



2º LUGAR - DEFESA DA CONCORRÊNCIA E PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA
AUTOR: RICARDO LEAL DE MORAES
PORTO ALEGRE - RS

**O PAPEL E OS LIMITES DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR DE
TELECOMUNICAÇÕES: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DA COMUNIDADE
EUROPÉIA E CONTRIBUIÇÕES PARA A REALIDADE BRASILEIRA**

RESUMO

O setor de telecomunicações possui características próprias e passou por grandes transformações nos últimos anos. A maioria dos países superou o entendimento de que o setor constitui um monopólio natural e implementou, ou pelo menos está implementando, a concorrência em seus mercados. O presente trabalho é focado na investigação de como se deu a promoção da concorrência no setor de telecomunicações, a fim de se analisar as alternativas que se apresentam para sua disciplina em uma realidade competitiva, especialmente no que tange ao papel que a defesa da concorrência poderá desempenhar, adquirindo espaço outrora dominado pela regulação econômica. Inicialmente é analisada a experiência da Comunidade Européia de liberalização da concorrência no setor de telecomunicações, e nas alternativas que se apresentam para sua disciplina no futuro, sob o enfoque do papel e dos limites da defesa da concorrência. A partir dos resultados encontrados, é analisado o setor de telecomunicações brasileiro, sendo apontadas contribuições, a partir da experiência comunitária, para a evolução da forma de disciplina das telecomunicações no Brasil. Neste trabalho é demonstrado que, em mercados de telecomunicações competitivos, há espaço para a aplicação concomitante do direito concorrência e da regulação específica do setor, cada um com seu âmbito de aplicação próprio e sujeito à atuação das autoridades da concorrência e reguladora, respectivamente. É demonstrado que a defesa da concorrência possui seu papel nas telecomunicações e que este reside no tratamento do setor enquanto uma atividade econômica específica, com atividades inerentemente concorrenciais. Também é demonstrado que a defesa da concorrência no setor possui limitação no que toca a aspectos mais técnicos e peculiares do setor, os quais devem continuar sendo disciplinados pela regulação setorial específica.

PALAVRAS-CHAVE: defesa da concorrência, telecomunicações, Comunidade Europeia, Brasil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 IMPLEMENTAÇÃO E PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA NAS TELECOMUNICAÇÕES NA COMUNIDADE EUROPÉIA	11
2 ALTERNATIVAS PARA A DISCIPLINA DO SETOR NA COMUNIDADE EUROPÉIA: O PAPEL E OS LIMITES DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	26
<i>2.1 Alternativa de aplicação exclusiva do direito da concorrência.....</i>	<i>28</i>
<i>2.2 Alternativa da concomitante aplicação de regulação setorial específica</i>	<i>35</i>
<i>2.3 Síntese das alternativas analisadas: tentativa de identificação do papel e dos limites da defesa da concorrência nas telecomunicações comunitárias</i>	<i>42</i>
3 CONTRIBUIÇÕES PARA O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRO	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O setor de telecomunicações¹ possui importante e peculiar característica dúplice, que recomenda seu estudo particular e vem lhe assegurando crescimento cada vez mais destacado em âmbito global. Além de constituir atividade econômica específica, que por si só já possui significativo relevo, o setor também se apresenta como um meio pelo qual inúmeras outras atividades (econômicas e sociais) desenvolvem-se².

Esta segunda característica ganhou ainda mais destaque na atual sociedade pós-moderna e da informação³, na qual setores importantes como educação⁴, saúde⁵ e

¹ Considerando-se como telecomunicações “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos” (Convênio Internacional de Telecomunicações de Nairobi. *Anexo II*, 1982. Disponível em: <<http://www.itu.int>> Acesso em: 26 nov. 2006).

² Esta natureza dúplice foi reconhecida internacionalmente pela Organização Mundial do Comércio: “Recognizing the specificities of the telecommunications services sector and, in particular, its dual role as a distinct sector of economic activity and as the underlying transport means for other economic activities, the Members have agreed to the following Annex...” (Organização Mundial do Comércio. *Anexo Sobre Telecomunicações*, item 1, 1994. Disponível em: <<http://www.itu.int>> Acesso em: 26 nov. 2006).

