



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Parecer Técnico nº: 187 /COGSE/SEAE/MF

Brasília, 17 de setembro de 2003.

Referência: Ofício nº 942/CADE, de 11 de abril de 2003.

Assunto: Processo Administrativo nº
53.500.001.821/2002.

Representantes: Embratel - Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. e Intelig Telecomunicações Ltda.

Representada: Telesp - Telecomunicações de São Paulo S.A.

Denúncia: Tentativa de estender posição dominante de um mercado a outro (*leverage* ou “alavancagem”).

Conclusão: Há indícios suficientes da prática de *leverage* (por meio do aumento artificial dos custos dos rivais) pela representada.

Recomendação: Condenação da representada; aplicação de nova metodologia na definição das tarifas de interconexão; aplicação de mecanismos de controle e supervisão mais transparentes sobre informações relativas às operadoras de telefonia.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) solicita à SEAE, nos termos do Art. 7º, Inciso IX, da Lei n.º 8.884/94, parecer técnico referente ao processo administrativo nº 53.500.001.821/2002, de interesse das empresas Embratel - Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A., Intelig Telecomunicações Ltda. e Telesp - Telecomunicações de São Paulo S.A.

1. DAS PARTES

1.1 Representantes

1. A Embratel - Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (“Embratel”), sociedade por ações devidamente constituída segundo as leis da República Federativa do Brasil e sediada na cidade e no Estado do Rio de Janeiro, é uma empresa de telecomunicações autorizada a prestar, dentre outros, o serviço telefônico fixo comutado

(STFC)¹, em suas diversas modalidades - local, longa distância nacional e longa distância internacional - e em todo o território nacional.

2. A Intelig Telecomunicações Ltda. (“Intelig”), sociedade por quotas de responsabilidade limitada constituída segundo as leis da República Federativa do Brasil e sediada na cidade e no Estado do Rio de Janeiro, é uma empresa de telecomunicações autorizada a prestar, dentre outros, o STFC, em suas diversas modalidades - local, longa distância nacional e longa distância internacional - e em todo o território nacional.

1.2 Representada

3. A Telesp - Telecomunicações de São Paulo S.A. (“Telefônica”), sociedade por ações devidamente constituída segundo as leis da República Federativa do Brasil e sediada na cidade e no Estado de São Paulo, é uma empresa de telecomunicações autorizada a prestar, dentre outros, o STFC, em suas diversas modalidades - local, longa distância nacional e longa distância internacional - e em todo o território nacional.

2. DA DENÚNCIA

2.1 Das alegações

4. A denúncia, impetrada em 15 de abril de 2002, consiste na alegação de que a representada busca estender sua posição dominante nos mercados de telefonia fixa local e de acesso a redes locais fixas ao mercado de telefonia de longa distância. Alegam as representantes que tal conduta estaria sendo levada a cabo por meio de uma das seguintes práticas: (i) a representada estaria subsidiando sua operação de telefonia de longa distância com receitas oriundas de sua operação local; ou (ii) a representada, sendo praticamente a única detentora de redes locais (i.e., redes de telefonia que chegam até o usuário final e às quais as representantes - que possuem apenas redes de longa distância - precisam ter acesso para prestar seus serviços) em sua região de concessão, valer-se-ia desta posição dominante para cobrar, pelo acesso a tais redes, valores diferenciados de acordo com a operadora solicitante, havendo - segundo ale-

¹ STFC, segundo o órgão regulador, “[...] é o serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia. [...]”.

gam as representantes -, valores menores para operadoras do mesmo grupo da representada e valores maiores para operadoras concorrentes. Alegam ainda as representantes que os valores pagos à representada a título de acesso às redes locais frequentemente inviabilizam a rentabilidade de suas operações, visto que por vezes tais valores são maiores do que a receita arrecadada com a prestação do serviço de telefonia de longa distância.

2.2 Do pedido de medida preventiva

5. Com base nas alegações acima, as representantes solicitaram, primeiramente da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e em seguida do CADE, a adoção das seguintes medidas preventivas contra a representada:

i) Determinar a imediata apresentação das Demonstrações de Resultado de suas concessões de STFC, conforme determinado pelo artigo 96² da LGT, assim como dos valores de TU-RL cobrados de suas concorrentes, destacando o valor cobrado da sua própria concessão de longa distância. De posse dessas informações, a ANATEL poderá constatar não apenas os veementes indícios aqui apontados da prática discriminatória anticompetitiva de *'price squeeze'*, ou seja, de manutenção dos custos dos concorrentes em níveis artificialmente elevados, como também identificar precisamente a *forma específica* pela qual esta prática está sendo realizada, isto é, seja por meio de *discriminação* na cobrança de TU-RL contra os concorrentes no serviço de longa distância, seja por meio de *subsídio cruzado* do serviço local para o de longa distância.

ii) Independentemente de constatação de conduta anticompetitiva, determinar aplicação, para o STFC, da fórmula abaixo descrita, para a determinação do valor máximo a ser cobrado pelo uso da rede local:

$$A < \frac{(B - C)}{2}$$

Onde:

A = Maior tarifa de uso de rede local (TU-RL) praticada pela Telefônica em toda sua região de concessão;

Disponível em: http://www.anatel.gov.br/telefonia_fixa/.

² “Art. 96 - A Concessionária deverá:

[...]

II - manter registros contábeis separados por serviço, caso explore mais de uma modalidade de serviços de telecomunicações.”

B = Menor tarifa de longa distância cobrada ao usuário final, praticada pela Telefônica em toda sua região de concessão, excluído o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS);

C = Maior tarifa de uso de rede interurbana (TU-RIU) praticada pela Telefônica em toda sua região de concessão.

[...]

iii) Caso a ANATEL não decida pela aplicação da fórmula indicada no item (i) acima, que determine liminarmente, constatados os indícios apontados acima, que a tarifa cobrada pela Representada pelo uso de sua rede local não seja superior àquele nível que propiciaria, à própria Representada, rentabilidade positiva - medida por um *fluxo de caixa positivo*, conforme a simulação descrita na Seção V.1 acima -, especificamente no serviço de telefonia de longa distância intra-regional (excluídas outras receitas que não as oriundas do usuário final), aos preços finais médios por ela própria praticados nessa modalidade de serviço.

iv) Que, baseados nos riscos iminentes de eliminação do ambiente concorrencial nestas modalidades de serviço, de acordo com o Artigo 71 da LGT, não sejam expedidas novas licenças para a prestação de STFC nas modalidades longa distância nacional e longa distância internacional até que tais práticas, exercidas pelas concessionárias locais, sejam cessadas.³

6. Em despacho datado de 22 de maio de 2002, o Conselheiro Ronaldo Porto Macedo, então relator do processo no CADE, concluiu pela ausência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* do pedido de medida preventiva acima transcrito, indeferindo-o.

3. DA DEFESA

7. Alega a representada, em sua defesa - às folhas 003 a 037 dos autos -, que:

(i) os valores cobrados pelo acesso às suas redes locais são os mesmos tanto para operadoras concorrentes quanto para as operadoras do próprio grupo, não havendo discriminação de preços;

³ “Representação por infração da ordem econômica - com medido de pedida preventiva.” - requerimento nº 08700.001496/2002-23.

(ii) não pratica qualquer subsídio cruzado entre telefonia local e telefonia de longa distância, sendo que esta última - ao contrário do que alegam as representantes - é rentável por si só, não sendo necessários subsídios de quaisquer espécies - fato supostamente comprovado pelas demonstrações de resultado apresentadas, anexas aos autos do presente processo administrativo;

(iii) os preços cobrados das operadoras concorrentes, pelo acesso às redes locais, estão de acordo com o teto estabelecido pela regulação atinente ao setor de telecomunicações e com o estipulado no Contrato de Concessão da representada;

(iv) o modelo brasileiro de telecomunicações não foi pensado de forma a preservar a rentabilidade de cada serviço individualmente considerado, mas de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro das operadoras como um todo; desta forma, embora o preço cobrado pelo acesso às redes locais possa tornar a operação das representantes não rentável em determinados casos, tal situação não é a regra, sendo que em sua maior parte os serviços de telefonia de longa distância das representantes são devidamente remunerados;

(v) parte da receita proveniente do fornecimento de acesso às redes locais é utilizada para o atendimento das metas de universalização estabelecidas pela ANATEL, na forma de subsídios à parcela de usuários de serviços de telecomunicações que não é rentável para as operadoras mas que estas, por obrigação legal e contratual, são obrigadas a atender;

(vi) as representantes, ao disputarem o leilão havido em 1997 pelas concessões de serviços de telecomunicações, estavam cientes de todos os regramentos que seriam aplicados após a licitação, de forma que não caberia qualquer questionamento *a posteriori* das normas estabelecidas;

e

(vii) o pedido de medida preventiva carece do pressuposto do *periculum in mora*, visto que a licitação acima referida teve lugar em 1997 e a denúncia impetrada pelas representantes ocorreu em 2002.

