”* (fls. 871);

2) a alegação de que a Embratel venceu duas licitações é absolutamente inócua, porque os contratos adjudicados pela Prodam no Pregão 12.003/02 e pelo TRF da 3ª. Região no Pregão 020/2002 têm objetos nitidamente distintos daquele firmado pela a Telefônica Empresas com a Prodam no Pregão 06.002/02. Ademais, o fato da Embratel ter vencido essas licitações em nada afeta a análise do presente caso, mesmo porque tais certames correspondem a uma situação muito peculiar e específica, em que a necessidade do cliente pôde ser atendida de maneira eficiente com apenas velocidades de alta transmissão, sendo certo que, na imensa maioria dos casos, tal possibilidade não se apresenta viável do ponto de vista econômico. *“Em razão da necessidade da grande maioria dos clientes corporativos de transmitir dados em diversas modalidades, o domínio de tecnologias de transmissão apenas em altas velocidades é insuficiente para permitir a um agente econômico que atue nesse mercado de forma competitiva. E conforme explicitado pela Embratel, tanto em audiência (...) quanto por meio da*

(...) petição protocolizada em 06 de janeiro (...), os acessos em baixa velocidades somente são economicamente viáveis se feitos através da tecnologia do 'par de cobre'." (fls. 875);

3) as afirmações dos representantes da Embratel, feitas por ocasião da inauguração dos serviços de telefonia local da empresa, no sentido de que a mesma está instalando meios próprios para exploração de tais serviços, devem ser interpretadas nos seus respectivos contextos. *"Em regiões geográficas muito específicas e visando atingir apenas o segmento mais rentável do mercado – o segmento corporativo, é não apenas possível, mas também interessante, do ponto de vista econômico, a instalação de tecnologia própria. (...) Em tais situações, a rentabilidade dos serviços corporativos de transmissão de voz, somados à possibilidade de prestação de serviços de valor adicionado, como o próprio serviço de comunicação de dados, justifica o investimento para a instalação de meios próprios. (...) O fato é que isso não é suficiente para tornar viável, do ponto de vista econômico, a duplicação da rede de telefonia fixa operada pela Telefônica, cujo principal atributo é a capilaridade ímpar, somente alcançada após várias décadas."* (fls. 876-877);

4) no que se refere ao pedido de transparência, a Telesp falta com a verdade quando afirma que a Telefônica Empresas atua apenas no mercado de transmissão de dados, pois de acordo com informações extraídas do *site* da própria empresa, ela atua também nos mercados de serviços de transmissão de voz, hospedagem e gerenciamento de dados, *outsourcing*, consultoria, entre outros, de modo que a alegada transparência nas propostas e contratos por ela celebrados não é nada mais do que retórica e ficção. Ademais, ainda que a Telefônica Empresas atuasse apenas no mercado de serviços de comunicação de dados, o simples fato de possuir personalidade jurídica própria não forneceria nenhuma informação a respeito dos seus custos;

5) a divulgação do preço pago pela Telefônica Empresas pelo acesso à rede da Telesp, não é uma exigência da Embratel, mas sim obrigação prevista nas condições gerais de prestação do STFC, às quais a Telesp aderiu prontamente ao assinar o contrato de concessão.

Ante o exposto, entende a Embratel estarem afastados os argumentos da Telesp, apresentados na petição de 17 de fevereiro de 2003.

V – Análise das Preliminares Levantadas pela Telesp

Como visto, a Telesp levanta quatro preliminares, quais sejam:

- (i) inexistência de forma prevista em lei para o presente procedimento, haja vista tratar-se de mero comunicado dirigido ao CADE;
- (ii) incompetência do CADE para conceder a medida pleiteada, vez que o pedido encontra-se em análise na Anatel;

- (iii) inépcia da inicial, haja vista o pedido genérico contido no “comunicado”;
- (iv) ilegitimidade no pólo passivo.

Primeiramente, analisarei a preliminar de incompetência do CADE, como sugerida pela Representada, em face do pedido estar sendo apreciado pela Anatel. Logo, passarei a analisar as demais preliminares na ordem em que foram apresentadas.

Incompetência do CADE para conceder a medida pleiteada, vez que o pedido encontra-se em análise na Anatel

Para analisar essa questão é necessário tecer alguns esclarecimentos acerca do disposto no art. 52 da Lei 8.884/94.

Dispõe o art. 52 que:

“Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§1º. Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25.

§2º. Da decisão do Secretário da SDE ou do Conselheiro-Relator do CADE que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de cinco dias, ao Plenário do CADE, sem efeito suspensivo.”

Tal como disciplinada nesse artigo, a Medida Preventiva, que poderá ser adotada em qualquer fase do processo administrativo destinado à apuração de infrações à ordem econômica, tem natureza cautelar, na medida em que visa à preservação da utilidade do processo administrativo e a eficácia da decisão de mérito.

Humberto Theodoro Júnior¹ ensina que

“entre a interposição da demanda e a providência satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo) medeia necessariamente um certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto (...). É indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.2, p.359.

processual pode acarretar ou ensejar, e freqüentemente acarreta ou enseja, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substancias envolvidas no litígio (...), que não obstados, acabam por inutilizar a solução final do processo, em muitos casos.”

De acordo com José Carlos Barbosa Moreira², as medidas de natureza cautelar se tornam necessárias em razão *“da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego das outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório.”*

É certo que, na prática, as denúncias de infrações à ordem econômica não podem ser decididas com imediatismo, uma vez que é necessária a realização de uma instrução processual com a finalidade de se apurar os fatos, bem como assegurar a ampla defesa ao Representado. Em razão do decurso de tempo exigido para a conclusão da instrução, é que a Medida Preventiva surge como um “remédio” que visa minimizar e afastar os perigos decorrentes da “demora” do processo, garantindo-lhe efetividade.

Nesse sentido, através de uma cognição sumária, baseada necessariamente no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, o Conselheiro-Relator ou o Secretário da SDE - no caso, o Conselho Diretor da Anatel, conforme previsto no art. 49 da Norma 7/99 - poderão conceder Medida Preventiva quando houver indícios ou fundado receio de que o Representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

Trata-se de uma medida de caráter estritamente instrumental. Na lição de Calamandrei³ acerca do processo cautelar, o ilustre jurista identifica, nesse tipo de processo, uma instrumentalidade ao quadrado, ou em segundo grau. *“Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são, portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento.”* A lição de Carnelutti⁴ reforça esse pensamento ao afirmar que o processo cautelar é auxiliar e subsidiário à tutela do processo principal, servindo assim para que a ação principal consiga, ao seu fim, um resultado útil.

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 301.

³ CALAMANDREI. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Servanda, 2000, p. 42.

⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del Diritto Processuale Civile**, Pádua, 1936.

Na distinção do processo principal com o cautelar, verifica-se na essência deste último o caráter provisório, enquanto que no primeiro há como característica a definição do litígio, a satisfação. Nesse raciocínio, conclui-se com obviedade que o processo cautelar é provisório porque serve de garantia ao bom rendimento do principal até que este chegue a uma decisão final.

A revogabilidade é outro fator marcante da tutela cautelar, pois a qualquer momento é possível haver a modificação ou a revogação da medida empregada, demonstrando assim, inclusive o seu aspecto fungível. Dessa forma, a medida cautelar só se justifica e deve perdurar enquanto existirem os pressupostos básicos aceitos pela doutrina como legitimadores da tutela assecurativa (*fumus boni iuris e periculum in mora*), de modo que desaparecendo qualquer um deles, o Conselheiro-Relator deverá, no caso, revogar a cautelar.

Ao analisar o momento oportuno para a concessão da Medida Preventiva, o art. 52, *caput*, apenas menciona que esta poderá ser concedida “em qualquer fase do processo administrativo.”

Para Fábio Ulhoa Coelho⁵, “ordem preventiva de cessação poderá ser decretada em qualquer fase do processo administrativo. Significa dizer que a lei somente autoriza a providência após a regular instauração daquele. No transcorrer das averiguações preliminares, qualquer decreto de natureza cautelar carece de fundamento legal.”

Há ainda quem entenda que a Medida Preventiva pode ser concedida em sede de Averiguações Preliminares. É o caso do ex-Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca⁶, que entende que:

“o momento da concessão das medidas preventivas está expresso em lei. O pressuposto básico para essa concessão é que já esteja aberto o processo administrativo, porque a partir desse momento é que poderão considerar-se conhecidos ou evidentes os indícios e o fundado receio. Não se trata somente da fase de instauração e de instrução. Inclui-se na permissão legal também a fase de averiguações preliminares, pois que a partir desse momento já será possível obter indícios da existência de medidas de infração contra a ordem econômica.”

Essa questão foi amplamente discutida pelo Conselheiro Roberto Pfeiffer na Representação n°. 08700.003431/2001-31 (Representante: Listel, Representadas: Telemar e Telelistas), que se posicionou no sentido da impossibilidade de se conceder medida preventiva sem prévia instauração de processo administrativo.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro: Comentários à Lei nº 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 118.

⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à legislação antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 248.

A competência para adoção de Medidas Preventivas é do Conselho Diretor da Anatel e do Conselheiro-Relator, que tanto poderão proceder de ofício como mediante provocação do Procurador-Geral do CADE. Trata-se de competência concorrente que pode ser exercida por qualquer um dos dois agentes públicos em qualquer fase do processo administrativo (instrução ou julgamento). **Note-se que essa competência pode ser exercida em qualquer fase do processo, sendo entendimento contrário, restritivo à eficácia material do disposto no art. 52, caput, da Lei 8.884/94.**

A Representada alegou que *“como a ANATEL foi o primeiro órgão a receber o pedido de medida preventiva, até que ocorra o seu pronunciamento não cabe ao CADE decidir pela adoção de qualquer medida. Logo, a manifestação do CADE consistiria na supressão da competência da ANATEL, o que não é permitido pela legislação aplicável.”* (fls. 627)

Embora o art. 52 contenha regras claras, estas não oferecem, de imediato, resposta para o seguinte questionamento de extrema relevância para o caso em análise: uma vez solicitada a medida para um dos agentes competentes, estará o outro impossibilitado de conceder a medida preventiva?

No caso concreto, houve uma solicitação formulada à Anatel de abertura de processo administrativo para investigar conduta anticompetitiva e em face da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a Representante requereu a concessão de Medida Preventiva, visando a cessação da prática. Todavia, decorrido um pouco mais de 1 (um) mês da apresentação do pedido àquela agência, face a demora daquela, a Representante, em 8 de outubro de 2002, pediu ao CADE que apreciasse o caso a fim de que fosse adotada a medida pleiteada.

Nesse ponto, cabe destacar que, independentemente de suas razões - que não cabe aqui analisar - esta é uma situação que se verifica em alguns processos administrativos tramitando naquela agência regulatória. Com base em informações oferecidas pela Embratel percebe-se que, em regra, os processos de apuração de condutas anticompetitivas, na Anatel, têm sido extremamente morosos.

Apenas a título de ilustração apresento o quadro a seguir com o resumo das informações oferecidas:

Referência	Conduta	Data de Entrada	Situação Atual (23/01/2003)	Tempo Decorrido
53500.005669/2002 Representação contra a BRASIL TELECOM.	Discriminação de Preços	30/09/02	Medida Preventiva ainda não foi avaliada pela ANATEL. Tramitando no PVCPC.	137 dias
53500.005770/2002 Representação contra a TELEFONICA.	Discriminação de Preços - Prodam -	06/09/02	Medida preventiva ainda não foi avaliada pela ANATEL. Tramitando no PVCPC.	161 dias
53500.006871/2001 Representação contra a TELEACRE	Discriminação de Preços	20/11/01	Medida preventiva ainda não foi avaliada pela ANATEL. Tramitando na SPV.	351 dias
53500.006129/2001 Representação contra a CRT	Recusa de Venda	26/09/01	Medida preventiva ainda não foi avaliada pela ANATEL. Aberto Processo Administrativo em 29/05/2002. Tramitando no PBCPD.	506 dias
53500.002288/2001; 53500.002287/2001 e 53500.002286/2001 Representações contra as empresas que compõem a TELEMAR, a BRASIL TELECOM e a TELEFONICA	Discriminação de Preços - Dataprev -	03/04/01	Medida preventiva ainda não foi avaliada pela ANATEL. A etapa de Averiguações Preliminares (que havia sido encerrada) foi reiniciada para corrigir erros de procedimentos cometidos pela ANATEL. Aberto Processo Administrativo. Tramitando no PVCPC e SPV.	682 dias

Note-se que, o processo mais recente em que houve pedido de medida preventiva, no dia 23 de janeiro de 2003, já estava com 137 dias sem que a Anatel tivesse se pronunciado, chegando a ponto de haver um processo com 682 dias, sem qualquer manifestação daquela agência sobre a medida pleiteada.

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

Note-se que no presente caso, mesmo sem estar instaurado o processo administrativo, ainda em sede de procedimento, com base na comunicação feita pela Embratel e o posterior pedido, procedi a averiguação das informações a fim de formar um juízo acerca da necessidade da medida preventiva.

Ademais, deve-se considerar que não temos na concessão da Medida Preventiva a defesa de direito de parte, mas sim o interesse da coletividade. A Medida

Preventiva visa necessariamente à manutenção da ordem econômica em caráter precário, com vista a permitir a eficácia e a viabilidade de uma futura decisão final.

Note-se que, como ensina Ovídio A. Batista da Silva⁷:

“O poder, reconhecido ao magistrado, para a decretação das medidas cautelares destinadas a ‘salvaguardar o imperium iudicis’ dá lugar a medidas cautelares ex officio, pois, em tais casos, como o próprio Calamandrei reconhece, não se trata de defender direito das partes, quando a decretação das medidas cautelares haveria de ficar na dependência de requerimento da parte interessada, e sim de armar o magistrado de poderes que lhe possibilitem a defesa da jurisdição.”

Considerando o exposto, não seria racional nem lógico, quando convencido da necessidade de se adotar a medida preventiva, tivesse o Conselheiro-Relator que aguardar o pronunciamento do órgão regulador, no caso, a Anatel.