³ “...entende-se que na Sociedade da Informação as tecnologias de comunicação, de computação e de informação, em especial da Internet, servem de base para uma nova indústria de software, de serviços de informação, de mídia e processamento de conhecimentos habilitadores, essenciais a todas as outras indústrias e serviços.” (WACHOWICZ, Marcos. *Desenvolvimento Econômico e Tecnologia da Informação*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 88).

⁴ “Neste domínio, entra em cena o programa eLearning, que coordena as atividades nacionais de modernização dos nossos sistemas de ensino e formação vocacional. O objectivo é que os estudantes, no fim dos seus estudos, tenham adquirido cultura informática e que os trabalhadores tenham direito a uma aprendizagem ao longo da vida, de modo a poderem acompanhar a revolução da Internet nos seus locais de trabalho.

Este movimento de modernização oferece às crianças e aos estudantes oportunidades de ensino em linha que muitas bibliotecas de escolas e universidades não poderiam oferecer de outro modo e nunca em quantidade necessária.” (UNIÃO EUROPÉIA. *i2010 – A European Information Society for growth and employment*. COM(2005) 229. 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006).

⁵ “As tecnologias digitais estão a tornar se essenciais para a gestão da saúde a todos os níveis — do médico de família ao Ministério da Saúde. Com elas é possível reduzir custos, prestar cuidados de saúde à distância e tornar os registros clínicos acessíveis para as pessoas que necessitam de os consultar. Tal evitará uma duplicação desnecessária de esforços. Por exemplo, será desnecessário fazer duas vezes o mesmo exame médico só porque dois médicos diferentes necessitam da mesma informação.” (Ibidem).

comércio⁶, e mesmo as relações pessoais, demandam produtos e tecnologias inovadores. Tudo para satisfazer a crescente necessidade de informações e comunicações extremamente rápidas (senão instantâneas) e de altíssima qualidade, transformando as telecomunicações em setor básico e fundamental para qualquer Estado⁷. Este papel fulcral das telecomunicações para diversos setores da sociedade, além de há muito já ser pugnado e defendido, inclusive em âmbito internacional⁸, recentemente tem sido reconhecido como essencial para o desenvolvimento dos países e a elevação da qualidade de vida de seus habitantes⁹.

Esta importância também está refletida em diversos indicadores do setor. Assim, por exemplo, a União Internacional de Telecomunicações¹⁰ informa que o valor total arrecadado pelas principais empresas do setor no mundo passou de cerca de 500 bilhões de dólares em 1990, para aproximadamente 1,5 trilhão de dólares em 2003. Também se destaca a informação de que, ao final do ano de 2005, a produção e a utilização do setor foram

⁶ “Para terem êxito no actual mercado mundial, as empresas apoiam-se nas tecnologias da informação e das comunicações para contactar com os seus clientes e fornecedores, efectuar a contabilidade, dirigir instalações fabris ou apresentar declarações de impostos.

Assim, as tecnologias da informação e das comunicações (TIC) tornaram-se ‘tecnologias difusoras’. Por outras palavras, servem de suporte à competitividade e facilitam o funcionamento de todos os sectores da economia. Deste modo, a utilização crescente das TIC fomenta o crescimento e a competitividade.” (Ibidem).

⁷ No mesmo sentido: “Note-se que as telecomunicações representam infra-estrutura indispensável às operações comerciais, sejam elas nacionais ou internacionais, na medida em que facilitam os investimentos, aperfeiçoam os serviços ao consumidor e reduzem custos, aumentando a produtividade em todos os setores da economia. Por tais razões, as telecomunicações tornaram-se um setor estratégico para qualquer país – ou grupo de países – que pretenda dotar-se de vantagens comparativas neste próximo milênio...” (GAMA E SOUZA JUNIOR, Lauro da; MARQUES, Frederico Magalhães. Concorrência e Regulação no Setor de Telecomunicações. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 576).