4. ANÁLISE DA CONDUTA

4.1 Contextualização da denúncia

Quadro 1

Regiões do Plano Geral de Outorgas

REGIÃO	ÁREA GEOGRÁFICA CORRESPONDENTE AO(S) TERRITÓRIO(S)
I	dos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima
II	do Distrito Federal e dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre
III	do Estado de São Paulo
IV	Nacional

Fonte: Anexo I do Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 02 de abril de 1998.

9. A concessão pública para exploração do STFC foi entregue para uma empresa em cada uma dessas regiões, tendo ficado a Telemar responsável pela Região I, a Brasil Telecom pela Região II, a Telefônica pela Região III e a Embratel pela Região IV. Além dessas quatro operadoras, foram expedidas autorizações também para as chamadas “empresas espelhos” - uma para cada região - como tentativa de incentivar alguma competição na telefonia fixa. Desta forma, a Vésper tornou-se a “espelho” da Região I, a GVT, da Região II e a Vésper São Paulo, da Região III. Formou-se, assim, um regime de duopólio em cada região do PGO.

10. Além da especificação geográfica (i.e., a qual região ou setores do PGO se refere), cada outorga especificava ainda qual ou quais modalidades de STFC cada empresa estava autorizada a prestar. Há quatro modalidades de STFC: local (i.e., chamadas entre dois pontos localizados dentro de um mesmo degrau tarifário, usualmente o mesmo município - por exemplo, chamadas entre dois usuários localizados na cidade de São Paulo), longa distância intra-regional (i.e., chamadas realizadas entre pontos localizados em degraus tarifários diferentes porém dentro de uma mesma região do

PGO - por exemplo, chamadas realizadas entre São Paulo e Ribeirão Preto ou entre Rio de Janeiro e Belo Horizonte), longa distância inter-regional (i.e., chamadas realizadas entre pontos localizados em diferentes regiões do PGO - por exemplo, chamadas cursadas entre Goiânia e São Paulo) e longa distância internacional (chamadas originadas no Brasil com destino ao exterior ou vice-versa).

11. A Brasil Telecom, a Telemar e a Telefônica foram autorizadas a prestar, inicialmente, apenas o STFC local e longa distância intra-regional, dentro de suas respectivas regiões de concessão. A Embratel e a Intelig, por sua vez, ficaram responsáveis pela exploração do STFC longa distância intra-regional, inter-regional e internacional, em todas as regiões do PGO. A partir de 2002, porém, tal quadro sofreu alterações, com a expedição de novas autorizações pela ANATEL. Desta forma, a Embratel⁴ e a Intelig⁵ receberam autorização para prestar o STFC local em todas as regiões do PGO e a Telefônica⁶ e a Telemar⁷ receberam autorização para prestar o STFC local, longa distância intra-regional, longa distância inter-regional e longa distância internacional em todas as regiões do PGO.⁸ Desta forma, as quatro concessionárias de STFC no Brasil (além da “espelho” Intelig) passaram a estar legalmente desimpedidas de competir nos mercados umas das outras - tanto no que se refere a mercados geográficos (regiões do PGO) quanto mercados de produtos (modalidades de STFC).

12. Embratel e Intelig possuem apenas redes de longa distância, as quais não chegam até o usuário final. Desta forma, precisam utilizar as redes das operadoras locais - como a Telemar, a Brasil Telecom e a Telefônica - para poder prestar o STFC longa distância. Tomando-se como exemplo uma chamada fixo-fixo originada em Curitiba com destino a São Paulo, a empresa de longa distância responsável pela realização da

⁴ Cf. Ato nº 28.046 (publicado no D.O.U. em 08/08/2002) e Termo de Autorização nº 219/2002/SPB-ANATEL (publicado no D.O.U. em 16/08/2002).

⁵ Cf. Ato nº 31.318 (publicado no D.O.U. em 22/11/2002) e Termo de Autorização nº 236/2002/SPB-ANATEL (publicado no D.O.U. em 13/12/2002).

⁶ Cf. Ato nº 25.120 (publicado no D.O.U. em 26/04/2002) e Termos de Autorização nº 213/2002/SPB-ANATEL, 214/2002/SPB-ANATEL e 215/2002/SPB-ANATEL (publicados no D.O.U. em 06/05/2002).

⁷ Cf. Atos nº 22.185 (publicado no D.O.U. em 23/01/2002) e 28.047 (publicado no D.O.U. em 09/09/2002) e Termos de Autorização nº 205/2002/SPB-ANATEL, 206/2002/SPB-ANATEL (publicados no D.O.U. em 22/02/2002), 224/2002/SPB-ANATEL (publicado no D.O.U. em 29/10/2002).

⁸ A Brasil Telecom, tendo optado por não antecipar o cumprimento das metas de universalização estabelecidas em 1998, à época das concessões, não recebeu novas autorizações da ANATEL em 2002.

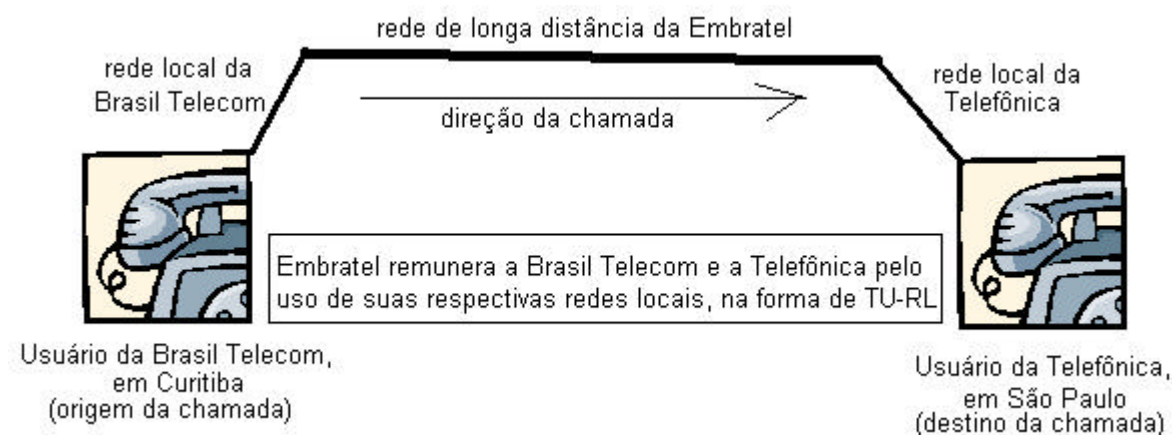
chamada (por exemplo, a Embratel) terá que utilizar a rede local da Brasil Telecom, em Curitiba, e a rede local da Telefônica, em São Paulo, para poder, respectivamente, originar e terminar a chamada em questão.⁹ As redes locais seriam, portanto, um insumo indispensável à prestação do STFC longa distância, sendo conhecidas também como a “última milha”. Desta forma, supondo o acesso à “última milha” uma *essential facility*, o regulador determinou, por meio da Resolução 040/98 (que aprova o Regulamento Geral de Interconexão), a obrigatoriedade de cada prestadora disponibilizar suas redes às demais prestadoras, sempre que solicitada a tanto:¹⁰

Art. 12. As prestadoras de serviço de telecomunicação de interesse coletivo são obrigadas a tornar suas redes disponíveis para interconexão quando solicitado por qualquer outra prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo.

13. Tal insumo, porém, não é ofertado gratuitamente pelas operadoras. A utilização das redes locais para a realização de chamadas de longa distância implica o pagamento da chamada tarifa de interconexão, ou TU-RL (Tarifa de Uso de Rede Local). Essa tarifa é cobrada por minuto de utilização, tendo seu valor máximo definido no Contrato de Concessão de cada operadora e sofrendo reajustes anuais com base na inflação e no chamado “fator de produtividade” (fator deduzido do percentual de reajuste como forma de incentivar a eficiência das operadoras). O “teto” da TU-RL está, atualmente, em torno de R\$ 0,05 por minuto, variando poucos décimos de centavos para mais e para menos de acordo com a concessão. Assim, voltando-se ao exemplo acima, supondo uma chamada cursada de Curitiba a São Paulo por meio da Embratel, esta teria que pagar R\$ 0,05 por minuto de duração da chamada para a Brasil Telecom e o mesmo valor à Telefônica. A figura abaixo ilustra essa situação:

⁹ Note-se que a operadora local cuja rede é utilizada numa dada chamada longa distância depende da linha telefônica dos usuários de cada ponta da chamada: assim, uma ligação de Curitiba a São Paulo, como no exemplo acima, poderia ser cursada por meio da rede local da GVT, em Curitiba, e da rede local da Vésper, em São Paulo. Ocorre, porém, que apenas 1% a 5% das linhas de telefone fixo pertencem às “espelhos”, sendo a quase totalidade delas parte das redes das concessionárias. Logo, é muito mais provável que as chamadas carreadas pela Embratel e pela Intelig utilizem as redes locais da Telemar, da Brasil Telecom e da Telefônica do que as redes da Vésper ou da GVT.