Dessa forma, não é razoável estabelecer restrições às atribuições do CADE, em razão de determinado pedido ter sido submetido à apreciação de outro órgão, como a Anatel. Frise-se não se está atribuindo competência ao CADE, até porque este já a detém, conforme dispõe o art. 52, *caput*, da Lei 8.884/94.

Deve-se considerar também que apesar de haver uma competência concorrente entre o Conselho Diretor da Anatel e o Conselheiro-Relator para a adoção de Medida Preventiva, não há que se falar em *prevenção*⁸, em razão dos fundamentos já delineados.

A Representada alegou, com o intuito de defender a tese de incompetência do CADE para apreciar a Medida Preventiva que “(...) *não se pode dizer que o artigo 52 da Lei 8.884/94, (...) confere ao CADE, um ‘salvo conduto’ que permite a concessão de medida preventiva a qualquer momento, independente de ou concomitantemente com o exercício de outras competências legais atribuídas por lei a outros órgãos administrativos. (...) admitir que a Lei permita que dois órgãos na esfera administrativa o façam de maneira simultânea (...) teria o condão de esvaziar o entendimento de que o CADE possui competência recursal no que toca à apreciação de medidas de urgência pelos órgãos que se encarregam da*

⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil – Processo Cautelar**, vol 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 108.

⁸ Ocorre a prevenção quando, dada a existência de vários juízes igualmente competentes, um deles conhece da causa em primeiro lugar. De acordo com Moacyr Amaral dos Santos, “o juiz que conhecer da causa, em primeiro lugar, terá sua jurisdição preventiva. Ele, que era cumulativamente competente com outros juízes, igualmente competentes, para conhecer de determinada causa, pelo fato de haver tomado conhecimento dela em primeiro lugar passou a ser o único competente. A prevenção, portanto, firma, assegura a competência de um juiz, já competente.” (SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 1º.v. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 254)

instrução em matéria concorrencial, já que não seria juridicamente lógico que um ‘tribunal ad quem’ se pronunciasse antes do ‘juízo a quo.’

Parece, a Representada, nesse ponto, confundir a competência do Conselheiro-Relator do CADE para adotar Medida Preventiva com a competência do Plenário do CADE para apreciar em grau de recurso as decisões do Conselho Diretor da Anatel ou do Conselheiro-Relator que adotarem as medidas de urgência. Tratam-se de competências distintas. De um lado tem-se uma apreciação monocrática, realizada pelo Conselheiro-Relator que se pronuncia por meio de Despacho, de outro se tem uma decisão colegiada, realizada pelo Plenário do CADE – competência recursal. Destaque-se que a decisão monocrática do Conselheiro-Relator, assim como a decisão da Anatel, pode ser reexaminada pelo Plenário do CADE.

Inexistência de forma prevista em lei para o presente procedimento, haja vista tratar-se de mero comunicado dirigido ao CADE.

Alega a Representada que o presente feito deve ser arquivado vez que o mesmo não contém qualquer forma prevista em lei. Acredita tratar-se de procedimento estranho à legislação vigente. Chama a atenção para o fato de que o “comunicado” apresentado pela Embratel não tem forma nem figura de um ato formal que pudesse instaurar procedimento administrativo perante este órgão.

No que se refere a esta preliminar, deve-se informar que o objetivo do comunicado ao CADE não foi a instauração do processo, mas sim trazer ao conhecimento deste tribunal administrativo a denúncia apresentada à Anatel, nesse caso o órgão competente para instaurar o processo administrativo (art. 21 da Norma Anatel 7/99 que disciplina os “*Procedimentos Administrativos para Apuração e Repressão das Infrações da Ordem Econômica e para o Controle dos Atos e Contratos no Setor de Telecomunicações*”).

Note-se que a Anatel ao receber a denúncia encaminhada pela Embratel, a fez tramitar na forma de um *procedimento administrativo* sob o n°. 53500.005770/2002. Dessa forma, é evidente que toda a tramitação realizada no CADE se fez com base na existência do prévio encaminhamento da representação à Anatel.

Recorde-se que o pedido de Medida Preventiva estava incluído em denúncia apresentada à Anatel. Dessa forma, não foi o “comunicado” dirigido ao CADE que instaurou o processo, mas sim a petição apresentada à Anatel.

Inépcia da inicial, haja vista o pedido genérico contido no “comunicado”.

A Representada alegou ainda a inépcia da inicial por formulação de pedido genérico. Entendeu que o pedido formulado pela Embratel nos seguintes termos: “*esse D. Conselho tome conhecimentos dos fatos e as providências que forem de sua competência*”, equivale a não pedir coisa alguma.

Todavia, este não é o pedido formulado pela Representante. Ressalte-se que a medida preventiva somente foi solicitada no dia 08 de outubro de 2002, em face da demora da Anatel. Nesta data a Representante ao apresentar o requerimento reportou-se aos termos da inicial apresentada à Anatel, que contém pedidos claros e determinados, quais sejam:

“(i) determinação instando a Representada a explicitar, em todas as suas propostas de prestação de serviços de comunicação de dados a terceiros, o valor do preço de acesso local;

(ii) determinação de que o preço do acesso local apresentado em cada proposta conforme item (i) acima não poderá ser inferior àquele cobrado para suas concorrentes nos mercados a jusante (downstream), isto é, que utilizam o acesso local como insumo básico na prestação de seus serviços, como condição indispensável para tratamento isonômico;

(iii) fixação de multa diária de valor não inferior a 5.000 UFIRs no caso de recusa ou descumprimento desta Medida Preventiva pela Telesp;

(iv) que seja dada ampla divulgação da decisão desta Medida Preventiva ao mercado, inclusive às empresas públicas que o integram, potencialmente contratantes dos serviços de dados, a fim de que não corroborem – por omissão – com a continuidade da prática abusiva ora impugnada.” (fls. 32)

Ilegitimidade no pólo passivo

Sustentou a Representada que a Telesp não participou da licitação da Prodam, que quem assim procedeu foi a Telefônica Empresas – empresa que embora pertencente ao mesmo grupo não se confunde com a Telesp. Dessa forma, entende a Representada que haveria um problema de ilegitimidade no pólo passivo do pedido de Medida Preventiva, vez que as acusações recaem sobre a Telesp.

De fato, verifica-se que a empresa participante da licitação da Prodam não foi a Representada Telesp; no entanto, não é esta licitação objeto da Representação. O certame somente foi mencionado para que fosse possível a comparação de preços cobrados da Telesp à Telefônica Empresas e à Embratel.

Como já esclarecido na parte inicial desse despacho, trata-se de Representação com Pedido de Medida Preventiva contra a Telecomunicações de São Paulo S/A, por prática discriminatória de preço de acesso à Representante no provimento de serviço de acesso local – exploração industrial de linhas dedicadas (EILD) em âmbito local (linha dedicada local).

Os preços de acesso ofertados pela Telefônica Empresas no processo de licitação efetuado pela Prodam, São Paulo, no Pregão 06.002/02 realizado em 16/08/2002, referente ao fornecimento de serviço especializado de comunicação de dados em diferentes velocidades (serviço de dados), foram apenas utilizados como

exemplos para a comprovação da existência de prática discriminatória no preço de acesso, por parte da Telesp, de forma a inviabilizar a concorrência no fornecimento de dados a usuários finais.

Conclusão

Em face do exposto, considero improcedentes as preliminares levantadas pela Representada, passando à análise do pedido de medida preventiva.

VI – Das preocupações de natureza concorrencial: incentivos econômicos, legislação brasileira e experiência internacional

Em que pesem os nítidos benefícios derivados dos processos de privatização e liberalização ocorridos no setor de telecomunicações, a nova estrutura formada levanta também diversas preocupações de natureza concorrencial. Práticas anticompetitivas estão presentes com relativa freqüência neste tipo de indústria, conforme demonstra a própria experiência internacional. De acordo com a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, “*competition cases in the telecommunications sector are very common, especially the different forms of abuse of a dominant position, such as denial of access to essential facilities, predation, tying and bundling.*”⁹

Nesse sentido, vale destacar três pontos que merecem ser observados na análise deste e de outros casos envolvendo empresas de telecomunicações, quais sejam: os incentivos econômicos à adoção de práticas anticompetitivas derivados da conformação do setor; o marco regulatório vigente; e a experiência internacional no assunto.

Incentivos Econômicos – Questões Teóricas

Em grande parte dos casos envolvendo o setor de telecomunicações, a raiz dos problemas reside na existência de insumos essenciais (*essential facilities*), característica intrínseca também aos setores elétrico e de transportes, dentre outros. Os bens/serviços chamados essenciais atribuem poder de mercado a seu produtor/provedor graças à sua baixa elasticidade de oferta (derivada da presença de *sunk costs* e da inexistência de substitutos próximos) e também à sua baixa elasticidade de demanda (pois são insumos essenciais a outras indústrias).

A jurisprudência norte-americana¹⁰ sobre *essential facilities* baseia-se na decisão do Sétimo Circuito da Justiça daquele país sobre o caso *MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co (AT&T)*. Para demonstrar se a AT&T estaria valendo-se de sua posição dominante sobre o mercado de acesso local para prejudicar a concorrência no mercado de telefonia de longa distância, a corte

⁹ Cf. OECD. **Competition and Regulation Issues in Telecommunications**, p. 8.

¹⁰ A doutrina de *essential facility* foi primeiramente utilizada nos EUA, no caso *United States v. Terminal R. R. Association*, de 1912. A descrição da jurisprudência americana presente nesse ato baseia-se no relatório elaborado pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça americano, presente em OECD, **The Essential Facilities Concept**, 1996, pp. 87-91.

americana estabeleceu um teste para identificar se a doutrina de *essential facility* seria aplicável àquele caso. Esse teste compreende quatro etapas, representadas por quatro questões: (i) há controle de um insumo essencial por um monopolista? (ii) há viabilidade de duplicação desse insumo essencial ou possibilidade de provimento por outros meios? (iii) houve recusa de provimento desse insumo a um competidor no mercado *downstream*?; e (iv) o provimento desse insumo para um novo competidor comprometeria a qualidade do acesso para as empresas que já tem acesso?

No que se refere à primeira questão, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça americano (*DoJ – Antitrust Division*) considera que não há uma definição cabal do conceito de essencialidade. No entanto, sua extensão deve ir além da mera utilidade do insumo. Em outras palavras, se houver a possibilidade de que um dado insumo seja substituído por um outro, em condições técnicas e de custo razoavelmente semelhantes, não há como considerá-lo essencial. Em geral, toma-se como essencial um insumo provido por um monopolista, e que seja indispensável para a produção de empresas, estabelecidas ou potenciais, no mercado *downstream*.

Quanto à segunda questão, a experiência americana reside nos casos de infraestrutura, geralmente caracterizados como monopólios naturais ou bens que envolvem grandes investimentos irrecuperáveis (*sunk costs*) e cuja duplicação por um concorrente seria ineficiente do ponto de vista do consumidor. Assim, quanto maiores os custos de duplicação, maior o poder do monopolista no mercado *upstream*.

O termo “recusa de provimento”, presente na terceira questão, tem sido interpretado de modo mais amplo nos EUA. As cortes americanas têm admitido como indícios de abuso na oferta de um insumo essencial os casos em que um monopolista estabelece condições de acesso (em termos de qualidade, prazo, preço) que se tornam inaceitáveis do ponto de vista dos concorrentes. Essa definição mais flexível procura limitar a possibilidade de exercício do poder dominante dos proprietários de um insumo essencial.

Por fim, a jurisprudência americana considera que a recusa em prover acesso a um insumo essencial só é justificável sob duas condições. A primeira delas acontece quando a oferta para um determinado competidor torna-se impraticável tecnicamente. A outra possibilidade surge nas situações em que o acesso de mais um competidor ao insumo prejudica as condições de acesso dos demais.

No caso das telecomunicações, o acesso local pode apresentar características de insumo essencial, conforme argumentam Laffont and Tirole (2000)¹¹:

“While the description of the local configuration of the public switched network must constantly be adjusted to reflect technological change, the key point that we will emphasize is

¹¹ Cf. Laffont, Jean-Jacques and Tirole, Jean. **Competition in Telecommunications**, p. 12.

that some elements of the local network, such as the link close to customer premises, are essentially a fixed cost, and that because they are crucial parts of the network, lawmakers and regulators have been preoccupied with the access of all telecommunications actors to these elements." (grifos no original)

Quando o monopolista produtor de um insumo essencial também atua no mercado de um bem a ele complementar, têm-se incentivos suficientes para essa firma abusar de seu poder dominante. No extremo, essa situação levaria ao fechamento do mercado (*foreclosure*). Nas palavras de Rey and Tirole (1997)¹²,

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

As formas pelas quais a empresa integrada (que atua nos mercados *upstream* e *downstream*, ou mercados de origem e alvo, respectivamente) exerce, de maneira abusiva, esse poder de mercado podem variar. As práticas mais comuns acontecem via preços, discriminando em detrimento das empresas rivais, num movimento que pode ser considerado predatório. Dentre os exemplos podem ser citados, além da discriminação pura e simples, subsídios cruzados, *price squeezing* e preços excessivos. Mas as condutas também podem tomar a forma de negação de oferta de acesso aos concorrentes, ou de pelo menos limitá-lo em termos de quantidade e qualidade (Ofel, 2000)¹³.

Na literatura econômica, o conjunto de condutas anticompetitivas presente no caso de integração vertical com insumos essenciais recebe o nome geral de "*raising rivals' cost*" ou "elevando o custo dos rivais". Uma agenda de pesquisa relativamente extensa tem explorado esse tema nos últimos anos, aplicada sobretudo aos setores de comunicações, energia, informática e transportes¹⁴.

De maneira geral, entende-se que a existência de insumos essenciais produzidos em regime de monopólio gera incentivos para que essa empresa, atuando de forma integrada, procure estender o seu poder ao mercado a jusante, eliminando os concorrentes. A esse respeito Economides (1998)¹⁵ desenvolveu um modelo

¹² Cf. Rey, Patrick and Tirole, Jean. **A primer on foreclosure**, 1997, p. 1.