⁸ “We will use this [Global Information Infrastructure] to help our respective economies and to promote health, education, environmental protection, and democracy...” (GORE, Al. Discurso proferido na conferência realizada na União Internacional de Telecomunicações. Setembro de 1994. Disponível em: <<http://www.itu.int>> Acesso em: 26 nov. 2006.

⁹ Nesse sentido, veja-se: UNIÃO EUROPÉIA. *i2010 – A European Information...*

¹⁰ A União Internacional de Telecomunicações, com sede em Genebra, é a agência da Organização das Nações Unidas especializada em telecomunicações. Criada a partir da União Telegráfica Internacional, conta atualmente com 191 países-membros e com centenas de entidades particulares que também a integram. Veja-se, para maiores esclarecimentos, o website da UIT <<http://www.itu.int>>.

responsáveis por cerca de 40% do crescimento da produtividade e um quarto do crescimento geral da União Européia¹¹.

Como não poderia ser diferente, acompanhando este relevo que as telecomunicações vêm constantemente adquirindo, com os seus conseqüentes reflexos em toda a sociedade, também ganha importância o seu adequado estudo acadêmico. Especialmente no que tange às impactantes reformas implementadas no setor a partir de 1986¹², as quais, em grande medida, continuam em andamento.

Durante um longo período, todo o setor de telecomunicações foi considerado e tratado como monopólio natural¹³. Acreditava-se que uma única empresa poderia satisfazer a integralidade da demanda em um país de forma mais satisfatória (em termos de eficiência e de custos) do que se houvesse outras empresas concorrentes. Assim, à exceção principalmente dos Estados Unidos da América, que mantiveram o setor sob monopólio privado, quase que a integralidade dos demais Estados, inclusive o Brasil¹⁴, mantiveram-no

¹¹ UNIÃO EUROPÉIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre regulamentação e mercados europeus das comunicações electrónicas em 2005*. COM(2006) 68. 20 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 31 mai. 2007. p. 3.

¹² Apesar de inúmeras reformas terem sido iniciadas no setor anteriormente a tal data, refere-se o ano de 1986 como marco, pois foi quando a AT&T (empresa que detinha o monopólio dos serviços, terminais e equipamentos de telecomunicações nos Estados Unidos da América, denominado de *Bell System*) foi desmembrada em sete empresas regionais (denominadas de *Bell Operating Companies*), que passaram a atuar no serviço de telefonia local, continuando a AT&T a atuar nos demais serviços e nos equipamentos de telecomunicações (Cf. KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Publishers, 2001. p. 149).

¹³ “O monopólio natural corresponde, na maioria das vezes, uma atividade em que os custos de produção fixos, representados, sobretudo, pela maquinaria, instalações e base territorial, são desproporcionalmente elevados em relação aos custos variáveis [...] E aí os custos unitários de uma única empresa – em determinado nível absorvível pelo mercado – são decrescentes, à medida que sua produção aumenta, seguindo essa tendência até alcançar toda a produção do mercado. Seus custos, em regime de monopólio, são assim inferiores àqueles em que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois a alta proporção dos custos fixos exige a produção em grande escala e o mercado, somente, absorve a oferta de uma empresa, nesse nível de produção. Seriam, pois, as próprias condições estrutural-tecnológicas desses setores a impedirem a sua organização, em regime de concorrência.” (MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 122-123).

¹⁴ “Os serviços de telecomunicações encontravam-se, até então, submetidos a um regime de exploração monopólica sob a titularidade da própria União Federal, sendo operados, em sua quase totalidade, por intermédio das empresas pertencentes ao Sistema Telebrás. As exceções ficavam por conta de quatro empresas independentes que resistiram à política de integração ao sistema de monopólio federal.”

(serviços e infra-estruturas) sob monopólio público, sendo vedada e/ou impossibilitada a concorrência¹⁵. Nesta realidade, os Estados normalmente assumiam apenas a função de regular os monopólios, sem se preocupar com o estabelecimento da concorrência.