¹⁰ Cf. seção 5.3, abaixo, onde se analisa se o acesso às redes locais constitui ou não uma *essential facility*.

Figura 1 - Exemplo de uma chamada de longa distância

Fonte: elaboração própria.

14. Como explicado acima, as operadoras locais estavam, inicialmente, impedidas de cursar chamadas de longa distância entre diferentes regiões do PGO, devendo limitar-se ao tráfego intra-regional. A partir de 2002, porém, entraram na disputa pelo tráfego de longa distância inter-regional, passando desta forma a competir plenamente com as representantes Embratel e Intelig. Ocorre que, como visto, as operadoras locais detêm um insumo indispensável à prestação do STFC longa distância, qual seja, a chamada “última milha”, que consiste nas redes locais, que chegam até o usuário final. Na medida em que são detentoras desse insumo, as redes locais não são obrigadas a pagar TU-RL em chamadas cursadas intra-regionalmente e, no caso das chamadas inter-regionais, pagam (via de regra) TU-RL apenas numa das pontas (pois na outra ponta utilizam suas próprias redes). Já as representantes, por não possuírem redes locais, vêm-se na contingência de utilizar-se as redes das operadoras concorrentes, as quais são remuneradas por tal uso na forma de TU-RL.

15. A regulação do setor determina, por meio do art. 96, inciso II, da Lei nº 9.472/97 (LGT - Lei Geral das Telecomunicações), que cada operadora mantenha registros contábeis diferenciados para cada concessão de STFC. Desta forma, a representada é obrigada a manter um balanço contábil para sua concessão de STFC local e outro para sua concessão de STFC longa distância. Determinou ainda o regulador, por meio do art. 11 da Resolução nº 40/98 (que aprova o RGI - Regulamento Geral de Interconexão), que a mesma tarifa cobrada dos concorrentes deveria ser cobrada das empresas

do mesmo grupo e da própria empresa. Assim, ao cursar uma chamada de longa distância de São Paulo a Ribeirão Preto, a Telefônica deve contabilizar, em sua concessão de longa distância, as despesas relativas ao pagamento de TU-RL como se se tratasse de um insumo pertencente a outra empresa, enquanto, inversamente, deve contabilizar, na sua concessão local, a receita proveniente do recebimento de TU-RL da concessão de longa distância.

4.2 Do mercado relevante

16. Antes de buscar averiguar se as condutas alegadas efetivamente ocorrem, cumpre saber se tais condutas teriam o condão de limitar ou ameaçar a livre e justa competição nos mercados envolvidos. Para tanto, faz-se necessário, primeiro, a definição de quais sejam tais mercados.

17. Depreende-se dos autos e da experiência anterior desta Secretaria em análises envolvendo o setor de telecomunicações que há três mercados distintos a ser considerados: (i) mercado de telefonia fixa local (ou STFC local), i.e., o serviço por meio do qual usuários localizados numa mesma área local realizam chamadas entre si por meio de rede fixa de telecomunicações; (ii) mercado de telefonia fixa de longa distância (STFC longa distância), i.e., o serviço por meio do qual usuários localizados em áreas locais distintas realizam chamadas entre si por meio de rede fixa de telecomunicações; e (iii) mercado de acesso a redes locais fixas (ou de interconexão), i.e., o franqueamento, pelas operadoras que detêm redes locais fixas, de acesso (a título oneroso, naturalmente) a tais redes às operadoras concorrentes, para que estas possam utilizar-se deste insumo para a prestação de outros serviços, mormente o serviço de telefonia fixa de longa distância.

18. Quanto à dimensão geográfica dos mercados acima definidos, pode-se afirmar que: (i) para o mercado de telefonia fixa local, a dimensão geográfica é, naturalmente, local, visto que o consumidor demanda linhas locais, não sendo conceitual que ele se desloque até outro município ou área local para realizar chamadas; (ii) para o mercado de telefonia fixa de longa distância, a dimensão geográfica é, também, local, pois não se concebe o deslocamento do usuário para fora de seu respectivo município para a

realização de chamadas, sejam estas locais ou de longa distância; (iii) para o mercado de acesso às redes locais, por fim, a dimensão geográfica é igualmente local, pois os consumidores (que neste caso são as operadoras de longa distância, que detêm apenas redes de longa distância e precisam utilizar as redes locais das demais operadoras) precisam, naturalmente, ter acesso às redes que chegam até seus usuários.

4.3 Da caracterização do acesso às redes locais como uma *essential facility*

19. Faz-se necessário, antes de se iniciar a análise das condutas, esclarecer se o acesso às redes locais constitui ou não uma *essential facility* para a prestação do serviço de telefonia fixa de longa distância, i.e, um insumo indispensável à prestação de um dado serviço ou à produção de um dado bem e que não pode, por razões técnicas, econômicas ou regulatórias, ser replicado ou substituído, e que, cumulativamente, é ofertado por uma empresa monopolista ou por um grupo de poucas empresas, em regime de oligopólio. A importância de tal averiguação reside no fato de que, não sendo o acesso às redes locais uma *essential facility* - i.e, sendo passíveis de substituição, replicação ou aquisição por outros fornecedores -, restará limitado o escopo para exercício de poder de mercado por parte da representada.

20. Como é conhecido pela literatura econômica e aceito pelos reguladores de outros países, a replicação das redes locais é inviável. Embora tecnicamente possível, a existência de várias redes paralelas seria ineficiente do ponto de vista econômico, devido às economias de escala envolvidas na construção destas redes. Estudos sobre tais economias de escala apontam, inclusive, que os órgãos reguladores devem criar desincentivos econômicos (na forma de impostos, taxas e restrições regulatórias) à construção de novas redes, com o objetivo de evitar o que é conhecido na literatura como *inefficient entry*.¹¹

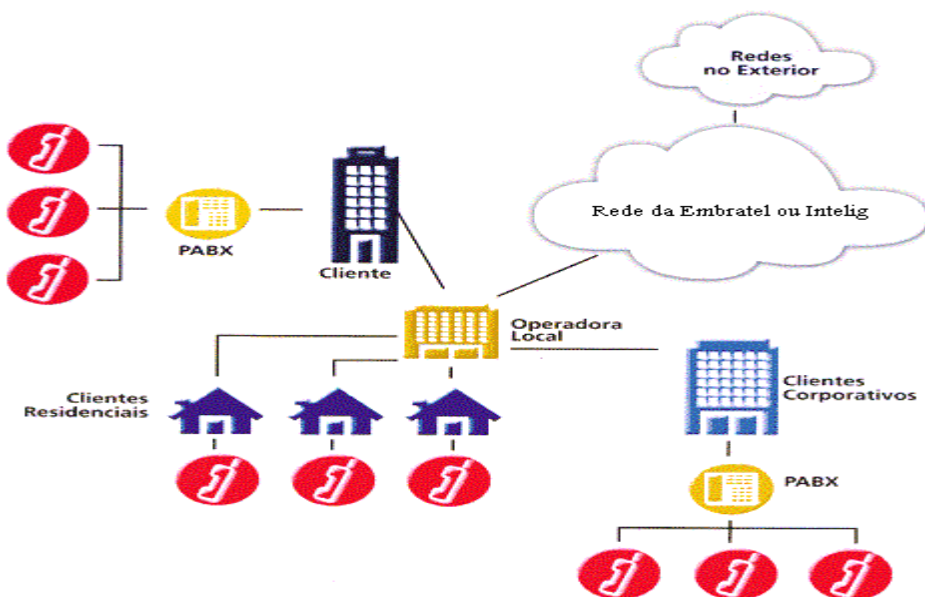
21. Quanto à indispensabilidade da rede local para que as representantes possam prestar o STFC longa distância intra-regional, foi apontado pela representada que tanto