¹³ Cf. Office of Telecommunications – Ofel. **The Competition Act 1998: The Application in the Telecommunications Sector**. London, March 2000, p. 20-31.

¹⁴ Dentre vários trabalhos importantes realizados recentemente sobre o tema encontram-se Economides (1998), Biglaiser & DeGraba (2001), Choi (2002), Carter e Wright (1999) e Sibley & Weisman (1998).

¹⁵ Cf. Economides, Nicholas. **Raising Rivals' Costs in Complementary Goods Markets: LECs Entering into Long Distance and Microsoft Bundling Internet Explorer**. New York: New York University, Stern School of Business, *Papers*, nº 98-02, March 1998.

que procura lidar com esse problema. Suas hipóteses e suas principais conclusões estão explicitadas a seguir.

A pergunta central feita pelo autor é a de se a empresa integrada teria a ganhar ao impor um custo adicional a seus rivais no mercado alvo. No caso das telecomunicações, esse incremento nos custos pode assumir a forma de um preço de acesso mais elevado ou numa piora nas condições e na qualidade do acesso (mediante velocidades inadequadas ou interrupções freqüentes, por exemplo). O autor parte de uma situação de monopólio na oferta do insumo essencial, e um número indeterminado de firmas a jusante (incluindo a subsidiária da monopolista), mercado esse caracterizado por um equilíbrio de Cournot não-cooperativo.

O desenvolvimento do modelo indica que, sob essas condições, um aumento do custo de produção das rivais, derivado de uma elevação do preço do acesso, proporciona lucros crescentes para a firma integrada. Dessa forma, e esse é o primeiro teorema demonstrado no trabalho, um monopolista no mercado de origem tem incentivos suficientes para elevar os custos dos rivais de sua subsidiária no mercado alvo – e ele pode fazê-lo até eliminar todas as concorrentes do mercado, estendendo o monopólio do mercado de origem ao mercado alvo.

Mas qual seria o impacto dessa prática sobre o bem-estar social? De acordo com o segundo teorema de Economides (1998), a despeito de um aumento da produção da subsidiária no mercado alvo, o produto de suas rivais é reduzido mais que proporcionalmente, levando a uma redução da produção total e, assim, elevando os preços aos consumidores finais. Enquanto na situação anterior o produto final era oferecido aos consumidores numa situação de concorrência perfeita, a prática anticompetitiva produz, ao final, um monopólio, com sérios danos ao bem-estar social.

O autor também conclui que, mesmo se houvesse uma diferença na estrutura de custos entre os rivais e a subsidiária da empresa incumbente no mercado alvo, a firma integrada procuraria elevar os preços de acesso a um montante mais elevado para tirar as concorrentes do mercado. A imposição dos preços dar-se-ia num patamar suficiente para mais do que compensar a vantagem de custos das rivais.

Portanto, a discriminação de preços e a elevação de custos das rivais são possíveis e economicamente lucrativas no caso de empresas verticalmente integradas com um insumo essencial (*essential facility*). Em síntese, esta prática, nas palavras de Tirole (1992)¹⁶, poderia ser resumida da seguinte maneira:

“Considering a situation in which a monopoly supplier is integrated downstream, he defines the occurrence of a price squeeze as the situation in which ‘the monopoly input

¹⁶ Cf. Tirole, Jean. **The Theory of Industrial Organization**. 1992, p. 194.

charges a price for the input to its downstream competitors that is so high they cannot profitably sell the downstream product in competition with the integrated firm' (Joskow 1985, p. 186). That is, the manufacturer charges a lower (internal) price to its downstream division than to the downstream competitors."

A Legislação Brasileira sobre Interconexão no Setor de Telecomunicações

A legislação brasileira que versa sobre o setor de telecomunicações condena a discriminação de preços – e, por consequência, a prática de *price squeeze*. No art. 152 da Lei 9.472/1997, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), lê-se:

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

No entanto, essa mesma legislação abre uma margem para a adoção de conduta anticoncorrencial discriminatória, na medida em que o órgão regulador, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, no intuito de estimular a negociação entre os agentes e eliminar as antigas práticas de controles de preços por parte do Estado, estabelece apenas preços máximos para a interconexão. Dessa forma, as firmas podem livremente negociar preços e quantidades de acesso, de acordo com seus interesses, desde que não ultrapassem o teto estabelecido pela agência reguladora. Esse princípio está presente na mesma Lei Geral de Telecomunicações, conforme pode ser visto abaixo:

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

Cumprindo o disposto na legislação superior, o provimento de serviços de exploração industrial de linha dedicada (EILD), objeto dessa análise, encontra-se atualmente regulado pela Norma Anatel 30/96. Nela estão dispostos os preços limites de acesso, de acordo com a tecnologia (analógica ou digital) e velocidades de transmissão. Os princípios da livre negociação e da não discriminação encontram-se presentes no item 6, segundo o qual:

*"É facultado às Entidades Fornecedoras, na forma da regulamentação em vigor, ofertarem, **de forma não discriminatória, vedada a redução subjetiva de tarifas,** valores inferiores àqueles efetivamente praticados, com base em critérios preestabelecidos e condições objetivas para a sua aplicação." (grifos meus)*

O ponto importante é que tanto a LGT quanto a Norma Anatel 30/96 não apresentam mecanismos suficientes para coibir a prática de discriminação de preços a concorrentes no mercado alvo – no caso em análise, o mercado de

comunicação de dados. A diferença entre o custo do serviço de acesso para a empresa detentora da rede local e o preço máximo estabelecido pela Anatel abriria por si só uma margem de manobra para que essa firma discriminasse preços em favor de sua subsidiária, prejudicando as concorrentes e, em casos extremos, até excluindo-as do mercado.

Entretanto, ao contrário do que possa se imaginar à primeira vista, não há contradição entre a opção por um modelo de liberdade de negociação de preços de acesso e a manutenção da concorrência no mercado. De forma inteligente, a LGT, e posteriormente a Anatel, através da Norma 30/96, permitiram que as empresas encontrem um preço de equilíbrio, induzindo a busca da eficiência econômica nesse mercado. Por seu turno, cabe à Lei 8.884/94 e a seus aplicadores, o CADE e a Anatel, como um dos órgãos instrutórios, coibir que essa liberdade implique a adoção de condutas anticompetitivas.

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

Esse pensamento já foi inclusive destacado pelo Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no Despacho em Pedido de Medida Preventiva (Requerentes: Embratel e Intelig), que citava trecho do parecer de Carlos Ari Sundfeld acostado aos autos:

“A convivência entre um sistema de intervenção regulatória estatal e um sistema de proteção de concorrência pode ser considerada uma fonte potencial de conflitos entre ambos. (...). Na hipótese objeto da consulta, porém, não é disso que se trata. Não se está em pauta qualquer questionamento sobre a validade de atos do órgão regulador, mas sim sobre comportamentos de agente regulado. Acusa-se certo agente econômico de, ao atuar no âmbito da liberdade econômica deixada pela regulação, estar praticando condutas proibidas pelo direito antitruste. Comparando a medida preventiva requerida com a regulamentação aplicável à matéria, é possível verificar a absoluta compatibilidade entre uma e outra. Deveras, a adoção da medida preventiva sugerida não implicaria em confronto com a regulação tarifária instituída pela ANATEL. Trata-se de medida que afeta exclusivamente o campo da livre atuação econômica do agente denunciado (concessionária de serviço de telecomunicações) e não a

regulamentação abstrata à qual ele está submetido. Portanto, na hipótese cogitada, não haveria conflito entre a medida de proteção da concorrência proposta e a regulamentação setorial.” (grifos meus)

A Experiência Internacional

A experiência internacional indica inúmeros casos em que a questão do acesso local tornou-se motivo de discórdia entre empresas atuantes no setor. No estudo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE denominado *Competition and Regulation Issues in Telecommunications*, é possível verificar, a partir das contribuições dos seus países membros, a preocupação dos órgãos de defesa da concorrência em responder aos problemas anticompetitivos derivados da existência de acesso aos insumos essenciais no setor de telecomunicações. Esse tipo de sentimento é expresso pelo relatório encaminhado pelo órgão de defesa da concorrência da Austrália, que afirma que:

“probably the main competition concern since 1997 has been the potential for exploitation of market power by the incumbent telecommunications operators, particularly Telstra, and particularly in wholesale operations. This is because such activity can stifle competition in a different market (generally a downstream or retail) market.”¹⁷

A frustração quanto aos resultados do processo de liberalização, completado em 1998, levou a Diretoria Geral de Concorrência da Comissão Européia a realizar um estudo sobre o baixo grau de competição no provimento de acesso aos serviços de telecomunicações. Ao contrário do esperado panorama de entrada de várias firmas nos segmentos de infra-estrutura e serviços, propiciando maior opção e menores preços para os consumidores finais, verificou-se um cenário de condições limitadas de acesso às redes das empresas incumbentes.¹⁸

No estudo denominado *“Working Document on the Initial Results of the Leased Lines Sector Inquiry”*, a Comissão identificou dois tipos de práticas anticoncorrenciais relacionadas ao compartilhamento de redes locais. O primeiro deles relaciona-se aos descontos estratégicos oferecidos pelas incumbentes a seus clientes no mercado alvo. De acordo com o documento, esses descontos na maioria das vezes não seguem critérios objetivos e transparentes, nem estão atrelados a quesitos de custos, e são utilizados para garantir a fidelidade dos clientes *downstream* ou esvaziar a concorrência nesses mercados. O segundo tipo de conduta lesiva à concorrência observado é a discriminação nas condições de acesso, sendo freqüentes as queixas relacionadas a atrasos na concessão de linhas e comprometimento de qualidade quando a demanda parte de concorrentes¹⁹.

¹⁷ Cf. OECD. **Competition and Regulation Issues in Telecommunications. Country Report Australia**, p. 11.

¹⁸ Cf. European Commission – Directorate-General Competition. **Working Document on the Initial Results of the Leased Lines Sector Inquiry**, p. 5.

¹⁹ *Ibid*, p. 17.

Outro documento da Comissão Europeia alerta para os efeitos da discriminação de preços quando se trata de empresas verticalmente integradas. Segundo o estudo realizado sobre o processo de *unbundling* no acesso local, “*that discrimination invariably results in the fixed incumbent’s retail arm or an affiliated sales agency being provided with much more favourable conditions in terms of pricing or delivery times, or in terms of penalties or restrictions being borne only by competitors.*”²⁰

Diante dessa situação, a Comissão recomenda a aplicação da legislação de concorrência para coibir esse tipo de prática, conforme pode ser visto abaixo:

*“Given the retained very strong market position of the incumbent operators, action based on competition rules could be justified in cases of excessive pricing or discriminatory or predatory discounting, as well as in cases of discriminatory delays in delivering leased lines.”*²¹

A atuação dos órgãos de defesa da concorrência, com o objetivo de coibir estratégias de discriminação de preços ou de *price squeeze* no provimento de acesso tem sido observada em diversos países. Foi possível identificar a condenação de práticas anticompetitivas destinadas a prejudicar a concorrência no mercado de comunicação de dados na Finlândia, Itália, Reino Unido, Espanha, Alemanha e México.

A experiência da autoridade antitruste da Finlândia foi reportada no referido estudo da OCDE. De acordo com o depoimento dos técnicos do órgão,

*“at the moment, the FCA has some 30 competition restraint cases pending in the telecom sector. Approximately half of the cases concern the right to gain access to a unique physical infrastructure, service or immaterial rights governed by the competitor. Generally, the object of the complaint is the alleged discriminatory nature or unreasonableness of access pricing and other terms. Complaints on monopoly pricing are another important group of cases. (...) The majority of the FCA’s cases on access and pricing concern the local fixed network.”*²²

O caso mais relevante foi a condenação das empresas Elisa Communications, Turun Puhelin e Salon Seudun Puhelin em junho de 2001. A autoridade antitruste finlandesa considerou que cada uma das empresas (detentora de posição dominante no provimento de linhas em suas áreas operacionais) estava utilizando-se indevidamente de políticas de discriminação de preços. De acordo com a investigação, as empresas estavam cobrando preços de acesso a seus

²⁰ Cf. European Commission – Directorate-General Competition. **Legal Study on Part II of the Local Loop Unbundling Sectoral Inquiry**, p. 19.

²¹ Cf. European Commission – Directorate-General Competition. **Working Document on the Initial Results of the Leased Lines Sector Inquiry**, p. 19.

²² Cf. OECD. **Competition and Regulation Issues in Telecommunications**, p. 132.

concorrentes em níveis consideravelmente superiores aos de suas subsidiárias. Esse tipo de comportamento estaria inibindo a entrada de novos competidores no mercado alvo. Foi determinada a cada empresa a cessação da prática, bem como a imposição de multas de EUR 4,2 milhões, EUR 590 mil e EUR 170 mil, respectivamente, como punição pela conduta. Essa decisão, questionada pelas empresas na Justiça, foi confirmada pela Suprema Corte Administrativa em abril de 2002.

O órgão antitruste da Itália também relata que durante a primeira fase do processo de liberalização (1995-1997) o principal problema concorrencial no campo das telecomunicações estava relacionado às condutas abusivas por parte da Telecom Italia, que recusou o fornecimento de linhas para as novas empresas e prestava de forma discriminatória os serviços disponíveis aos concorrentes e a seus clientes finais.²³ Um desses casos foi a acusação da empresa de transmissão de dados Albacom, que argumentava que a Telecom Italia estava explorando sua posição dominante no provimento de linhas dedicadas para barrar a entrada de concorrentes na oferta de serviços de maior valor agregado. A Telecom Italia foi acusada de se recusar a atender pedidos de concessão de linhas de transmissão a diferentes velocidades (entre 64 kbps e 2 Mbps, e além de 2 Mbps) e de cobrar de seus concorrentes tarifas acima das vigentes em seus contratos com clientes finais, além dessas serem bem superiores à média europeia. Em novembro de 1997 a autoridade antitruste italiana reconheceu que havia abuso de posição dominante e determinou ações da Telecom Italia para eliminar as práticas, exigindo a submissão de um relatório sobre seus efeitos em 120 dias.