No entanto, a partir da década de 1980, uma série de fatores e circunstâncias começou a desconstituir este entendimento consolidado acerca da existência de monopólios naturais, podendo-se destacar, exemplificativamente: (i) aumento significativo de demanda não atendida pelos monopólios, em especial por novos e melhores serviços, incluindo transmissão de dados; (ii) sucessão de inovações tecnológicas¹⁶ (como digitalização das redes e dos serviços, utilização de fibras óticas, massificação e barateamento da utilização de microondas e satélites), possibilitando a primeira fase de convergência (entre as telecomunicações e a informática) e viabilizando o desenvolvimento de infra-estruturas alternativas no setor; (iii) globalização e reorganização de economias nacionais, possibilitando maiores abertura de mercados e participação de capital privado, inclusive estrangeiro; e (iv) visualização de que as forças de mercado, viabilizadas pela concorrência, poderiam auxiliar na redução de preços e na melhoria da qualidade dos produtos e serviços¹⁷. Como consequência, passou-se a vislumbrar a viabilidade da

(RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações: a Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 21).

¹⁵ "For a long time, the telecommunications market was considered a natural monopoly: it was deemed more efficient that a single company provided all the services, using its own network. The question did not therefore arise as to the need to identify ways through which other providers could be allowed to enter the market." (PERRUCCI, Antonio; CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, v. 21, n. 6, 1997. p. 494).

¹⁶ "O desenvolvimento tecnológico, tratado alhures, derrubou a teoria do monopólio natural dos serviços de telecomunicações, pois agora, por exemplo, pode-se transmitir a telefonia por radiofrequência, reduzindo sobremaneira os custos de instalação de uma rede." (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Direito das Telecomunicações e ANATEL*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 301).

¹⁷ Veja-se, neste sentido: GAMA E SOUZA JUNIOR; MARQUES, Concorrência e Regulação..., p. 580. LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. XXXVI. BRAUN, Jeans-Daniel; CAPITO, Ralf. The emergence of EC telecommunications law as a new self-standing field within community law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 51. JASINSKI, Piotr. Competition rules and regulations in telecommunications. The case of Poland's intent to join the EU. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. International developments. Westport: Praeger Publishers. 1997. p. 128.

implementação da concorrência no setor e a possibilidade de a sua liberalização transcender os limites normalmente apontados aos regimes monopolísticos¹⁸.

Nesse compasso, países como Estados Unidos da América, Japão¹⁹ e Reino Unido²⁰, acreditando nos benefícios que a liberdade de concorrência no setor poderia trazer, tomaram a dianteira²¹ neste processo de liberalização dos seus mercados nacionais. Posteriormente, tais precursores foram gradativamente sendo seguidos pelos demais países²², inclusive pelo Brasil, que em 1998 promoveu o rompimento do Sistema TELEBRAS. Tratados internacionais também foram firmados no intuito de acelerar este processo, com destaque para Anexo sobre Telecomunicações da Organização Mundial do Comércio²³. Desse modo, atualmente, a grande maioria dos Estados, cada a um a sua maneira, já implementou em grande parte ou está implementando a concorrência no setor²⁴.

BOURREAU, Marc; DOGAN, Pinar. Regulation and innovation in the telecommunications industry. *Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, v. 25, n. 1, 2001. p. 167 et seq. DABLER, Thoralf; PARKER, David; SAAL, David. Economic performance in European telecommunications, 1978-1998: a comparative study. *European Business Review*. v. 14, n. 3, 2002. p. 194 et seq.

¹⁸ Podendo citar-se, igualmente a título exemplificativo: o não atendimento da crescente demanda por serviços mais qualificados, os altos custos dos serviços internacionais (decorrência direta dos limites territoriais de cada monopólio) e a fragmentação das infra-estruturas nacionais.