¹¹ Cf. *The Theory of Access Pricing* (working paper by OCDE, Competition Committee), pg. 16: “[...] The possibility of inefficient entry or bypass can be reduced or eliminated through the use of taxes or levies on consumers of those services (whether purchased from the monopolist or not). The access prices of the monopolist can then be reduced to

a Embratel quanto a Intelig oferecem a clientes corporativos de médio e grande porte a possibilidade de se conectarem diretamente a seus respectivos *backbones* (redes interurbanas), sem passar pela rede da operadora local (*by-pass*). Esse serviço é comercializado sob os nomes de “VipPhone” (no caso da Embratel) e de “23 Direto” (no caso da Intelig). Por meio do VipPhone e do 23 Direto, o PABX do cliente é conectado diretamente à rede (*backbone*) da Embratel ou da Intelig (respectivamente), incidindo descontos sobre as ligações longa distância (nacionais e internacionais) deste cliente. A figura 2, abaixo, ilustra como são cursadas as chamadas de longa distância quando é utilizada a rede local da concessionária (ou da espelho) responsável pela região, enquanto a figura 3, logo em seguida, ilustra como se dá o *by-pass* oferecido pela Embratel e pela Intelig:

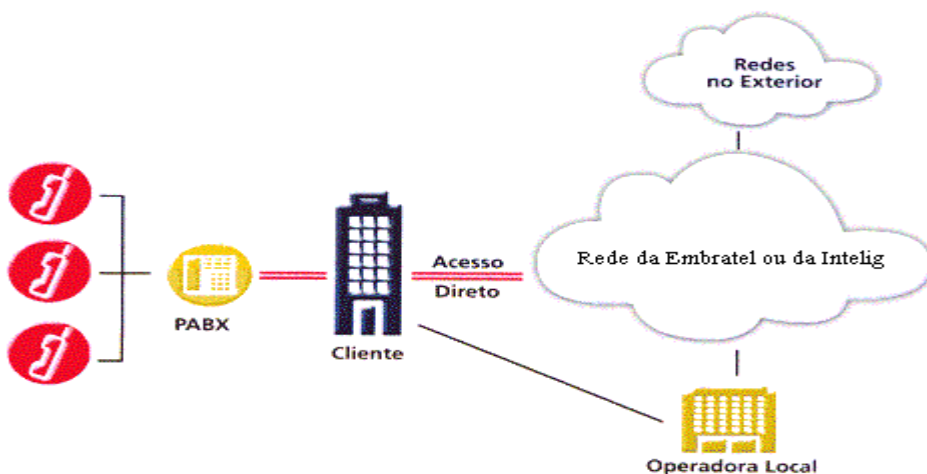
a level which does not induce entry while the tax ensures that the total amount paid for the final services reflects the correct relative and absolute level.”

Figura 2 - Chamadas de longa distância cursadas através da rede local



Fonte: adaptado de ilustração presente no *site* da Intelig - http://www.intelig23.com.br/port/grandes_empresas/23direto_2.asp.

Figura 3 - Chamadas de longa distância cursadas sem o uso de rede local



Fonte: adaptado de ilustração presente no *site* da Intelig - http://www.intelig23.com.br/port/grandes_empresas/23direto_2.asp.

22. Poder-se-ia argumentar, portanto, que a rede local não constitui uma *essential facility*, ou seja, não constitui um “insumo indispensável e insubstituível” para a prestação do STFC longa distância.¹² Ocorre, porém, que a conexão direta ao *backbone* da Embratel ou da Intelig só está disponível, como dito anteriormente, aos clientes corporativos, pois o preço deste serviço (além da mensalidade paga à operadora, é necessário instalar um PABX digital e outros equipamentos de telefonia, todos os quais devem atender a determinadas especificações técnicas) é alto (comparativamente a uma assinatura residencial ou comercial simples) e, portanto, só é compensador para os usuários que realizam grande volume de chamadas de longa distância, sobre as quais incidem os descontos. Desta forma, dado o universo restrito ao qual está disponível a conexão direta, esta não pode ser considerada um substituto da rede local. Tal conclusão está de acordo com a experiência internacional, expressa na decisão da Comissão Européia sobre as tarifas de interconexão cobradas pela Deutsche Telekom (DT) das outras operadoras:

DT's local access network is not the only technical infrastructure allowing for the provision of wholesale access 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.¹³

23. Desta forma, visto que: (i) não há fornecedores alternativos de acesso às redes locais (há um monopólio em cada região de concessão); (ii) não há substituto para as redes locais no provimento de STFC longa distância e (iii) não é possível replicar as redes locais, dadas as economias de escala associadas; conclui-se que o acesso à rede local constitui uma *essential facility*. Infere-se, portanto, que a representada está em condições de exercer poder de mercado quanto ao fornecimento deste insumo.

4.4 Efeitos da conduta alegada sobre o bem-estar econômico

24. Contextualizada a denúncia, definidos os mercados relevantes e caracterizado o acesso às redes locais como uma *essential facility*, cumpre analisar se a conduta ale-

¹² O VipPhone e o 23 Direto não incluem as chamadas locais, as quais continuam a ser cursadas na rede local.

¹³ Press release IP/03/717.

gada tem o condão de limitar ou ameaçar a livre e justa competição nos mercados envolvidos e, assim, prejudicar o bem-estar econômico dos respectivos consumidores.

25. Como visto acima, as representantes sustentam que a Telefônica busca estender sua posição dominante nos mercados de telefonia fixa local e de acesso a redes locais fixas ao mercado de telefonia de longa distância, por meio de uma das seguintes práticas: (i) a representada estaria subsidiando sua operação de telefonia de longa distância com receitas oriundas de sua operação local; ou (ii) a representada estaria cobrando, pelo acesso às suas redes locais, preços diferentes de acordo com a operadora solicitante, sendo esse preço maior para as concorrentes do que para a própria representada.

26. Quanto à hipótese (i), de subsídio cruzado entre as concessões local e de longa distância da Telefônica, entende esta Secretaria que tal prática pode, em certos casos, prejudicar a livre competição nos mercados por ela afetados. Como exemplo, tem-se as situações onde o produto/serviço subsidiado é ofertado (devido ao próprio subsídio) a preços artificialmente baixos, não replicáveis pelos competidores. Tal situação, se prolongada, pode levar à expulsão destes competidores do mercado relevante, configurando-se então um quadro (ao menos temporariamente, dependendo das barreiras à entrada) monopolista. Conclui-se, portanto, ser necessário prosseguir, mais adiante, na análise deste ponto, buscando-se evidências de tal conduta.

27. Quanto à hipótese (ii), de discriminação de preços, deve-se notar que a Telefônica, embora verticalmente integrada, é obrigada, por força do art. 96, inciso II, da Lei nº 9.472/97, a manter registros contábeis separados de acordo com suas diferentes concessões. Tal determinação teria o objetivo de imputar às operadoras verticalmente integradas incentivos semelhantes aos que enfrentariam em caso de separação estrutural, i.e., caso cada concessão estivesse a cargo de uma empresa diferente. Desta forma, ao contabilizar a utilização de suas próprias redes locais como despesa no balanço de sua concessão de longa distância, a Telefônica teria um incentivo econômico para cobrar uma tarifa de interconexão próxima à que prevaleceria em condições normais de mercado, i.e., caso não fosse, simultaneamente, fornecedora e consumidora daquele insumo. Assim, entende esta Secretaria que a prática de discriminação de preços, ma-

terializada na cobrança de valores diferenciados de TU-RL “de si mesma” e dos concorrentes constitui prática lesiva à concorrência, na medida em que coloca os competidores em clara desvantagem, obrigando-os a arcar com custos maiores do que a representada - tal conduta é conhecida na literatura antitruste como “*price squeeze*”, ou aumento artificial dos custos das rivais.

28. No caso concreto ora sob análise, tal prática consistiria na cobrança, pela representada, de valores de TU-RL que sabidamente prejudicariam ou mesmo inviabilizariam a atividade das representantes¹⁴, independentemente do fato de ter seus objetivos atingidos, tal como disposto no Art.20 da Lei 8.884/94.

*Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto, **ou possam produzir** os seguintes efeitos, **ainda que não sejam alcançados**: (Grifou-se)*

29. Sendo a Telefônica praticamente a única detentora de redes locais fixas na Região III do PGO (equivalente ao Estado de São Paulo) e constituindo tais redes uma *essential facility*, é fácil notar que a denunciada encontra-se em condições de abusar de sua posição dominante no mercado de interconexão (mercado *upstream*, de insumo, onde é virtualmente monopolista) para prejudicar as empresas com as quais compete no mercado de STFC longa distância (mercado *downstream*, de produto final).