Apesar da condenação anterior, a mesma empresa foi penalizada novamente em maio de 2001 por abusar de sua posição dominante no provimento de acesso a novas tecnologias de acesso (como ADSL e x-DSL). O órgão antitruste constatou que a empresa estava discriminando em favor de suas subsidiárias ao destinar tecnologias superiores apenas para seus clientes. De acordo com o órgão,

“The investigation concluded by the Authority has demonstrated that Telecom Italia has been pursuing a strategy to exclude and discriminate against its competitors, to gain a head-start on securing for itself the most innovative segments of the Internet access and data transmission services markets, illegally exploiting its position as the former statutory monopolist over the public switched network, at a time when the supply of infrastructure has been liberalized. (...) In short, the Authority has found that Telecom Italia had restricted access to the markets investigated, and had hampered technological development to the detriment of consumers, by unlawfully exploiting the advantages it enjoyed in its de facto monopoly position on the market upstream of the supply of local connectivity services, on the strength of being vertically integrated into the network and

²³ Ibid, p. 210.

the services, and as a carrier in a dominant position on the downstream markets”²⁴

Levando em conta que a empresa estava se valendo dessa estratégia desde 1998, a autoridade antitruste italiana determinou a cobrança de uma multa de aproximadamente US\$55 milhões.

Acusações de *price squeeze*, em que a empresa incumbente estabelece um preço de acesso que se mostra impraticável para as concorrentes (devido ao estreitamento das margens entre preços de varejo e atacado), têm sido direcionadas à British Telecom e apresentadas ao órgão regulador de telecomunicações do Reino Unido, o Oftel. Um deles refere-se às tarifas de acesso do FrameStream City Zone e Central London Zone, que as concorrentes reclamam estar tornando inviável a competição no provimento de serviços de *frame relay*. Nesse caso, o Oftel recomendou uma nova rodada de negociação entre as partes e, em caso de impasse, reservou a si o direito de arbitrar e determinar a tarifa a ser cobrada. De acordo com o órgão, essa decisão procurava preservar o princípio de livre negociação entre as partes, mas de forma a evitar danos ao ambiente concorrencial caso um acordo não fosse firmado. Além disso, iniciou estudos visando o estabelecimento de novas regras para o acesso a linhas dedicadas no mercado britânico.

Em um caso analisado pelo órgão regulador do setor de telecomunicações espanhol, a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones condenou recentemente o grupo Telefónica de España, S.A.U. por práticas de discriminação de preços e *price squeezing*. A agência reguladora concluiu que os preços praticados pela empresa de comunicação de dados do grupo, a Telefónica Data, em uma licitação de um órgão público da região da Catalunha, prejudicavam a concorrência no setor. As margens entre os preços de acesso e os preços finais ao demandante foram consideradas impeditivas à participação de outras empresas no mercado alvo na referida licitação, razão pela qual a empresa foi condenada e sujeita a sanções, como a revisão dos contratos.

Recentemente a Comissão Européia iniciou investigações para averiguar se a Deutsche Telekom tem cobrado tarifas mais altas pelo acesso de novos entrantes do que os preços de varejo previstos nos seus contratos com clientes corporativos finais. De acordo com a Comissão, custos elevados de duplicação da rede local, combinados com a integração vertical da empresa incumbente, geram margem para discriminação de preços lesiva à competição. A Comissão ressalta que a existência de tecnologias alternativas não tem sido suficiente para limitar a possibilidade da prática:

“DT’s local access network is not the only technical infrastructure allowing for the provision of wholesale access

²⁴ Cf. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. **Telecom Found Liable for Abuse of a Dominant Position on the Market for New Broadband Technology Applications**. Disponível em http://www.agcm.it/agcm_eng/COSTAMPA/E_PRESS.NSF/92e82eb9012a8bc6c125652a00287fbd/e10f078484531237c1256a47002a456b?OpenDocument

*services to competitors and of retail access services to end-users. But the other alternatives, which include fibre-optic networks, wireless local loops, satellites, power lines, and upgraded cable TV networks, are not yet sufficiently developed and cannot be considered as equivalent to DT's local loop network.*²⁵

Devido às suspeitas de abuso de posição dominante mediante práticas de discriminação de preços e price squeeze, a Comissão deu início a uma investigação mais profunda dos fatos, inclusive convocando a empresa a se pronunciar. O caso ainda não foi encerrado.

Por fim, a Comissão Federal de Concorrência, do México, investigou a possível existência de práticas monopolistas da concessionária da rede de telecomunicações mexicana, a Telmex. Sua concorrente no mercado de comunicação de dados, Avantel, defendia que a Telmex estava privilegiando, no provimento de acesso, sua subsidiária Prodigy nos mercados de dados e internet. Mesmo diante da desistência do pedido de investigação por parte da Avantel, meses após o início do processo, o órgão de concorrência levou adiante a análise por considerar que o assunto não se referia meramente à disputa entre as empresas, mas sim ao bem estar dos consumidores. Ao término da investigação, a autoridade antitruste concluiu que a Telmex detém poder dominante em cinco mercados (acesso, telefonia básica local, longa distância nacional, transmissão interurbana e longa distância internacional). Apesar de não terem sido impostas sanções quanto a condutas específicas, o órgão antitruste deixou claro a necessidade de se acompanhar mais de perto as ações da empresa, dada a alta possibilidade de abusos.

Conforme pode ser visto, o provimento de acesso no mercado de telecomunicações é uma questão recorrente na experiência internacional, e merece especial atenção tanto dos órgãos reguladores, quanto das agências de defesa da concorrência.

VII – Da Análise do Caso

O caso em análise apresenta características que sugerem o seu enquadramento no cenário descrito até agora. Nele, a Representante Embratel acusa a Representada Telesp de valer-se de sua posição de detentora do acesso à rede local para beneficiar sua própria subsidiária – a Telefônica Empresas – no mercado corporativo de transmissão de dados. Apresenta para tanto informações relativas a uma licitação da Prodam, que em tese comprovariam a prática de discriminação de preços. De acordo com a argumentação da Representante, o serviço de transmissão de dados licitado (mercado alvo) seria complementar ao acesso da rede local (mercado de origem). Sendo assim, a empresa Telesp teria exercido seu poder de monopólio sobre a rede local, estabelecendo um preço de

²⁵ European Commission – Competition. **Commission suspects Deutsche Telekom of charging anti-competitive tariffs for access to its local network (press release)**. Disponível em http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/02/686|0|RAPID&lg=EN.

interconexão que impediu a Embratel de vencer a concorrência pública pelo serviço. Essa prática teria sido determinante para o resultado final do processo, que resultou na vitória da subsidiária da empresa Telesp, fato que estaria acontecendo da mesma maneira em diversas compras públicas e privadas.

Em razão disto, passo, no momento, a analisar os requisitos autorizadores da medida preventiva, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Embora possa, preliminarmente, sugerir o enquadramento da conduta apresentada no cenário descrito no item anterior deste Despacho, a fim de que possa ponderar sobre a necessidade da medida preventiva, é preciso realizar um juízo de probabilidade acerca da existência da conduta anticompetitiva, bem como do perigo que esta representa a concorrência.

1. Da presença do *fumus boni iuris*

O *fumus boni iuris* ou a *fumaça do bom direito* é a plausibilidade, a possibilidade de existência do direito invocado, no caso, a plausibilidade, a possibilidade de existência de prática anticompetitiva. Não há a necessidade de demonstrar que o direito existe, nem o julgador deve se entreter, a princípio, em buscá-lo, bastando uma mera probabilidade.

Conforme atestam os estudos teóricos e a experiência internacional, pode-se observar que a própria estrutura da indústria de telecomunicações oferece os incentivos necessários para que uma empresa detentora de um insumo essencial abuse do seu poder dominante. Ademais, a possibilidade de uma empresa dominante no mercado *upstream* beneficiar a sua subsidiária no mercado alvo por meio de uma discriminação de preços é reforçada pela livre negociação dos preços de acesso, como prevê a legislação brasileira.

Destaque-se, porém, que a caracterização de condutas anticompetitivas depende da análise de duas questões básicas. De um lado, é preciso identificar os mercados relevantes que norteiam o problema ora apresentado, em relação aos produtos e ao mercado geográfico envolvidos. Além disso, deve-se analisar se o princípio da essencialidade do serviço no mercado de origem se aplica a esse caso, caracterizando ou não uma conduta anticoncorrencial.

(i) Definição dos mercados relevantes

Seguindo a experiência internacional em casos de mesma natureza e a literatura econômica sobre o tema (descritos acima), é necessário definir dois mercados relevantes na dimensão produto. **Pode-se identificar preliminarmente um mercado de origem (*upstream*), caracterizado como aquele de provimento de acesso à rede local. Sob essa ótica, o acesso local é um insumo para a produção do bem/serviço de transmissão de dados corporativos – o mercado alvo (*downstream*).**

Essa definição tem a propriedade de estabelecer a relação existente entre Representante e Representada no caso em questão. De acordo com o exposto, a

Representada Telesp atua no mercado de origem por ser a empresa concessionária do serviço telefônico fixo comutado da Região III, que abrange o Estado de São Paulo. Além disso, a Representada também atua no mercado alvo, por meio de sua subsidiária Telefônica Empresas, que fornece serviços de comunicação de dados para o mercado corporativo. Também participa do mercado alvo, além de outras empresas, a Representante Embratel, oferecendo soluções de comunicação para empresas.

Analisando o mercado de origem, é importante destacar que a tecnologia empregada tem características que determinam a natureza do acesso, em termos de capacidade e velocidade de transmissão, além de custo. Essa diferenciação é explicada por Dodd (2000)²⁶ da seguinte maneira:

“As duas mídias mais predominantes dentro das organizações são cabeamento de fibra óptica e par trançado não blindado (cobre). A mais rápida e mais cara das duas escolhas é a fibra óptica. A fibra óptica fornece velocidade mais alta e capacidade maior que o par trançado não blindado. (...) Outra mídia é a sem fio, que tem vantagens na mobilidade inerente que fornece. (...) Entretanto, instalar mídia sem fio é mais caro do que instalar mídia de par trançado não blindado para cada dispositivo.”

Com base na argumentação das próprias empresas envolvidas, percebe-se que o mercado de acesso local pode ser dividido entre o segmento de baixa velocidade (abaixo de 2 Mbps), onde predomina a utilização de pares metálicos, e o segmento de alta velocidade (acima de 2Mbps), em que são mais empregadas as tecnologias de fibra óptica e rádio enlace²⁷.

Essa segmentação por características do acesso foi ressaltada pela Representada, na pessoa de seu consultor econômico, em audiência pública realizada no dia 25 de novembro de 2002 no CADE,

“(...) alguém poderia colocar muito legitimamente: mas será que nós podemos definir, se nós estamos falando num mercado de transmissão de dados, no mercado de serviço de acesso, será que nós temos que definir [o mercado relevante] por faixa de velocidade ou não? Porque em determinadas faixas de velocidade as tecnologias têm substituição do lado da demanda e do lado da oferta e em outras faixas de velocidade não, então, a própria delimitação do mercado relevante está, ao contrário do que afirma a representação, que é problema menor, um tema menor, é fundamental, porque afinal de contas eu quero saber se de

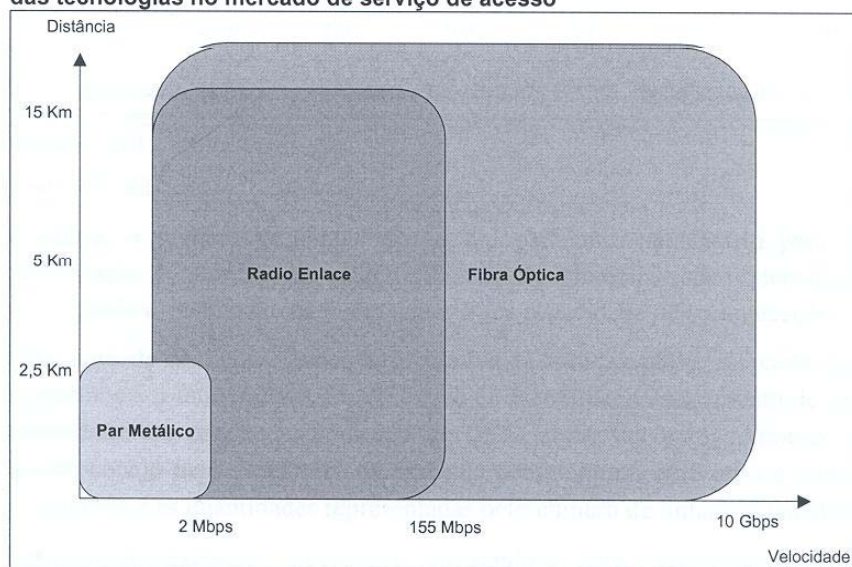
²⁶ Cf. Dodd, Annabel Z. **O Guia Essencial para Telecomunicações**. Tradução da 2ª edição. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 72.

²⁷ Essa segmentação do mercado relevante é admitida pela própria Comissão Européia, que em seu *“Working Document on the Initial Results of the Leased Lines Sector Inquiry”* considera que *“different markets could also be distinguished according to the capacity of the relevant circuits.”* (p. 11)

fato há ou não substitutibilidade na demanda e na oferta e por que faixas de velocidade”. (fls. 400-401)

Seguindo esse mesmo raciocínio, a Representada apresentou um gráfico, presente à fls. 651 dos autos, que justifica essa distinção entre os segmentos de baixa e alta velocidades.

Quadro 5: Possibilidades de substituição das tecnologias no mercado de serviço de acesso



Fonte: Telefônica Empresas.

Conforme pode ser observado, o par metálico não dispõe de substitutos economicamente viáveis a velocidades abaixo de, pelo menos, 1 Mbps (a escala do gráfico não permite definir com precisão o limite em que a fibra óptica e o rádio enlace apresentam-se como opções). E a partir de 2 Mbps predomina a utilização de fibra óptica e rádio enlace.

Pelo lado da oferta, essa segmentação do mercado *upstream* em baixa velocidade (par metálico) e alta velocidade (tecnologias alternativas) também se justifica, dados os elevados custos colocados às firmas quando estas consideram a possibilidade de duplicar a rede local de pares metálicos. Note-se que essa dificuldade confere à concessionária de serviços de telecomunicação já estabelecida em uma dada região uma posição no mínimo privilegiada no provimento de acesso a baixas velocidades, fato este que não ocorre na transmissão de alta velocidade (onde existem outras tecnologias alternativas). Ao contrário, quando existem clientes que demandam o transporte de um grande volume de dados, a altas velocidades (principalmente em regiões que englobam um número elevado de grandes empresas e instituições públicas), muitas vezes a construção de um acesso direto, por meio de fibra óptica ou outra tecnologia

similar, é economicamente viável.²⁸ Laffont & Tirole (2000), identificam essa possibilidade, tomando como exemplo o caso das chamadas de longa distância:

“Large long-distance customers oftentimes can establish a radio link or lay a cable in order to connect directly with the incumbent’s long-distance competitors. Such bypass may be socially efficient.”²⁹

Novamente valendo-se da experiência internacional, pode-se perceber que essa informação é bastante relevante, e tem sido levada em consideração na investigação de casos relativos a condutas no setor de telecomunicações. Como exemplo, pode ser citado o caso em que a Comissão Europeia analisa a Deutsche Telekom por possíveis práticas anticoncorrenciais. De acordo com a nota divulgada à imprensa em 08 de maio de 2002, *“new entrants on the telecommunications markets need access on fair and non-discriminatory terms to the local loop (...) in order to be able to offer retail services to end-customers, as it would be technically, environmentally and economically impossible to replicate such a network which was built over a century.”³⁰* (grifos meus).

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

²⁸ Dada a natural concentração das empresas em determinadas regiões de uma cidade, surgem nichos de atuação para empresas concorrentes à incumbente no fornecimento de acesso local. Essas empresas constroem uma infra-estrutura de acesso nos centros empresariais, podendo recuperar os grandes investimentos com o atendimento de grandes clientes. Essa infra-estrutura de acesso alternativo, contudo, torna-se praticamente um custo irrecuperável para as concorrentes caso as mesmas decidissem pelo atendimento de pequenos clientes (como os consumidores residenciais) e aqueles médios/grandes clientes que não se encontram nos centros de concentração de grandes empresas. Para eles, a dependência da infra-estrutura da empresa incumbente é inevitável.

²⁹ Cf. Laffont, Jean-Jacques and Tirole, Jean. **Competition in Telecommunications**, p. 127.

³⁰ European Commission – Competition. **Commission suspects Deutsche Telekom of charging anti-competitive tariffs for access to its local network (press release)**. Disponível em http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/02/686|0|RAPID&lg=EN.

circunstância, a duplicação é possível e existem concorrentes potenciais no provimento do acesso.

Como o caso em análise trata de uma licitação para transmissão de dados entre várias unidades da Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo – Prodam, **pode-se considerar como mercado alvo (*downstream*) o de comunicação de dados corporativos**. De acordo com Dodd (2000), várias tecnologias estão disponíveis para a oferta desses serviços, como *frame relay*, ATM (*Asynchronous Transfer Mode*), X.25, IP (*Internet Protocol*), etc³¹. Deve-se ficar claro, no entanto, que a existência de uma forma de acesso local (seja por par metálico ou tecnologias alternativas) é fundamental para a oferta de soluções de comunicação de dados para essas empresas.

Do ponto de vista geográfico, é importante notar que o controle da rede local pode conferir à firma estabelecida o poder de exercer sua posição dominante em toda a sua área de concessão. Esse fato é corroborado tanto pela literatura econômica, quanto pelos exemplos da experiência internacional transcritos anteriormente. **No entanto, como o caso em análise remete para possíveis práticas anticompetitivas presentes numa licitação de um órgão público com unidades apenas no município de São Paulo, torna-se necessário circunscrever o mercado relevante geográfico a esse município.**

(ii) A aplicação do princípio da essencialidade do serviço prestado

A leitura dos autos revela que, de maneira geral, as informações apresentadas por cada uma das partes visam responder duas questões centrais: **(i) se o acesso local provido pela Representada pode ser caracterizado como um insumo essencial;** e **(ii) se as evidências apresentadas são suficientes para caracterizar pelo menos a suspeita de uma discriminação de preços lesiva à concorrência**. Por essa razão a análise da acusação de que a Telesp, empresa detentora do acesso, estaria discriminando preços em favor de sua subsidiária no mercado corporativo, Telefônica Empresas, se pautará em considerações acerca dessas duas indagações.

Para responder a essas duas questões, optei pela utilização do roteiro cristalizado na jurisprudência americana sobre a doutrina de *essential facilities*, conforme já descrito anteriormente. Em síntese, procurarei aplicar as quatro perguntas do teste³² com base nas informações prestadas pelas partes.

³¹ Cf. Dodd, Annabel Z. **O Guia Essencial para Telecomunicações**. Tradução da 2ª edição. Rio de Janeiro: Campus, 2000, cap. 6.

³² São elas: (i) há controle de um insumo essencial por um monopolista? (ii) há viabilidade de duplicação desse insumo essencial ou possibilidade de provimento por outros meios? (iii) houve recusa de provimento desse insumo a um competidor no mercado *downstream*?; e (iv) o provimento desse insumo para um novo competidor comprometeria a qualidade do acesso para as empresas que já tem acesso?

A primeira questão refere-se ao grau de essencialidade do insumo, ou seja, se ele é realmente imprescindível para a prestação do serviço no mercado alvo, e se o mesmo é ofertado por um monopolista.

Ao longo desse despacho foram apresentadas várias informações técnicas, provenientes inclusive da experiência internacional e da literatura sobre o setor, atestando a necessidade do acesso local para a oferta de serviços de comunicação de dados corporativos. Além disso, nenhuma das partes afirmou o contrário. É fato que se tratado como um mercado único, o serviço de exploração industrial de linhas dedicadas (EILD), oferecido pela Telesp, não seria a única forma de acesso disponível no município de São Paulo. Em outras palavras, isso quer dizer que a Telesp não aparentaria, à primeira vista, deter uma posição de monopolista no mercado de origem. Entretanto, como já discutido anteriormente, a *magnitude de seu poder de mercado depende da existência e dos custos das outras tecnologias alternativas e da cobertura geográfica da rede de empresas concorrentes no mercado de São Paulo.*

Note-se que a questão crucial nesta discussão está na aceitação ou não da existência de um único mercado relevante de origem. Porém, me parece bastante claro que esse caso envolve, na realidade, dois mercados relevantes de origem distintos: um de fornecimento de acesso a baixas velocidades; e outro a altas velocidades. Essa distinção é ressaltada inclusive no relatório da consultoria Tendências, encomendado pela Representada Telesp, que argumenta que existem disponíveis no mercado três meios de acesso local para o serviço em questão: par metálico, fibra óptica e rádio enlace. A viabilidade de utilização dessas tecnologias depende, segundo o estudo, das variáveis distância e velocidade. Nas suas palavras, “(...) *para velocidades próximas a 2Mbps ocorre uma interseção entre as três tecnologias, o que as tornam substitutas do ponto de vista econômico.*” E, em complementação, afirma que “apenas para distâncias curtas e velocidades baixas o par metálico, que é de difícil duplicação, é utilizado de forma preferencial” (fls. 651). Como se percebe, a substituição do acesso de baixa por de alta velocidade, apesar de tecnicamente possível em alguns casos, é economicamente ineficiente e em vários casos inviável.

Quanto ao mercado de alta velocidade, as ilações feitas pela Telesp me parecem bastante razoáveis, não havendo, portanto, que se ter, até que se prove o contrário, maiores preocupações com condutas anticompetitivas. O problema aparece, no entanto, no mercado de fornecimento de acesso a baixas velocidades, segmento controlado por um monopolista, a Telesp.

Destaque-se que a demanda da Prodam no citado processo licitatório requer um leque de acessos a diferentes velocidades, com concentração em velocidades relativamente baixas. De acordo com o Termo de Referência presente no anexo 1 do Edital do Pregão 06.002/02 da Prodam (fls. 234), os 490 acessos requeridos pela companhia seguem a seguinte distribuição:

Distribuição do Número de Acessos na Licitação Prodam

Velocidade de Acesso (em Kbps)	Número de Acessos	Participação Percentual
64	249	50,8%
128	153	31,2%
256	16	3,3%
512	16	3,3%
1024	43	8,8%
2048	13	2,7%
<i>Total</i>	490	100,0%

Fonte: Edital do Pregão 06.002/02, Anexo 1 (fl. 234)

Esse perfil da compra da Prodam, embora não possa ser generalizado para todo o mercado corporativo, indica que o acesso local provido pela Telesp tem características de essencialidade. Note-se que como neste caso a demanda concentra-se em velocidades relativamente baixas (88,5% dos acessos demandados pedem velocidade abaixo de 512 kbps), e a essas velocidades o insumo mais apropriado é o par metálico, verifica-se que a utilização das tecnologias alternativas disponíveis no mercado não seria economicamente aceitável.

Essa questão da predominância de acessos a baixas velocidades na licitação, e em decorrência a vantagem conferida à Telesp por ser detentora quase que exclusiva da rede de pares metálicos, foi admitida por um dos representantes do grupo Telefônica, Sr. Jonas de Oliveira Júnior, em audiência realizada no dia 25 de novembro de 2002. Quando perguntado sobre os diferenciais de custos entre as tecnologias alternativas de acesso, afirmou:

“Depende muito da aplicação. Eu diria que acima de uma certa velocidade, certamente fibra óptica é mais barata em qualquer caso. Mas é claro que para uma velocidade muito baixa, por exemplo, aqui na licitação constava ainda atendimento a velocidade de 64, 128 [kbps], hoje isso praticamente é mercado residencial. Aqui provavelmente o par metálico ainda são mais baratos [sic].” (fls. 410, grifos meus)

Sumarizando, tem-se que o perfil da demanda apresentada pela Prodam concentra-se em baixas velocidades, segmento no qual a Representada possui absoluto domínio. **Pode-se afirmar, portanto, que pelo menos a parte da demanda de baixa velocidade pode ser considerada um insumo essencial controlado por um monopolista.**

Quanto à viabilidade de duplicação do acesso de baixa velocidade (segunda pergunta do teste) já demonstrei fartamente, inclusive utilizando casos julgados em outros órgãos de concorrência ao redor do mundo, que essa possibilidade é inviável em termos econômicos, além de ser socialmente ineficiente. Por essa

razão, considero que esse segmento atende ao segundo requisito do teste de essencialidade do insumo.³³

É importante perceber que a natureza da licitação sob investigação, que demanda a interligação de 490 pontos espalhados pelo município de São Paulo, indica que o presente caso tem características semelhantes a de um mercado difuso. A esse respeito, inclusive, o próprio representante da Telesp, Sr. Jonas de Oliveira Júnior, em audiência realizada nesse Conselho no dia 17 de dezembro de 2002, e em resposta a pergunta elaborada pelo Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior, admitiu a dificuldade de duplicação de rede para atender à licitação da Prodam. Transcrevo a seguir o trecho da audiência:

“Conselheiro Ronaldo Macedo: (...) *A minha pergunta é: esses fornecedores de serviços independentes, eles têm condições de participar de uma licitação como aquela da Prodam? Ou seja, eles têm condições de oferecer o cardápio completo, necessário para aquele tipo de cliente?*

Sr. Jonas de Oliveira Júnior: *Eles têm duas componentes. [A primeira delas seria] a componente geográfica. Então seria a pergunta: eles têm presença nos quinhentos pontos? Provavelmente não. Como a gente viu daquelas tabelas, dificilmente algum deles vai ter cem por cento dos pontos. (...) E segundo: da velocidade. É claro que você sempre pode ter um equipamento de maior velocidade subequipado, você pode, [mas] provavelmente você vai ter um ônus econômico por isso. Ou seja, não estaria customizado, não estaria a solução ideal para aquele cliente. Aí vai levar vantagem [aquele] que tiver a solução mais adequada para aquele cliente.”*

Corroborando tal afirmação, os dados apresentados no relatório da consultoria Tendências para embasar a defesa da Representada mostram que as demais empresas concorrentes da Telesp e atuantes na Grande São Paulo não são capazes de cobrir toda a região. As quatro empresas de comunicação de dados que desfrutam de rede própria elencadas no relatório possuem a seguinte cobertura no município de São Paulo:

Cobertura de Empresas Atuantes no Mercado Corporativo no Município de São Paulo

<i>Empresa</i>	<i>Percentual da Área Total do Município de São Paulo Coberta por Rede Própria</i>	<i>Percentual de sua Demanda Atendida por Rede Própria</i>
Metrorede/Pégasus	20%	79%
Engeredes	9%	48%
Vicom	23%	72%
Diveo	18%	75%
<i>Média</i>	<i>17,5%</i>	<i>68,5%</i>

Elaboração própria a partir dos dados fornecidos pela Representada às fls. 658 e 659.

³³ Já para os segmentos de alta velocidade em mercados concentrados, existe a possibilidade de duplicação.

Como pode ser visto, as empresas concorrentes possuem uma baixa cobertura no município de São Paulo (17,5% da área total, em média), sendo incapazes de atender plenamente nem à sua própria demanda. Ademais, esses números entram em direta contradição com a assertiva, presente na mesma petição *que apresenta os dados acima*, de que “as diversas empresas participantes do mercado relevante em tela, como a própria Embratel, vêm construindo redes próprias, capazes de suprir, com sobra, a demanda de seus clientes” (fls. 630, grifos meus). Como se observa, as concorrentes no mercado corporativo, em média, só têm capacidade de responder, com rede própria, a 68,5% da demanda de seus clientes. Mais do que isso, é bem possível que a demanda residual é atendida pela própria Telesp, detentora de uma infra-estrutura que cobre todo o município de São Paulo.