30. Desta forma, a tentativa de “alavancagem” (i.e., tentativa de estender posição dominante de um mercado a outro) denunciada pelas representantes, ocorreria pela cobrança de tarifas de interconexão que limitassem seriamente a rentabilidade das empresas concorrentes. Note-se que tal possibilidade configura-se ainda mais grave no caso da Embratel, visto operar esta empresa em regime de concessão, encontrando-se sujeita a tetos tarifários determinados pelo órgão regulador. Desta forma, a Embratel não pode aumentar livremente suas tarifas de modo a torná-las compatíveis com os custos de interconexão em que incorre. Tampouco pode se recusar a completar cha-

madam cursadas por meio de seu respectivo CSP (Código de Seleção de Prestadora - no caso, o "21"). Assim, a Embratel vê-se obrigada a completar mesmo aquelas chamadas onde a tarifa arrecadada (do usuário final) é inferior ao custo de interconexão correspondente (pago à detentora da rede local) - i.e., aquelas chamadas que geram receita líquida negativa. Já a Intelig, por operar em regime de autorização (e não de concessão), tem maior liberdade para definir suas tarifas, podendo aumentá-las de modo a torná-las compatíveis com os custos de interconexão correspondentes. O resultado final é que, para o usuário final, torna-se mais interessante cursar as chamadas não-rentáveis (para a operadora) por meio da Embratel, cujas tarifas são submetidas a teto regulamentar, enquanto a Intelig completa apenas as chamadas rentáveis, numa estratégia de *cherry picking*.

31. Note-se que a representada defende-se de tal acusação alegando que cobra a TU-RL máxima permitida pela regulação, tanto das concorrentes, como de sua própria operadora de longa distância, em todas as células da matriz tarifária. Cumpre, nesse sentido, fazer a seguinte indagação: se a representada atua no mercado *upstream* (interconexão) como uma fornecedora de insumo (acesso à rede local), por quais motivos não cobra menos interconexão, ou pelos menos tarifas de interconexão variadas conforme a célula da matriz tarifária, de maneira a aumentar o uso de sua rede, e portanto, aumentar sua receita, mesmo que marginalmente?

32. Antes disso, no entanto, para que se configure plenamente a infração antitruste, além das condições para executá-la, consubstanciada no poder de mercado conferido pela detenção do insumo essencial, é necessário que o agente econômico tenha incentivos suficientes para levar a prática a efeito, e, finalmente, que tal infração se materialize em ações e condutas capazes de produzir os efeitos desejados pelo agente econômico (aqui encontra-se nitidamente a resposta para a indagação acima). O primeiro quesito (incentivos) será analisado logo adiante enquanto o segundo será ponderado em uma seção seguinte, específica sobre o tema.

¹⁴ Cabe notar que, nesse caso, o "price-squeeze" seria viabilizado pela discriminação de preços, já que a representada cobraria da representante a TU-RL máxima permitida, mas utilizaria como insumo para sua própria operação de longa distância a TU-RL ao preço de custo.

33. De uma maneira geral, a regra de incentivos fundamental, que leva as empresas a executarem condutas anticompetitivas, baseia-se essencialmente em uma análise custo-benefício da própria conduta, ou seja, a infração deve trazer benefícios privados líquidos àqueles que a praticam, bastando para tanto que o benefício privado das condutas (equivalente ao prejuízo social), **ainda que não atingido**, supere os custos privados de implementá-las.

34. Aplicando-se ao caso em tela, é preciso analisar se o benefício da cobrança da tarifa de interconexão pelo seu teto regulamentar em todas células da matriz tarifária gera benefícios privados à incumbente, e se tal prática tem o condão de limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência.

35. Em primeiro lugar quanto aos benefícios privados líquidos, suponha-se, apenas por hipótese argumentativa, que a representada não detivesse qualquer capacidade de completar ligações de longa distância, seja inter-regiões do PGO seja intra-região, nesse caso, qualquer aumento do preço do acesso à rede local, i.é da TU-RL, diminuiria a demanda por interconexão, obviamente sujeito às elasticidades da demanda tanto do mercado *upstream* (interconexão) quanto *downstream* (STFC longa distância).

36. O exercício acima, entretanto, não é a melhor alternativa de análise pois a representada é integrada como também a sinalização de uma diminuição da TU-RL não interfere imediatamente na estrutura da demanda (usuário final). Nesse contexto, um aumento dos preços de interconexão não derivados de aumento dos custos, ou, uma não redução desses preços abaixo de seu teto regulamentar, produz dois efeitos: i) de curto prazo, uma vez que não necessariamente se reduz a demanda total por ligações de longa distância, pois a operadora local pode atender a demanda ocupada pelas concorrentes ao preço de custo de uso da rede local em cada célula da matriz tarifária e ii) de longo prazo, vez que, as margens das operadoras de longa distancia concorrentes estreitam-se artificialmente.

37. Cumpre ainda notar que a adoção da prática não impõe qualquer custo sobre a representada, ou seja, sua estratégia de cobrança de tarifa da TU-RL pelo teto regulamentar, não diminui a demanda por ligações de longa distância da representada. Por

fim, resta analisar os custos sociais da estratégia da representada, em outras palavras, sua capacidade de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, **mesmo que seus objetivos não sejam alcançados.**

38. Suponha-se, apenas por argumento, que o mercado passe a operar totalmente verticalizado, ou seja, que as operadoras de longa distância concorrentes simplesmente deixassem de existir, observaríamos apenas as três incumbentes nos mercados locais: Telefônica, BrasilTelecom e Telemar, todas três detentoras de amplas redes locais. Quais os incentivos gerados por tal estrutura? Em primeiro lugar, imagine-se uma ligação de longa distância inter-regiões - nesse caso, possivelmente haveria grande interesse das operadoras em uma ação coordenada, pois seriam poucas e a ação seria facilmente observável. Por outro lado, nas chamadas intra-regionais, como há mais pontos de presença das operadoras em suas respectivas áreas originais de concessão, há forte tendência para que as operadoras tornem-se monopolistas em suas áreas de concessão.

39. Em ambos os casos, notadamente no primeiro, os benefícios sociais advindos de tal estrutura são privados, isto é, não há nenhuma garantia que sejam igualmente entendidos aos consumidores tal qual disposto no Art. 54, §1º, II da Lei Antitruste, nem tampouco que tal estratégia alcance as demais excepcionalidades previstas em tal dispositivo.

Art. 54. § 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam às seguintes condições:

I – Tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens e serviços;

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico e econômico.

II – Os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores finais, de outro;

III – não impliquem eliminação de da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

...

40. Neste último caso, os danos à concorrência derivados da prática de *price squeeze* acima descrita são, portanto, transparentes – tal conduta, caso comprovada, levaria à impossibilidade de uma competição razoavelmente isonômica entre, de um lado, as representantes e, de outro, a representada. Esta, impondo àquelas custos artificialmente elevados, estaria em condições de dominar o mercado relevante de STFC longa distância em sua região de concessão, configurando-se portanto uma conduta de abuso de posição dominante em um mercado (acesso a redes locais) com vistas à dominação de outro (STFC longa distância)¹⁵.

4.5 Dos argumentos apresentados em sede de defesa

41. Quanto aos argumentos fornecidos pela representada em sua defesa, às folhas 003-037 dos autos (e reproduzidos na seção 4. - “DA DEFESA” -, acima), tem esta Secretaria os seguintes entendimentos:

(i) A defesa da Telefônica consistiu, no que tange à alegação de discriminação de preços, em afirmar que cobra “de si mesma” os mesmos valores de TU-RL que cobra das demais operadoras, fornecendo, a título de comprovação, as demonstrações de resultados de sua operação. Tais demonstrações, contudo, não foram auditadas e nem mesmo fiscalizadas pelo órgão regulador, o que não permite sua aceitação, do modo como está, no âmbito da defesa¹⁶.

(ii) Pela mesma razão acima, não logrou a representada defender-se, de maneira consistente, da acusação de subsídio cruzado. Alega a representada que sua concessão de longa distância é rentável e que, portanto, não requer qualquer subsídio externo para seu financiamento. A título de comprovação, forneceu suas demonstrações de resultado, contendo as receitas e as despesas de sua concessão de longa distância. Ocorre, porém, que: (i) não tendo sido tais informações devidamente auditadas, não

¹⁵O serviço de telefonia constitui-se num bem indiferenciado, bastante homogêneo. Para atingir algum grau de diferenciação e vantagem na competição as empresas do setor costumam investir fortemente em publicidade. No caso, a estratégia de elevação do custo dos rivais tenderia a diminuir sua rentabilidade e a tornar proibitivos os altos investimentos necessários para a competição no setor, tanto em publicidade quanto em infra-estrutura.

¹⁶ As elevadas assimetrias informacionais presentes entre ente regulador e empresas reguladas, aliás, é amplamente reconhecida na literatura existente, bem como a facilidade relativa de se maquiar resultados contábeis.

devem receber crédito no âmbito desta análise; e (ii) a prática de subsídio cruzado independe da rentabilidade ou não do serviço subsidiado.