Verifica-se então que as especificidades da demanda (nesse caso, em termos de cobertura geográfica e velocidades de acesso) podem definir o número de competidores nas licitações. No caso específico da Prodam (e bem possivelmente pode ser o caso de outras compras públicas e privadas) há sinais claros de que a empresa detentora do acesso local dispõe, senão de um insumo essencial (como quer fazer parecer a Telesp), pelo menos de um poder de mercado grande o suficiente para incentivá-la a engajar em práticas de discriminação de mercado do tipo descrito na literatura econômica.³⁴

Ao meu ver, e até que surjam provas contrárias, *a dependência das empresas de transmissão de dados corporativos em relação à firma estabelecida Telesp é praticamente inevitável*. A própria ausência desses concorrentes na licitação em questão representa um indício de que as características da demanda impossibilitavam a participação de uma empresa detentora de rede própria na licitação da Prodam, uma vez que o custo de se providenciar um acesso direto em unidades distantes na maioria das vezes não justificaria o investimento a ser realizado. **Sendo assim, considero que a rede local da Telesp, mais especificamente a rede de baixa velocidade, é um insumo essencial, cuja duplicação seria economicamente muito difícil ou mesmo inviável.**

É importante destacar aqui que os fatos apresentados pela Representada na petição de 17 de fevereiro de 2003 não alteram as conclusões acima. Nesse documento a Representada argumenta que a vitória da Embratel em duas licitações recentes (a saber, outra compra da Prodam e uma do Tribunal Regional Federal, ambas no município de São Paulo) comprovaria que “(i) a Embratel tem condições de concorrer no mercado, (ii) o mercado é altamente competitivo, e (iii)

³⁴ A Representada discorda da sua posição dominante no provimento de serviços de acesso a velocidades mais baixas argumentando que a demanda do mercado, ao longo dos últimos anos, tem migrado para velocidades mais altas. A despeito dessa constatação, os fatos apresentados por ambas as partes até o momento indicam que, a despeito dessa tendência, atualmente ainda há uma forte predominância de velocidades baixas, o que refuta o argumento da Representada. Além do mais, a questão posta reflete a presente situação da indústria, que pode inclusive determinar a configuração futura do mercado. Dessa maneira, “possíveis” futuras alterações nas condições de demanda não podem se sobrepor à análise de práticas anticoncorrenciais supostamente ocorridas no momento atual.

a T. Empresas não possui absolutamente nenhum favorecimento injustificado nas condições contratadas com a Telesp.” (fls. 856)

Expresso aqui a minha inteira concordância com as conclusões da Representada no que se refere a essas licitações em especial. No entanto, chamo a atenção para as naturezas distintas dessas duas compras públicas e da licitação da Prodam, objeto desse despacho. Conforme a própria Representada afirma na mesma petição, “o objeto da licitação promovida pelo Tribunal Regional Federal foi basicamente o mesmo da nova licitação da Prodam, informado acima, ou seja, de acesso dedicado à Internet, com velocidade inicial de 2MB, e prazo de dois anos” (fls. 858). Ora, já foi considerado, e os próprios argumentos da Representada apresentados anteriormente comprovam, que o mercado de acesso (*upstream*) tem dois segmentos distintos: um de baixa velocidade, controlado praticamente sob regime de monopólio, e outro de alta velocidade (acima de 2Mbps), cuja oferta é competitiva. Como as duas licitações apresentadas na petição de 17 de fevereiro de 2003 enquadram-se no segundo grupo, não constituem fatos novos que alterem meu entendimento quanto ao caso Prodam em análise.

Da mesma forma, as notícias veiculadas na imprensa de que a Embratel estaria construindo rede própria em algumas cidades do país, também apresentadas na mesma petição como indício de que a duplicação seria possível, não se sustentam pelo mesmo argumento da segmentação do mercado de acesso. A leitura da reportagem juntada aos autos indica que trata-se de uma rede “(...) exclusiva para transmissão de dados e voz a clientes da operadora, [que] assegura acesso direto ao backbone da empresa a uma velocidade de 2 megabits por segundo (Mbps), reduzindo o tempo de ativação pela metade” (fls. 860). Trata-se, portanto, de mais uma evidência de que o mercado de alta velocidade é competitivo, ao contrário daquele de baixa velocidade (abaixo de 2Mbps), que é de difícil duplicação e, assim, controlado sob a forma de monopólio pelas concessionárias de telefonia local.

Nesse aspecto, cabe atentar para uma mudança na argumentação da Representada no que se refere ao mercado de baixa velocidade. Nas audiências públicas de 25 de novembro de 2002 e 17 de dezembro de 2002, assim como na petição de 06 de janeiro de 2003, tanto as opiniões econômicas, quanto técnicas, trazidas aos autos, indicavam que o mercado de baixa velocidade não era competitivo devido à impossibilidade de duplicação da rede. Essas opiniões já foram extensamente apresentadas aqui.

Já as petições protocoladas pela Representada em 24 de janeiro de 2003 e em 17 de fevereiro de 2003, apresentam uma inflexão na linha de raciocínio da empresa. Nessas duas peças a empresa transfere a explicação para a inexistência de concorrência no segmento de baixa velocidade de uma razão estrutural – os altos custos de duplicação –, para falhas na regulação. Conforme disposto na petição de 24 de janeiro de 2003, “(...) *a verdadeira razão dessa suposta ‘inviabilidade econômica’ e desse suposto ‘monopólio’ é o fato de que os preços estabelecidos pela Norma 30, aprovada pela Portaria 2.506 do Ministério das Comunicações, de*

23 de dezembro de 1996, são inferiores aos custos incorridos na sua construção e manutenção, conforme demonstra a Tabela 2 abaixo.” A petição segue apresentando uma tabela que indica preços regulamentares menores do que os custos mensais para velocidades abaixo de 512 kbps. Na petição de 17 de fevereiro de 2003 a Representa volta à questão, afirmando que *“já para prestar serviços de baixas velocidades, as empresas preferem contratar das empresas que já possuíam essa infra-estrutura antes da reforma do setor de telecomunicações (da Telesp, no caso), pois os preços estabelecidos pela Norma 30 para circuitos de baixa velocidade são inferiores aos custos incorridos na sua construção e manutenção.”* (fls. 859)

Diante dessa nova linha de defesa, dois comentários devem ser feitos. Primeiramente, tem-se um problema claro de assimetria de informações entre o órgão antitruste e a Representada. As petições mencionadas acima não apresentam de maneira clara a metodologia utilizada para calcular os custos de construção e manutenção dos acessos de baixa velocidade. Para se tomar como verídicos esses dados, uma auditoria independente seria necessária para analisar as planilhas de custos da empresa e assim verificar se os dados realmente têm ou não fundamento.

Por outro lado, mesmo supondo que houvesse comprovação de que os preços regulamentados pela Anatel são inferiores aos custos de produção, duas considerações podem ser feitas. Primeiramente, se o provimento de acesso a baixas velocidades provoca um prejuízo à Telesp, não seria uma atitude racional dessa empresa conceder descontos a clientes no mercado *downstream*, e muito menos à sua própria subsidiária. Como será apresentado no próximo item do teste de essencialidade do insumo, os descontos concedidos à Telefônica Empresas são bastante inferiores ao preço máximo estabelecido pela Anatel, o que levanta dúvidas quanto à veracidade da afirmação de que esses são muito inferiores aos custos da Telesp.

Além disso, se houvesse essa possível distorção, os benefícios de contratar um insumo que está cotado por um preço abaixo do seu custo de produção estariam sendo aproveitados não apenas pelas concorrentes da Telesp, mas também pela sua própria subsidiária, a Telefônica Empresas. Pode-se constatar, pela Tabela 6 da petição de 24 de janeiro de 2003, que 94,72% das linhas demandadas pela Telefônica Empresas à Telesp concentram-se em velocidades abaixo de 512bps. Ou seja, a esmagadora maioria da demanda da própria subsidiária estaria então sendo disponibilizada a um preço abaixo do custo.

Por fim, caso a afirmação de que existe um desnível significativo entre os preços máximos regulados e os custos de provimento do serviço fosse confirmada, essa questão deveria ser tratada no âmbito regulatório, junto à Anatel. Conforme já argumentado nesse despacho, cabe à autoridade antitruste em setores regulados apenas analisar as possíveis condutas dos agentes diante dos incentivos colocados pela regulação e pelas condições de mercado.

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

O terceiro ponto a ser observado em uma análise de essencialidade de um insumo refere-se à presença de indício de recusa de fornecimento ou o oferecimento em condições não isonômicas. Mais especificamente, há que se questionar se os indícios apresentados pela Representante – diferença de preços de acesso cotados na licitação e aqueles oferecidos à Embratel – são suficientes para indicar uma possível prática de discriminação de preços, com efeito anticompetitivo.

De acordo com a Representante, a diferença do preço proposto à Embratel e aquele efetuado na licitação seria uma prova cabal da discriminação, visto tratar-se de um insumo com características idênticas oferecido a duas empresas a preços diferentes. A Representada defende-se argumentando que o acesso disponível à sua subsidiária é mais barato porque as condições do contrato de fornecimento justificam um preço menor. Essa prática estaria respaldada pela Norma Anatel 30/96, que prevê a concessão de descontos no provimento de EILD “de forma não discriminatória, vedada a redução subjetiva de tarifas, (...) com base em critérios preestabelecidos e condições objetivas para a sua aplicação” (item 6.1). Os critérios objetivos, nesse caso, seriam volume, prazo do contrato e topologia de rede.

Em primeiro lugar, gostaria de deixar claro que isonomia não significa dar tratamento igual para situações distintas. Ao contrário, isonomia implica não discriminar situações semelhantes. Note-se, entretanto, que mesmo o delineamento de critérios supostamente isonômicos pode, em determinadas situações, ocorrer de forma a favorecer uma subsidiária de um grupo verticalmente integrado em desfavor de seus concorrentes. Dito isso, passo à análise dos fatos, conforme me foram apresentados.

Com relação à questão da discriminação baseada em volume demandado, a própria literatura econômica sobre o assunto assume que pode haver ganhos de eficiência econômica.³⁵ Entretanto, no caso em questão, a própria Representada reconhece a liderança da Embratel no mercado alvo. Segundo o relatório da consultoria Tendências, a participação da Embratel no mercado de comunicação de dados em São Paulo no ano de 2000 era de 72% (fls. 655). Logo, seria de se esperar que a Embratel percebesse, segundo **exclusivamente** a variável volume, um desconto maior do que o concedido pela Telesp à sua subsidiária Telefônica Empresas.

³⁵ Ver por exemplo Shughart II, **The organization of Industry**, capítulo 12.

É fato que a participação de mercado da Embratel representa apenas um indício de que seu volume de contratação seja maior do que (ou pelo menos equivalente a) a quantidade demandada pela Telefônica Empresas. A esse propósito, inclusive, a Telesp, em petição datada de 24 de janeiro de 2003, afirmou que a proporção de contratações de EILDs pela Embratel, nas velocidades mais baixas (e menos rentáveis), conforme tabelas 6 e 7, seria bastante inferior à contratação da Telefônica Empresas.

Quanto a esses dados vejo três problemas básicos. Em primeiro lugar, não seria impossível, para não dizer improvável, que esses números representassem apenas o fato de que o preço cobrado da Telefônica é bastante inferior ao oferecido à Embratel. Aliás, e como segundo ponto, **retoricamente falando**, poderia se entender, inclusive, que os dados apresentados na tabela 5, referentes ao cancelamento e retiradas, também denotariam o resultado da diferença de preços cobrados. Em terceiro, e de fundamental relevância, há que se entender o caráter de assimetria de informações presente em casos como esse. Conforme já discutido anteriormente, dado que os órgãos Regulador e de Defesa da Concorrência têm pouca informação sobre o relacionamento comercial entre as partes, não seria razoável aceitar os números apresentados em uma petição sem que estivessem devidamente auditados e com a metodologia de cálculo bastante clara e bem definida.

A utilização do critério topologia de rede também não parece ilógica à primeira vista. Ao contrário, por se tratar eventualmente de um investimento necessário e que envolve custos, é razoável que haja algum tipo de diferenciação de preços. Contudo, em que pese a afirmação da Representada de que “a topologia de rede da Embratel não é tão favorável como a da Telefônica Empresas”, não foram apresentados dados que comprovem essa vantagem da subsidiária frente a sua rival. Novamente, temos aqui outro problema de assimetria de informações, em que a Representada é possivelmente a única detentora de uma informação necessária à constatação do fato afirmado. Note-se ainda que nos casos em que esta ligação já exista previamente, o argumento da topologia perde muita de sua força, visto que o custo marginal de provimento do acesso, que deveria nortear a precificação do serviço, seria próximo a zero. Assim considero que na decisão futura sobre o mérito deste caso seria salutar explicitar de forma bastante clara qual a forma de desconto baseada no critério de diferenciação de topologia de rede.

A Representada também levantou a questão do prazo de duração do contrato como variável relevante para o preço do acesso. Segundo ela, a Telefônica Empresas recebe um desconto maior porque *“mantém um contrato de longo prazo, com vigência de 8 anos, com a Telesp para o fornecimento de EILDs”*. Já com a Embratel, *“os contratos são firmados por tempo indeterminado, permitindo seu cancelamento a qualquer momento.”* (fls. 644) Ainda segundo a Representada, o princípio da não-discriminação estaria respeitado, visto que *“todas as condições oferecidas e, conseqüentemente, exigidas da Telefônica*

Empresas, foram oferecidas formalmente para a Embratel, que, contudo, nunca demonstrou interesse em contratar nos mesmos termos.” (fls. 631)

A importância da variável prazo para o serviço de acesso local é uma questão mais delicada de ser tratada, pois tem duas vertentes distintas. Por um lado o desconto baseado em prazos maiores garante a regularidade da demanda e confere maior segurança para que a empresa detentora da infra-estrutura realize os investimentos necessários à expansão de sua rede. Por outro não há como deixar de se reconhecer que a obrigação imposta a empresas concorrentes de carregar um contrato de longo prazo pode implicar um aumento de risco a essas últimas, dadas as possibilidades de mudanças tecnológicas futuras e da ausência de garantias quanto à demanda futura no mercado corporativo.

No caso em análise tenho sérias desconfianças de que essa variável pode ter uma relevância menor, visto que o município de São Paulo possui uma rede telefônica construída há muitos anos. Como possivelmente já houve amortização dos investimentos na consolidação de grande parte de sua rede, fazer do prazo do contrato uma variável relevante pode eventualmente não fazer sentido. De toda forma, com não existem até o momento elementos para se fazer essa afirmação, deixo aberta essa questão para ser discutida posteriormente no mérito do processo.

Mesmo levando-se em conta o argumento da Representada de que o preço cobrado à Prodam não reflete um serviço específico a essa companhia, e sim um contrato de fornecimento de linhas dedicadas de mais longa duração (08 anos) firmado entre a Telesp e a Telefônica Empresas, as informações juntadas aos processos levantam sérias dúvidas. Comparando-se os preços de acesso a diferentes velocidades propostos pela Telesp à Embratel, em 22 de fevereiro de 2002 (fls. 557), com a tabela de preços do contrato entre Telesp e Telefônica Empresas, **verifica-se que há fortes indícios de que a Telesp esteja praticando uma discriminação de preços, com efeitos anticompetitivos, em favor dessa última, sua subsidiária.** A tabela a seguir compara os valores dos acessos presentes no contrato entre a Telesp e a Telefônica Empresas com aqueles praticados na licitação da Prodam e os propostos à Embratel.

Preços de Acesso Local (EILD) da Telesp em diferentes circunstâncias

Velocidade (em Kbps)	Preços Cobrados à Telefônica Empresas*	Preços Cobrados à Prodam**	Preços Propostos à Embratel***		
		Prazo de 02 Anos	Prazo de 02 Anos	Prazo de 03 Anos	Prazo de 05 Anos
64	XXXXXX	249,23	288,10	246,40	224,88
128	XXXXXX	396,35	469,29	439,96	381,30
256	XXXXXX	467,10	496,40	465,38	403,33
512	XXXXXX	654,42	578,40	542,25	469,95

Notas:

* De acordo com contrato firmado entre as empresas (DADO CONFIDENCIAL).

** De acordo com o proposto na licitação do PRODAM (fls. 58). A Representada argumenta que esses preços refletem seu contrato estabelecido com a Telefônica Empresas para um prazo de 08 anos.

*** Conforme Proposta Comercial feita pela Telesp à Embratel (fls. 557)

Como pode ser visto, o primeiro sinal de estranheza refere-se à significativa diferença entre os preços de acesso discriminados na licitação da Prodam (terceira coluna) com aqueles firmados entre a Telesp e sua subsidiária Telefônica Empresas (segunda coluna). Percebe-se que a discrepância entre os valores entra em direta contradição com o argumento da Representada de que os preços cobrados à Prodam refletiam uma demanda feita não por essa empresa pública, mas pela Telefônica Empresas. Para citar um exemplo, em apresentação em *power point* juntada aos processos, a Representada afirma que: “*Cliente da Telesp no serviço de acesso é a Telefônica Empresas, e não a Prodam. (...) Preços ofertados refletem demanda da Telefônica Empresas, e não volume particular da licitação*” (fls. 571). Se assim fosse, portanto, era de se esperar que a Telefônica Empresas discriminasse na licitação os valores da segunda coluna (que fazem parte do seu contrato de longo prazo com a Telefônica Empresas) e não aqueles da terceira coluna, consideravelmente mais altos.

Merece atenção ainda o fato de que, em princípio, a Embratel teria condições de participar em melhores condições nos processos licitatórios, caso tivesse concordado com as condições propostas pela Telesp, firmando um contrato de fornecimento de acesso de maior duração. No entanto, os preços propostos pela Telesp à Embratel não parecem indicar que há uma igualdade de condições com o seu relacionamento comercial com a Telefônica Empresas. E isso acontece por duas razões. A primeira delas surge do fato de que a Proposta Comercial encaminhada à Embratel em 22 de fevereiro de 2002 não inclui a possibilidade de uma duração de 08 anos, igual à de seu contrato com a Telefônica Empresas. Mas o ponto mais relevante refere-se à diferença entre os preços cobrados à Telefônica Empresas para oito anos (segunda coluna) e os preços propostos à Embratel para um prazo de cinco anos (sexta coluna). Mesmo se considerarmos que estamos comparando valores cotados a prazos diferentes, a magnitude da disparidade lança sérias dúvidas sobre a objetividade dos critérios de oferta de descontos pela Telesp a diferentes concorrentes, ainda mais se levarmos em conta o fato de que a própria Representada reconhece a Embratel como a líder no mercado alvo do município de São Paulo. Essas diferenças entre os preços oferecidos à Embratel, para um prazo de cinco anos, e os praticados no contrato com a Telefônica Empresas, válidos para um período de oito anos, ultrapassam o patamar de XXX% em todas as velocidades, podendo chegar a XXX% para o acesso a 256 bps.

Também há que se destacar o efeito dos prazos do contrato sobre as estratégias de atuação das empresas no mercado alvo. Esse problema surge do fato de que o estabelecimento de um contrato de prazo mais longo entre a empresa não-integrada e a provedora do acesso local poderia imprimir, como já destacado anteriormente, um nível de incerteza considerável à primeira, dado que as condições de mercado poderiam se alterar ao longo do tempo, tornando mais difícil o comprometimento com níveis mínimos de demanda. Esse risco, contudo, tenderia a ser minimizado no caso da empresa verticalmente integrada, pois as decisões de estabelecimento de preços e quantidades entre as duas seriam determinadas de modo conjunto, através de uma estratégia de maximização

conjunta de lucros. Assim, a oferta de preços menores para a concorrente no mercado alvo poderia representar, de certa forma, uma tentativa de elevação do custo da rival. Ressalto, entretanto, que se trata aqui de uma possibilidade, que merece ser considerada na análise do mérito.

Outro argumento utilizado pela Representada para defender a legalidade da diferença a maior dos preços cobrados à Representante é a incerteza existente em seu relacionamento comercial com a Embratel derivada do fato dessa última poder cancelar quando bem entender o fornecimento das linhas EILD. Conforme afirmado pelo advogado da Representada, na audiência do dia 17 de dezembro de 2002, *“é interessante para a Embratel contratar dessa forma, com prazo indeterminado. Ela pode cancelar a qualquer momento; ela liga, desliga. (...) Há interesse comercial da Embratel, pelo menos a razão lógica nos parece que seja essa, a contratar dessa forma”*.

Em que pese isso ser possível, é de se questionar, no entanto, se essa prática não poderia ser coibida de uma forma diferente. Aliás, trata-se aqui de uma questão de elaboração de contratos mais eficientes. Em outras palavras, ao invés de se cobrar um preço mais alto para se precaver de um suposto e possível cancelamento de pedido, poderiam ser inseridas no contrato cláusulas estabelecendo multas para o caso de cancelamento de pedidos sob determinadas condições.

Reitero mais uma vez o meu entendimento de que o presente caso envolve significativas assimetrias de informação não só entre as partes, mas também entre a Representada e os órgãos Regulador e de Defesa da Concorrência. Trata-se de uma situação em que os dados referentes a tecnologias, custos e contratos com terceiros (no caso de empresas concorrentes) são de propriedade exclusiva da Representada. Dessa forma não posso aceitar, **por enquanto**, que os critérios apresentados (volume, topologia de rede e prazo) sejam considerados objetivamente não lesivos à concorrência. Ainda mais se observarmos as diferenças de preços praticados pela Telesp à Embratel e à sua subsidiária Telefónica. **Sendo assim, também respondo afirmativamente à pergunta do teste de essencialidade do insumo que inquire sobre a existência de condições diferentes de acesso oferecidos aos concorrentes.**

Por último, no tocante à quarta pergunta presente no teste norte-americano sobre essencialidade de produto, em nenhum momento a Representada apresentou quaisquer considerações sobre os riscos de se comprometer a qualidade do acesso dos demais clientes da Telefónica Empresas caso a Telesp concedesse o acesso à Embratel ou a outro concorrente. Ademais, não observei, em nenhum texto técnico sobre o assunto, ou mesmo em nenhuma internacional, qualquer questionamento sobre esse ponto. **Portanto, sob esse prisma, não me parece justificável a atitude da Telesp de cobrar um preço à Embratel superior àquele praticado junto à sua subsidiária.**

Em face da existência de fortes indícios de que a suposta discriminação de preços no provimento de acesso local levantada pela Representante cumpre todos os requisitos presentes e consolidados na jurisprudência internacional sobre a essencialidade de um insumo, reconheço que existem evidências suficientes (*fumus boni iuris*) para se considerar a adoção de uma medida preventiva no presente caso. Essa medida se justifica pela existência de um insumo essencial controlado por um monopolista (Telesp), que foi ofertado em condições aparentemente desfavoráveis de preço a uma concorrente (Embratel) de sua subsidiária no mercado alvo (Telefônica Empresas).

2. Da Presença do Periculum in Mora

O *periculum in mora* significa o fundado temor de que, enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer fatos que prejudiquem a apreciação do processo administrativo.

Calamandrei³⁶ ensina que o *periculum in mora* é a base das medidas cautelares. O perigo na demora, que dá ensejo às medidas cautelares, se revela na possibilidade de lesão grave ao direito do requerente de obter uma tutela jurisdicional útil. Mas o que é urgente no processo cautelar não é a satisfação do direito, como ocorre na antecipação da tutela, e sim a garantia preventiva que retire o risco da prestação jurisdicional se tornar inútil. Como bem lembra Ovídio Batista³⁷, "*em muitos casos, o perigo a que se acha exposto o pretendente à tutela cautelar não ameaça propriamente a existência do direito, mas apenas torna incerta ou precária sua efetiva realização prática*".

No caso em análise, caso a medida preventiva não seja concedida, garante-se a continuidade de uma possível prática de discriminação de preços em detrimento dos rivais no provimento de serviços de comunicação de dados (mercado alvo).

O efeito dessa situação sobre o ambiente concorrencial não estaria, contudo, limitado à compra realizada pela Prodam. A preocupação desse órgão de defesa da concorrência estaria voltada, portanto, para a possibilidade dessa conduta se configurar regra, e não exceção, no relacionamento entre a detentora da rede de acesso local e suas concorrentes no mercado alvo. Conforme demonstrado na seção anterior, foi detectada a fumaça do bom direito de que a Telesp estaria levando adiante uma estratégia de elevar o custo de suas rivais.

Nesse caso, a prática de discriminação de preços poderia estar acontecendo não apenas no município de São Paulo, mas em todas as cidades onde a Telesp dispõe da concessão de serviços locais de telefonia – ou, seja, a Região III do Plano Geral de Outorgas, o Estado de São Paulo. Aliás, a possibilidade de abuso de poder dominante da Telesp é ainda maior em municípios de menor porte, onde a atratividade dos investimentos em acessos diretos (fibra óptica, rádio enlace,

³⁶ CALAMANDREI. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Servanda, 2000.

³⁷ BAPTISTA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**, v. 3, pág. 62.

etc.) é menor, em razão da menor concentração e presença de empresas de grande porte.

Além disso, a prática poderia estar sendo utilizada para prejudicar também outras empresas que concorrem com a Telefônica Empresas no mercado de comunicação de dados corporativos. Essa conduta pode estar sendo estendida a outros casos de licitações públicas e privadas, principalmente nessas últimas, onde a transparência das negociações e dos termos dos contratos firmados é menor.

O perigo da demora também se manifesta no risco de a possível existência de prática discriminatória resultar em efeitos duradouros sobre o ambiente concorrencial, dado o caráter de médio/longo prazo dos contratos que regem a prestação de serviços de comunicação de dados. O segmento de mercado corporativo rege-se por vínculos entre fornecedoras de tecnologias e as empresas demandantes que podem durar muitos anos, envolvendo valores contratuais consideráveis. Por essa razão, uma eventual prática anticompetitiva pode estar determinando os resultados de vários processos licitatórios nos setores privados e públicos, o que, ao extremo, pode determinar artificialmente a configuração da indústria nos próximos anos.

No extremo, o monopólio que a incumbente detém no mercado de origem pode ser estendido também ao mercado alvo, como produto de um processo contínuo em que a discriminação de preços eliminaria possíveis vantagens de custo de concorrentes e terminaria por determinar o resultado de várias licitações de longo prazo. Em síntese, ter-se-ia configurado o cenário previsto na literatura econômica sobre o assunto.

Por essas razões, entende-se que o requisito de *periculum in mora* também esteja presente nesse pedido de medida preventiva.

Apenas a título de ponderação, destaco alguns comentários acerca da alegação da Telesp no que se refere à possibilidade de observância do *periculum in mora inverso* caso a medida preventiva seja concedida.

Como resume Aragonese Alonso³⁸, o grande problema das medidas cautelares consiste exatamente no fato de que se não se adotam, corre-se o risco da impunidade, e se adotadas, criam o perigo de injustiça.

Reis Friede³⁹ ensina que, mesmo havendo todos os requisitos exigidos para a concessão da cautelar, ainda vai restar o imperativo e criterioso exame do requisito consubstanciado no denominado *periculum in mora inverso*; ou seja, na

³⁸ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Edersa, 1986, p.247.

³⁹ FRIEDE, Roy Reis. **Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares em Tutela Cautelar**. Rio de Janeiro: Destaque, 1996.

concessão de uma medida de tal natureza, pode ocorrer dano irreparável contra o réu.

Ao tratar do tema, Athos Gusmão Carneiro afirma que o juiz é aconselhado, decorrente a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, a conceder a liminar, salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar. Isto porque às vezes a concessão da medida cautelar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não-concessão ao autor. Portanto, aconselha o ilustre magistrado prudentemente a perquirir sobre o *fumus bonis iuris*, sobre o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo representante e o dano que poderá sofrer a representada.