(iii) O fato de os preços cobrados pela Telefônica, a título de TU-RL, estarem de acordo com a regulação vigente e com os contratos de concessão em vigor não elimina a possibilidade de que tais valores configurem infração à ordem econômica, do ponto de vista da análise antitruste e da Lei nº 8.884/94. A este respeito, inclusive, já se manifestou o CADE, por meio do então Procurador-Geral, Dr. Fernando de Magalhães Furlan: “ainda que as práticas comerciais realizadas pelas representadas estiverem de acordo com a regulamentação específica poderão fazer incidir hipótese de ato contrário à ordem econômica, sujeito à repressão do órgão judicante específico em matéria antitruste e concorrencial.”¹⁷ Vê-se, portanto, que a inexistência de infração à regulamentação específica não implica, necessariamente, adequação da conduta às normas gerais de defesa da concorrência.

(iv) O modelo brasileiro de telecomunicações, embora tenha sido elaborado com foco no equilíbrio econômico-financeiro geral (e não específico de cada serviço prestado) das operadoras, certamente não foi construído com vistas a ensejar, por qualquer forma, que determinados serviços implicassem claro prejuízo operacional para as empresas do setor; naturalmente, prejuízos derivados das condições naturais do mercado (tais como oscilações na demanda ou mesmo inabilidade gerencial) podem acontecer e não configuram, *per se*, situações que justifiquem intervenção da autoridade antitruste; entretanto, prejuízos derivados de práticas anticompetitivas devem, de acordo com a Lei nº 8.884/94, interessar aos responsáveis pela defesa da concorrência;

(v) A representada, embora alegando que parte da receita de TU-RL é destinada ao cumprimento das metas de universalização, na forma de subsídio aos usuários não-rentáveis, não logrou demonstrar tal fato; sequer apresentou qual percentual das receitas de interconexão teria tal finalidade; ademais, é duvidoso que, ainda que demonstrada tal aplicação de recursos, tivesse ela implicações sobre a presente análise, visto que

¹⁷ Parecer do mencionado Procurador-Geral do CADE a respeito do pedido de medida preventiva formulado pelas representadas. O trecho transcrito foi citado no despacho, acima mencionado, onde o Conselheiro-Relator do presente processo administrativo concluiu pelo indeferimento do pedido.

a Telefônica pode, como qualquer operadora, solicitar ao órgão regulador a aplicação dos dispositivos da Capítulo XII (“Da Proteção da Situação Econômica da Concessionária e da Revisão de Tarifas”) de seu Contrato de Concessão, sempre que não estiver conseguindo cumprir suas obrigações financeiras a partir de suas receitas (excluídos aí os riscos normais à atividade empresarial) - logo, não cabe afirmar que eventuais alterações no valor da TU-RL comprometeriam o cumprimento das metas de universalização estabelecidas pelo órgão regulador. Por fim, ainda que a representada houvesse demonstrado a aplicação de receitas de interconexão no cumprimento das metas de universalização e ainda que não houvesse o mecanismo da revisão tarifária, é patente o descabimento de pretender justificar uma conduta anticompetitiva – devidamente tipificada como infração à ordem econômica, como se verá adiante – com base na “destinação social” das vantagens obtidas a partir de tal conduta.

(vi) Embora as representantes tenham participado da licitação havida em 1997, no âmbito da privatização das empresas brasileiras de telecomunicações, cientes das normas regulatórias e disposições contratuais que deveriam ser observadas ao longo dos anos seguintes, tal condição não pode ser invocada a título de justificação de práticas anticompetitivas, as quais, se não afrontam diretamente a regulamentação específica do setor de telecomunicações, não encontram guarida nas normas gerais de defesa da concorrência;

(vii) Quanto ao pedido de medida preventiva formulado pelas representantes, e atacado pela representada em sua defesa, o CADE já se decidiu pelo indeferimento do mesmo, não cabendo portanto manifestação desta Secretaria a tal respeito.

4.6 Tipificação das condutas denunciadas

42. Dado o exposto, resta evidente que a conduta das representadas, no que tange à prática de *price squeeze*, enquadra-se - caso comprovada - nos seguintes artigos e incisos da Lei nº 8.884/94:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

[...]

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

[...]

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem a hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

[...]

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

[...]

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço;

5. DA MATERIALIDADE

43. Como visto acima, a investigação acerca das denúncias de subsídio cruzado (i.e., transferência de receitas de uma concessão a outra) e de discriminação de preços (i.e., cobrança de valores de TU-RL diferenciados de acordo com a operadora) requer uma análise acurada dos registros contábeis de cada concessão da representada. Ocorre, porém, que os registros apresentados em sede de defesa pouco ou nada contribuem para a análise, uma vez que não sofreram qualquer fiscalização, auditoria ou

checagem prévia. Resta, assim, prejudicada a apuração das provas/indícios referentes às denúncias de subsídio cruzado e de discriminação de preços. É possível, porém, proceder à investigação da denúncia de *price squeeze*, visto que esta depende de elementos publicamente conhecidos.

44. A experiência internacional aponta que a metodologia mais adequada para a apuração de práticas de *price squeeze* no mercado de telefonia fixa consiste na comparação entre o preço cobrado pelo acesso às redes locais fixas (insumo adquirido das operadoras locais pelas operadoras de longa distância) e o preço cobrado pelas chamadas de longa distância (produto/serviço final, pelos usuários de serviços de telecomunicações). Dado que, em condições normais de mercado, não se espera que o preço de um insumo supere o preço do produto final para o qual aquele insumo é utilizado, caso as tarifas de acesso às redes locais (TU-RL, ou tarifa de interconexão) sejam maiores do que o preço das chamadas de longa distância, então poder-se-á concluir pela existência de *price squeeze*. Adicionalmente, pode-se buscar indícios da prática de *price squeeze* a partir da comparação entre o valor cobrado a título de interconexão e os custos envolvidos na utilização da rede local – caso o valor cobrado seja significativamente superior aos custos (considerados aí custos de manutenção, gerenciamento, *billing*, etc.), pode-se inferir a prática de aumento artificial dos custos dos rivais.¹⁸ Neste ponto, ressalte-se que a prática de *price squeeze* prejudica não só os concorrentes, mas sobretudo a própria concorrência, pois desincentiva investimentos e conduz ao uso ineficiente de “facilidades” (infra-estruturas) relevantes. Além disso, essa prática vai de encontro aos interesses dos usuários finais dos serviços de telefonia de longa distância, haja vista que tem o condão de reduzir a competição nesse mercado e distorcer decisões economicamente eficientes.¹⁹

45. A primeira metodologia, embora possa ter por base as tarifas das próprias representantes, contrastadas com os valores de TU-RL que lhes são cobrados, é mais

¹⁸ Tal metodologia, porém, mostra-se de aplicação mais complexa, visto que os custos de utilização da rede local não são tão facilmente determinados quanto as tarifas cobradas do usuário final.

¹⁹ Para maiores detalhes, ver o texto “Imputation rules and a vertical price squeeze”, de Stephen King (University of Melbourne) e Rodney Maddock (Business Council of Australia).

bem fundamentada quando se dá entre as tarifas da representada com os valores que esta cobra, a título de TU-RL, de suas concorrentes. Isto porquê, caso fique demonstrado que o preço cobrado pela Telefônica pelo insumo “interconexão” é maior do que o preço que ela cobra pela realização de chamadas de longa distância, então restará evidente que o valor de TU-RL cobrado pela representada é alto o suficiente para distorcer a competição no mercado de STFC longa distância, visto que sequer a Telefônica poderia ter rentabilidade se incorresse nos mesmo custos que impõe a seus competidores - a prática de *price squeeze*, aumento artificial dos custos dos rivais, restará então plenamente demonstrada.

46. A comparação entre as tarifas finais e a TU-RL é complexa, pois ambas são variáveis. Quanto à última, a ANATEL fixa um teto de TU-RL para cada operadora. Os valores, entretanto, giram em torno de R\$ 0,05 por minuto de interconexão, com variações de apenas décimos de centavos entre uma e outra, para mais ou para menos. Desta forma, a título de economicidade, assumiremos uma TU-RL de R\$ 0,05/minuto em todos os casos, supondo ainda que neste valor já estejam embutidos os impostos correspondentes. As tarifas ao usuário final também variam, de acordo com a operadora, com a unidade da federação, com o degrau tarifário (distância entre os dois pontos de uma chamada), com o horário da chamada e com o plano de pagamento escolhido. Será considerado apenas o plano básico, i.e., o plano simples, que contempla apenas os descontos previstos na regulação, sem impostos.²⁰ Serão consideradas, ainda, as diferentes tarifas cobradas de acordo com o horário,²¹ com o dia da semana e com o

²⁰ Tal opção se justifica pela pouca penetração dos planos alternativos junto aos usuários, no presente.

²¹ Os horários de tarifação para as chamadas de longa distância são os seguintes:

horário/dia	domingo	2ª feira	3ª feira	4ª feira	5ª feira	6ª feira	sábado
00:00 - 5:59	super-red.	super-red.	super-red.	super-red.	super-red.	super-red.	super-red.
6:00 - 6:59	reduzida	reduzida	reduzida	Reduzida	reduzida	reduzida	reduzida
7:00 - 8:59	reduzida	normal	normal	Normal	normal	normal	normal
9:00 - 11:59	reduzida	diferenciada	diferenciada	Diferenciada	diferenciada	diferenciada	normal
12:00 - 13:59	reduzida	normal	normal	Normal	normal	normal	normal
14:00 - 17:59	reduzida	diferenciada	diferenciada	Diferenciada	diferenciada	diferenciada	reduzida
18:00 - 20:59	reduzida	normal	normal	Normal	normal	normal	reduzida
21:00 - 23:59	reduzida	reduzida	reduzida	reduzida	reduzida	reduzida	reduzida

Fonte: ANATEL.

degrau tarifário da chamada.²² Por fim, a Telefônica opera apenas no Estado de São Paulo (Região III), de modo que há apenas uma matriz tarifária a considerar. As células sombreadas representam os horários/degraus tarifários onde o valor da chamada, para a operadora que a completa, é inferior ao custo de 2 x TU-RL (visto que a TU-RL é paga duplamente, na origem e no destino da ligação):²³

Matriz 1 - Região III (São Paulo)		Valores em R\$ por minuto, sem impostos			
		Horário de tarifa			
Degráu	Distância Geodésica	Diferenciada	Normal	Reduzida	Super-reduzida
D1	Até 50 km	0,152075	0,03243	0,037996	0,018977
D2	De 50 a 100 Km	0,242718	0,07602	0,060669	0,030331
D3	De 100 a 300 Km	0,332983	0,12134	0,083244	0,041615
D4	Acima de 300 Km	0,391097	0,24342	0,121702	0,060844

Fonte: site da Telefônica - <http://www.telefonica.net.br/sp/fprecos.htm>.

47. Nota-se, pela matriz acima, que a Telefônica, caso incorresse nos mesmos custos que impõe às suas concorrentes, teria prejuízo na realização de chamadas:

- ➔ dentro do degrau tarifário D1, nos horários de tarifação normal, reduzida e super-reduzida;
- ➔ dentro do degrau tarifário D2, nos horários de tarifação reduzida e super-reduzida; e
- ➔ dentro dos degraus tarifários D3 e D4, no horário de tarifação super-reduzida.

48. Não se pode assumir, entretanto, que nos demais horários e degraus tarifários a rentabilidade fosse positiva, pois a TU-RL não é, naturalmente, o único custo em que as operadoras incorrem na prestação do STFC longa distância. Há, ainda, os custos de cobrança dos usuários (*billing*), manutenção da rede própria (i.e., de longa distância) e, em alguns casos, o pagamento de tarifa de uso de rede interurbana (TU-RIU, em determinados trechos onde a representante não tenha rede própria de longa distância). Logo, é razoável supor que, pelo menos nas células onde o valor da tarifa paga pelo usuário excede por poucos centavos o valor de 2.TU-RL (R\$ 0,10), a representada

²² O chamado “degrau conurbado” (DC), correspondente às chamadas cursadas entre áreas vizinhas ou conurbadas, é monopólio, por decisão regulatória, das concessionárias locais, de modo que não será considerado nesta análise.

também teria prejuízo (especialmente no degrau D3, tarifa reduzida), caso fosse obrigada a pagar pelo acesso às redes locais. Todavia, é plenamente aceitável imaginar, como dito anteriormente, que a representada teria prejuízos em outras células também.

49. Fica claro, desta forma, que em diversos horários/degraus de tarifação o preço do insumo (interconexão) é maior ou apenas ligeiramente menor do que o preço do produto final (chamadas de longa distância). Os indícios apontam, portanto, para a confirmação da denúncia das representantes, i.e., o abuso pelas representadas de sua posição dominante no mercado *upstream* (mercado do insumo “interconexão” ou “acesso à rede local”) para aumentar os custos dos rivais no mercado *downstream* (mercado do produto/serviço “STFC longa distância”), na tentativa de estender seu poder de mercado a este último. Cabe, adicionalmente, verificar qual a relação existente entre os valores que a Telefônica cobra a título de interconexão e quais os custos de utilização das redes locais. O quadro 2, abaixo, apresenta uma estimativa dos custos médios de manutenção de um “acesso local”, ou seja, de uma linha telefônica (residencial, comercial e tronco), desde o usuário final até a central telefônica da operadora detentora da rede:

Quadro 2

Custos de manutenção de um “acesso local” (excluindo-se *billing*) / por mês*

Custos de manutenção da rede externa	R\$ 1,50
Custos de manutenção da rede interna	R\$ 1,50
TOTAL	R\$ 3,00

Fonte: dados da ABEPREST – Associação Brasileira dos Prestadores de Serviços em Telecomunicações.

* Nesses custos, estão incluídos: pessoal e respectivos encargos trabalhistas, material de consumo, veículos com combustível e manutenção, ferramentas, gerenciamento, logística de materiais, etc. Inclui ainda atividades em equipamentos, infra-estrutura (prédios, torres, ar condicionado e energia CC e CA), centro de despachos, suporte técnico, etc.

50. Tomando-se como exemplo um hipotético usuário residencial que realize 2 chamadas de longa distância por semana (para cidades dentro da mesma região de concessão), com duração de 30 minutos cada uma e por qualquer operadora que não seja

²³ Como não foi possível obter os valores sem os impostos, assumiu-se uma carga tributária semelhante às das regiões I e II e deduziu-se o respectivo percentual dos valores com impostos.

a incumbente local, tem-se que esta arrecada, da operadora de longa distância utilizada por aquele usuário (e escolhida por meio de seu respectivo CSP – Código de Seleção de Prestadora), cerca de R\$ 24,00 mensais a título de TU-RL. Assim, dado que: (i) os custos totais de manutenção de cada acesso local é de R\$ 3,00 mensais; (ii) a maior parte do tráfego que passa pelas redes locais é tráfego local (e não de longa distância); (iii) a assinatura básica de uma linha fixa residencial - que deveria servir precisamente para custear as despesas com manutenção da rede - gira em torno de R\$ 30,00 mensais; e (iv) além da assinatura básica, a rede local é remunerada pela tarifação dos pulsos que excedem a franquia mensal; conclui-se que os valores atuais da TU-RL encontram-se muito acima dos custos representados pelo tráfego de longa distância através das redes locais. Embora não se tenham incluído aqui os custos com faturamento (*billing*), parece improvável que tais dispêndios sejam de tal monta que justifiquem a manutenção da TU-RL nos níveis atuais. Tal conclusão é reforçada pela própria argumentação da representada, quando afirma que parte das receitas com TU-RL é direcionada para o financiamento dos usuários não-rentáveis, como forma de cumprir as metas de universalização vigentes. Ora, se há receita a ser transferida para outra atividade, então fica claro, incontestemente, que a receita auferida com a cobrança de interconexão é superior aos respectivos custos. Como atestam King & Maddock:

A 'price squeeze' refers to any anti-competitive retail pricing that is made possible as a result of any divergence between access prices and access costs. Thus, the potential for a price squeeze arises when (1) an integrated firm supplies an essential input to its non-integrated competitors and (2) when the marginal access prices charged by the integrated firm is set above the true marginal cost, or when any lump-sum access fee exceeds its true cost. These conditions will be commonly found together since an integrated firm with a monopoly over an upstream stage of production will generally find it profitable to set access prices above the true cost of access.²⁴

51. Tem-se, portanto, que fica caracterizada a conduta anticompetitiva da representada, na medida em que esta cobra de seus concorrentes, pelo acesso às suas redes locais, valores que: (i) estão significativamente acima dos custos de prestação deste

²⁴KING, S. & MADDOCK, R. *Imputation rules and the regulation of anti-competitive behaviour in telecommunications*. 1999. Parte A - pág. 2.

serviço; e (ii) tornam a rentabilidade dos concorrentes negativa em diversos graus/horários tarifários.

8. DA RECOMENDAÇÃO

52. A política de interconexão tem sido sempre uma questão sensível para as autoridades reguladoras em todo o mundo, uma vez que a qualidade desta política é um elemento vital para assegurar a possibilidade de competição no mercado de telecomunicações, mas também, ao mesmo tempo, uma área extremamente exposta aos efeitos da existência de uma elevada assimetria de informação entre as empresas reguladas e os entes reguladores.