Entendo que no presente caso, conforme já amplamente analisado e demonstrado, com base tanto em incentivos econômicos e na experiência internacional, como na análise das informações apresentadas pelas empresas envolvidas, a presença do *fumus boni iuris* é evidente. Ademais, a Telesp não apresentou, até o momento, qualquer justificava razoável para a estipulação de preços diferenciados. Considerando, portanto, a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* – requisitos autorizadores da concessão da medida preventiva – torna-se necessária a concessão da medida. Ademais quando ponderados os danos que a coletividade, titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884/94, com os possíveis danos alegados pela Representada (não realização de licitações e perigo de dano à imagem da empresa), entendo que a probabilidade dos primeiros ocorrerem é muito mais elevada, ainda mais quando se verifica que qualquer dos “perigos” alegados pela Representada se verificariam no curso do processo administrativo, independente da concessão da medida preventiva.

VIII - Conclusões

Há muito venho enfatizando que a defesa da concorrência deve se limitar a garantir o chamado direito difuso da concorrência, que em última instância implica a constituição e manutenção de estruturas de mercado eficientes, a geração de benefícios ao consumidor e o próprio desenvolvimento econômico do país. Nessa linha não há, portanto, como se aceitar que a Lei 8.884/94 seja utilizada, pura e simplesmente, como um instrumento para proteger empresas concorrentes em um determinado mercado, principalmente aquelas que, pelas mais diversas razões, não consigam alcançar o grau de eficiência produtiva exigido para se manterem competitivas.

Entendo ainda que o CADE não deve ser o fórum para discussões privadas entre empresas, ou seja, aquelas questões que não restrinjam o ambiente concorrencial (atual ou potencial) em um dado mercado relevante, e que não tenham nenhum impacto sobre o consumidor final não devem ser objeto de preocupação deste Conselho.

Entretanto, não me parece que quaisquer das condições excludentes citadas acima possam ser aplicadas ao presente caso. Ao contrário, trata-se de uma

questão envolvendo um grupo do setor de telecomunicações, que possui duas empresas verticalmente integradas (Telesp e Telefônica Empresas), e cuja potencialidade de ocorrência de condutas anticompetitivas não é desprezível.

Como visto, a literatura econômica sobre o assunto sustenta que empresas com esta conformação em mercados regulados, e mais especificamente no setor de telecomunicações, têm fortes incentivos para discriminar seus concorrentes não somente pela diferença de preços, mas também pela diferenciação das condições de fornecimento do serviço prestado. Note-se ainda que a própria experiência internacional, como já destacado, também corrobora esse entendimento. Não é por acaso que esse tem sido um dos temas mais discutidos em fóruns internacionais entre as Agências Reguladoras e de Defesa da Concorrência no mundo todo.

Sustenta-se ainda que o presente caso não envolve uma questão estritamente regulatória referente ao estabelecimento de tarifas de interconexão. O ponto a ser considerado vai mais além - envolve a potencialidade da adoção de práticas anticompetitivas a partir da liberdade de negociação concedida pela Lei Geral de Telecomunicações.

Aliás, a esse respeito, em que pese a LGT estabelecer que as condições para interconexão de redes devem ser objetos de livre negociação entre as partes, e a Norma Anatel 30/96 permitir a concessão de descontos, em nenhum momento foi autorizado o tratamento discriminatório a empresas concorrentes. Em outras palavras, o estabelecimento de um preço teto e a permissão de concessão de descontos visam, única e exclusivamente, permitir (ou até mesmo induzir) negociações entre as partes que potencializem a obtenção de eficiências econômicas neste setor e que, através da concorrência, possam ser repassadas ao consumidor final.

Nesta mesma linha vale lembrar que a própria Lei de Defesa da Concorrência também admite a concessão de descontos desde que não visem a restrição da concorrência.

Com base na própria LGT, a Representada alegou em sua defesa que não adota prática discriminatória em desfavor da Embratel, e que apenas utiliza critérios objetivos para a concessão de descontos. Segundo a Telesp, os descontos seriam concedidos a depender do volume negociado, do prazo de contratação e da topologia da rede da demandante. Assim, seria plenamente justificável a diferença de preços das linhas de EILD cotados para a Embratel e para a Telefônica.

É fato inquestionável que a adoção de uma política de descontos pode, a depender do caso, ter aspectos positivos, principalmente se considerarmos a possibilidade de que estes sejam repassados ao consumidor final. Entretanto, uma política desse tipo não deve ser adotada como um subterfúgio para restringir a concorrência. Ao contrário, a concessão de descontos deve ser feita de forma isonômica, o que em última instância implica dizer que pedidos de fornecimento de

serviços com as mesmas características devem ter o mesmo tratamento, tanto no que diz respeito a preços como às condições de seu fornecimento.

Analisando os três critérios expostos pela Representada, apesar de não achá-los absurdo, considero que no mínimo carecem de uma explicação mais razoável do que as apresentadas até o momento. Ressalto ainda que a Representada teve um prazo de mais de três meses para fazê-la.

Por outro lado, o que objetivamente observei foi uma diferença injustificável entre as condições oferecidas, pela Telesp, à Telefônica e à Embratel, ainda mais se compararmos o contrato original de fornecimento de linhas EILD entre as empresas Telesp e Telefônica.

Reitero meu entendimento exposto ao longo deste Despacho de considerar salutar a adoção de uma política de descontos no fornecimento de infra-estrutura no setor de telecomunicações, e de que não é papel do CADE interferir de maneira desarrazoada na política comercial de qualquer empresa. Entretanto, a adoção de uma política desse tipo deve, no mínimo, preencher três requisitos fundamentais:

- a) ser baseada em critérios objetivos;
- b) ter um efeito neutro sobre a concorrência ou ser justificável sob o ponto de vista de geração de eficiências econômicas; e
- c) ser adotada de maneira transparente.

Note-se que a mera utilização de argumentos retóricos, conforme apresentados pela Representada, não deve ser condição suficiente para se aceitar a adoção da política de desconto vigente atualmente, ainda mais se considerarmos que este é um setor de razoável complexidade, marcado por fortes assimetrias de informação entre os administrados e os Órgãos Regulador e de Defesa da Concorrência.

Ao contrário, o que se espera é que as justificativas sejam dadas de maneira “*inconteste*”, baseadas em estudos técnicos, tanto sob o ponto de vista tecnológico como sob a lógica da defesa da concorrência, e que preencham os três quesitos acima citados. Considero ainda que isso se torna tão mais necessário quanto maior for a diferença entre os valores propostos pela empresa detentora da infraestrutura (linhas EILD) à sua coligada e aqueles propostos às empresas concorrentes no mercado de serviço corporativo.

Passados **cento e setenta e cinco dias** desde o pedido de Medida Preventiva na Anatel, e **cento e quarenta e três dias** da realização do mesmo pedido no CADE, considero insustentável aguardar um prazo maior pelo pronunciamento do órgão regulador. Em face de todas as reuniões realizadas com as partes deste processo, do tempo de estudo dedicado a este caso e de todo o material juntado aos autos, estou convencido de que estão presentes os requisitos para a concessão de medida preventiva, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Conforme demonstrado anteriormente, o *fumus boni iuris* está presente não apenas devido às evidências presentes na literatura econômica ou na existência de casos semelhantes julgados por autoridades antitruste ao redor do mundo. Tampouco se limita à possibilidade de discriminação existente no marco regulatório brasileiro. Levando em conta as informações prestadas pelas partes e sua argumentação, pude verificar que (i) existe um bem que é essencial (o acesso local a baixas velocidades), que é controlado por um monopolista (Telesp), (ii) a duplicação dessa infra-estrutura é inviável economicamente e as tecnologias alternativas disponíveis não são capazes de substituí-la, por razões de custo, (iii) não há indícios suficientes para demonstrar que a diferença de preços de acesso cobrados à Embratel e a Telefônica Empresas se justifica, e, finalmente (iv) não houve nenhuma alegação de que a concessão à Embratel de igualdade nas condições de acesso comprometeria a qualidade do acesso dos demais clientes da Telesp. Sendo assim, considero dispor de elementos suficientes que comprovam o *fumus boni iuris*.

Quanto à existência do *periculum in mora*, entendo que esse suposto abuso de posição dominante venha a ser estendido a outras licitações públicas e privadas, e como esses contratos têm geralmente caráter de médio e longo prazo, esse tipo de conduta poderia comprometer as condições de concorrência no mercado. Nesse caso, teria-se a confirmação do previsto na literatura econômica, em que um monopolista produtor de um insumo essencial procura expandir para o mercado alvo esse seu poder de mercado, gerando danos ao bem-estar social.

Deve-se chamar a atenção, nesse ponto, para a hipótese de essa prática de discriminação de preços estar acontecendo não apenas no município de São Paulo, mas em todas as cidades onde a Telesp dispõe da concessão de serviços locais de telefonia - ou, seja, a Região III do Plano Geral de Outorgas, o Estado de São Paulo. Aliás, a possibilidade de abuso de poder dominante da Telesp é ainda maior em municípios de menor porte, onde a atratividade dos investimentos em acessos diretos (fibra óptica, rádio enlace, etc.) é menor, em razão da menor concentração e presença de empresas de grande porte. Sendo assim, **recomendo ao órgão regulador do setor, a Anatel, que investigue a ocorrência de situações similares em outros municípios do Estado de São Paulo no decorrer da instrução desse processo administrativo.**

Dentre os pedidos da Representante, considero razoável o pedido de explicitação dos valores dos preços de acesso local nos contratos estabelecidos entre a Telefônica Empresas e terceiros para a prestação de serviços de comunicação de dados a terceiros. Essa medida, já vigente para as licitações públicas, confere ao cliente uma maior transparência à formação de preços, contribuindo para a comparação de preços entre os concorrentes no mercado alvo.

Quanto ao segundo pedido, o de que o preço de acesso local apresentado em cada proposta não seja inferior àquele cobrado por suas concorrentes no mercado a jusante, reconheço que esta é uma questão mais delicada. A opção apenas pela isonomia, conforme sugerida pela Embratel, pode fazer com que o fornecimento

dos serviços de EILD de baixa velocidade ocorra pelo preço teto ou por um preço mais alto do que aquele que seria possível dentro de um contexto de discriminação de preços (ou de descontos) eficiente. Supondo que isso ocorra, quem provavelmente acabará perdendo será, na realidade, o consumidor final dos serviços corporativos. Por outro lado, a opção pela não aceitação do pedido da Representante poderá favorecer a manutenção de “**supostas**” práticas anticompetitivas. Trata-se, portanto, de uma escolha difícil, que envolve uma análise de custo-benefício.

O que se observa até o presente momento é a existência de **fortes indícios** de práticas discriminatórias anticompetitivas realizadas pela Telesp. Nesse sentido, não há como evitar a determinação de um tratamento isonômico, possibilitando às empresas atuarem no mercado em igualdade de condições.

Em que pese minhas reticências quanto à idéia de se fixar um preço, estaria fortemente inclinado a fazê-lo para evitar que o consumidor final seja afetado por esta decisão durante o curso da análise deste Processo Administrativo. Neste caso tomaria por base o preço firmado entre a Telesp e a Telefônica no contrato de fornecimento de linhas EILD de baixa velocidade apresentado ao CADE na data de 17 de dezembro de 2003. Entretanto, deixo de fazer temporariamente a fim de evitar distorções no mercado. **Porém, caso a medida que proponho neste Despacho não surta os efeitos desejados, com base no poder de revisão inerente às medidas preventivas, informo que terei que reavaliar esta idéia.**

Quanto à aplicação de multa pela desobediência de qualquer um dos termos dessa medida, considero razoável sua imposição, posto que tal representa um estímulo ao cumprimento desta decisão.

Por fim, considero improcedente o pleito de se conceder publicidade da aplicação da presente Medida Preventiva. Como se trata de uma decisão preliminar, sem qualquer juízo final sobre a veracidade das acusações da Representante, não se justifica a publicação da mesma em veículos de comunicação de massa. Tal visibilidade pode eventualmente ser necessária apenas quando este Conselho tiver uma posição formada sobre o mérito da questão.

Em face de todo o exposto, determino que até a decisão final do presente caso:

a) os preços cobrados pela Telecomunicações de São Paulo S/A pela prestação de serviços de EILD de baixa velocidade, mais especificamente até 2048 Kbps, na grande São Paulo, nos contratos que a partir desta data forem celebrados, sejam iguais tanto para as empresas concorrentes como a sua subsidiária Telefônicas Empresas;

b) sejam explicitados, nos contratos estabelecidos entre a Telefônica Empresas e terceiros para a prestação de serviços de comunicação de dados a terceiros, os valores dos preços de acesso local das linhas de EILD de baixa velocidade, mais especificamente até 2048 Kbps;

c) sejam encaminhados a este Conselho, após 5 (cinco) dias da data de celebração, todos os contratos que forem, desta data em diante, formalizados entre a Telecomunicações de São Paulo S/A e terceiros, inclusive sua subsidiária Telefônica Empresas, para a prestação de serviços de EILD de baixa velocidade, mais especificamente até 2048 Kbps, na grande São Paulo; e

d) seja aplicada multa diária no valor de 5.000 UFIRs (R\$6.384,00), caso a Representada não cumpra os termos definidos nos itens (a), (b) e (c) desta Medida Preventiva.

Ressalto, entretanto, que o teor desta Medida poderá ser modificado ou revogado a qualquer tempo se a Representada apresentar critérios de descontos objetivos, que **comprovadamente** tenham um efeito neutro sobre a concorrência ou que sejam justificáveis sob o ponto de vista de geração de eficiências econômicas, e que, adicionalmente:

(i) sejam apreciados e aprovados pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, e referendado pelo Plenário do CADE; e

(ii) os preços acordados a partir dos critérios aprovados no item (i) sejam expostos de maneira clara e transparente, devendo reger as relações comerciais entre a Telesp e as empresas que atuam nos mercados alvo (mercado corporativo).

Brasília, 27 de fevereiro de 2003.

Cleveland Prates Teixeira
Conselheiro-Relator