53. Este cenário é agravado pelo fato de que a elevada dinâmica tecnológica vigente no setor age no sentido de exacerbar a sempre presente possibilidade de incompletude dos contratos e marcos regulatórios, possibilitando às empresas reguladas criar expedientes que lhes permitam explorar pontos omissos pela regulação do setor, o que colabora para elevar a complexidade da tarefa regulatória.

54. A literatura mostra que há uma certa flexibilidade em que pode incorrer a autoridade reguladora quanto ao grau de detalhamento da política de interconexão, dependendo dos objetivos que a autoridade quer maximizar²⁵. No contexto brasileiro do setor de telecomunicações, entretanto, a estrutura de mercado existente atualmente, em que as empresas incumbentes desfrutam de elevado poder de mercado em suas áreas de concessão, sugere fortemente que as autoridades regulatórias não têm outra alternativa senão adotar uma postura mais ativa na supervisão do setor no intuito de criar manei-

²⁵ Em particular há alguns *trade-offs* de natureza distinta, mas interligada. Um diz respeito ao grau de detalhamento do marco regulatório, pois quanto mais específico ele for, tende a ser maior o grau de padronização e uniformização entre as redes, diminuindo assim a diversidade estrutural e tecnológica do setor até uma magnitude abaixo do que seria o ponto ótimo. O segundo *trade-off* é entre a desejabilidade de uma competição “via facilidades” vis a vis uma competição “via *unbundling*”. Uma regulação muito específica e favorável ao *unbundling* propiciará menores incentivos para que os agentes econômicos venham concorrer pela construção de mais infraestrutura de acesso. A esse respeito, entretanto, sem dúvida deve haver um entendimento caso a caso. Por exemplo, a maioria dos analistas tende a acreditar que dado o atual estágio tecnológico na telefonia local, a duplicação da infraestrutura de acesso seria uma solução socialmente ineficiente (o chamado “*overbuilding*”, isto é a construção de uma rede sobre outra já preexistente).

ras de tentar superar as assimetrias informacionais que permeiam a relação entre regulados e ente regulador.

55. Sem dúvida o próprio marco regulatório das telecomunicações, tal como plasma na Lei Geral de Telecomunicações, foi elaborado tendo em mente vários problemas do gênero, dos quais já há um alentado testemunho derivado da experiência internacional na regulação do setor. Por exemplo, o marco regulatório brasileiro contemplou a idéia de uma assimetria regulatória, estabelecendo, em vários momentos, condições mais favoráveis para os entrantes do que para os incumbentes. Tal assimetria regulatória seria importante para dar um ímpeto inicial ao processo competitivo nesses mercados, assegurando às empresas entrantes um mínimo de condições competitivas (isto é, um “*ticket*” para a entrada no mercado). Até agora, entretanto, os vários problemas que cercam a questão do acesso à última milha²⁶ não têm permitido que a estratégia da regulação assimétrica exiba muito sucesso, pelo menos quando medido em termos de participação no mercado das empresas entrantes.

56. Em geral, autoridades reguladoras ao redor do mundo têm estabelecido um “pacote” de medidas que seriam talvez suficientes para aumentar o grau de competição no setor, aliviando o problema da interconexão, englobando a questão das tarifas, da igualdade de acesso, da portabilidade numérica, da transparência de custos e da separação contábil, medidas essas que a própria Anatel implementou ou pretende implementar em futuro próximo. Algumas destas medidas exigirão grande esforço por parte da agência reguladora. Em particular, há uma necessidade urgente de que a questão da determinação da tarifa de interconexão pelo custo incremental de longo prazo seja solucionada rapidamente de forma a eliminar a possibilidade de ilícitos concorrenciais. Como diz Eduardo Boulos:

²⁶ Derivados, inclusive, do malogro da alternativa da tecnologia WLL (“wireless local loop”) com a qual a Anatel esperava poder contrabalançar o poder de mercado das concessionárias do serviço de telefonia local na última milha: “A Anatel, visando balancear as condições de operação entre incumbentes e entrantes, criou uma reserva temporária de mercado (até 2001), para os entrantes, da tecnologia wireless local loop (WLL). Até essa data, salvo se não houver interesse dos novos operadores do segmento de telefonia fixa em suas respectivas áreas de atuação, os incumbentes não poderão fazer uso dessa alternativa tecnológica. Com essa cláusula, incluída nos contratos de concessão desses agentes, a Anatel demonstra a sua aposta no potencial da tecnologia WLL para contestar o mercado das in-

O Regulamento Geral de Interconexão, aprovado pela Resolução ANATEL no 40, de 23 de julho de 1998 (“RGI”), é o documento que confere os contornos regulatórios básicos à interconexão. Apesar de cuidar de muitas questões importantes, a remuneração pelo uso das redes na interconexão foi tratada pelo RGI através de remissão à regulamentação específica de preços. Em relação às redes de STFC, a matéria é hoje regulada pela Resolução ANATEL no 33, de 13 de julho de 1998, que fixa genericamente determinados valores máximos a serem cobrados.

Aí é que reside o problema. A regulação por preços máximos de forma tão genérica (e isso é evidente) não é suficiente para atender a lei. A lei só será plenamente atendida se, caso a caso e constantemente, os preços forem mantidos em patamar estritamente necessário à prestação do serviço, segundo exige o art. 152 da LGT. Havendo qualquer espécie de descompasso entre os preços efetivamente cobrados e aqueles estritamente necessários a prestação do serviço, há ilegalidade. Além de ferir claramente o disposto na lei, esvazia o fim do dispositivo, que é estimular a competição.²⁷

57. Um elemento importante a ser enfatizado na questão das medidas de promoção da competição, principalmente quanto à questão da transparência de custos, da igualdade de acesso e da separação contábil, é evitar a confusão entre os conceitos de observabilidade e verificabilidade²⁸. No contexto de uma situação regulatória muitas vezes a mera observação de um fato não é suficiente, há a necessidade de que tal fato seja verificável.

58. Em particular, existem diversas formas de discriminação de acesso que demandam grande perícia e habilidade do ente regulador no sentido de verificar sua existência ou inexistência. Além do aumento do custo dos rivais, cuja verificação exigiria idealmente o acesso aos dados de custo, há também a questão da degradação da qualidade da prestação do serviço pelo concorrente, ou da apropriação de informações sensíveis sobre os clientes dos concorrentes.

cumbentes.”(Cf.. “Políticas Regulatórias no Setor de Telecomunicações: A Experiência Internacional e o Caso Brasileiro”, Textos Para Discussão no. 71, BNDES, José Cláudio Linhares Pires, 1999).

²⁷ Eduardo Alfred Taleb Boulos, “Concorrência e regulação no serviço telefônico fixo comutado – um balanço”, in A Regulação da Infra Estrutura no Brasil – Balanço e Propostas”, Bolivar Moura Rocha (org), Levy&Salomao Advogados e Thomson-IOB, 2003.

²⁸ Cf. Tirole, J: “The Theory of Industrial Organization”. The MIT Press. 1988.

59. Portanto, tudo isto considerado, esta Secretaria acredita que mesmo tendo-se progredido muito na promoção da concorrência no setor de telecomunicações, restam pontos a serem aprimorados, principalmente no que diz respeito à verificabilidade de atos que possam ser tipificados como levando a uma discriminação de acesso. Isto deve ser levado especialmente em conta quando se trata da possibilidade, por exemplo, de aumento artificial dos custos dos rivais por meio da cobrança de tarifas de interconexão que, sabidamente, tornam a operação dos concorrentes não-rentável em diversas situações.

60. Assim sendo, esta Secretaria recomenda ao CADE:

(i) que aplique à representada as penalidades que julgar cabíveis, dada a infração à ordem econômica, acima tipificada e demonstrada; e

(ii) que sugira à ANATEL o estabelecimento de normas que viabilizem a verificabilidade dos eventos relatados pelas concessionárias e permissionárias, através de auditorias periódicas e da instalação de sistemas informatizados que permitam monitoramento constante pela ANATEL (a exemplo dos sistemas existentes em outras autarquias fiscalizadoras como o Banco Central e a SUSEP).

À consideração superior

THIAGO VEIGA MARZAGÃO

Assistente

MÁRIO SÉRGIO ROCHA GORDILHO JÚNIOR

Coordenador de Mídia e Convergência Digital

MARCELO DE MATOS RAMOS

Coordenador-Geral de Comércio e Serviços

LUIS FERNANDO RIGATO VASCONCELLOS

Secretário-Adjunto

De acordo.

JOSÉ TAVARES DE ARAUJO JUNIOR

Secretário de Acompanhamento Econômico