¹⁹ No Japão, a privatização da *Nippon Telegraph and Telephone* foi iniciada em 1985, e a implementação da concorrência no setor teve início em 1990 (Cf. DABLER; PARKER; SAAL, op. cit., p. 194 et seq.).

²⁰ No Reino Unido, a *British Telecommunications* foi privatizada em 1984, mesmo ano em que a *Mercury Communications* foi autorizada a competir com a BT. O duopólio do mercado permaneceu até 1991, quando as restrições à concorrência foram retiradas (Ibidem, p. 194 et seq.).

²¹ Juntamente com Canadá, Nova Zelândia e Austrália (Ibidem, p. 195).

²² Como, meramente a título exemplificativo, no caso da Argentina (onde a *Empresa Nacional de Telecomunicaciones* foi privatizada em 1990 e a concorrência no setor foi liberalizada em 1998), e da Índia (em que a privatização da empresa estatal monopolista teve início em 1995 e a liberalização do mercado de telefonia fixa ocorreu em 1996). Cf. WU, Irene. Canada, South Korea, Netherlands and Sweden: regulatory implications of the convergence of telecommunications, broadcasting and Internet services. *Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, v. 28, n. 1, 2004. p. 79 et seq. ESCOBAR, Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 75 et seq. URE, John; VIVORAKIJ, Araya. Privatization of telecoms in Asia. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. International developments. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 1 et seq. BEKER, Victor et al. *La telefonía en I a Argentina: de la privatización a la desregulación*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2001. p. 10 et seq.

²³ O qual contemplou a liberdade de concorrência nas telecomunicações e previu compromissos específicos para os Estados signatários que desejaram assumi-los (Cf. FIORATI, Jete Jane. *As telecomunicações nos direitos interno e internacional: o direito brasileiro e as regras da OMC*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 120 et seq.).

²⁴ Inclusive mercados historicamente fechados vêm implementando gradualmente a concorrência, como no caso da China, que em 1994 e 1998 colocou em prática importantes reformas no setor (Cf. YU, Liangchun;

Presentemente, já tendo se passado algum tempo desde as primeiras iniciativas desta liberalização, e estando mais consolidado o entendimento acerca da relevância das telecomunicações para os Estados, observa-se um aumento dos estudos e pesquisas sobre o tema. A grande maioria destes recentes estudos e pesquisas ainda investiga o setor exclusivamente sob o aspecto da regulação econômica, analisando a intervenção setorial existente e a regulação assimétrica que ainda se faz presente.²⁵ O foco destes estudos é compreensível e, inclusive, necessário. Tendo em vista o longo período em que a concorrência não existia, nem mesmo de forma incipiente, nada mais natural do que analisar o setor sob o prisma regulatório.

No entanto, diante do delicado e impactante processo de liberalização da concorrência no setor que está sendo implementado em diversos países, inclusive no Brasil, o qual vem transformando a forma de atuação dos Estados e das empresas nos mercados, bem como vem produzindo seus efeitos nos consumidores e na sociedade em geral, também se faz imprescindível analisar o setor de telecomunicações sob a perspectiva da promoção e da defesa concorrência. Deve-se questionar como os mercados de telecomunicações serão disciplinados, em uma pretendida realidade de atuação em regime de concorrência, a fim de se proporcionar os melhores resultados possíveis para a sociedade. Em especial, faz-se mister analisar os limites da disciplina do setor através da defesa da concorrência, a fim de se investigar até que ponto poder-se-á abicar de uma regulação setorial específica, em uma realidade mais competitiva.

BERG, Sanford; GUO, Qing. Market performance of Chinese telecommunications: new regulatory policies. *Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, v. 28, n. 3, 2004. p. 720 et seq.).

²⁵ Como são exemplos duas monografias premiadas no Prêmio SEAE 2006, exatamente no tema de regulação econômica: BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; ROCHA, Kátia; MOREIRA, Rafael Henrique Rodrigues. *Incertezas, Opções Reais e a Nova Orientação Regulatória das Operadoras de Telefonia Fixa Brasileira: o mark-up sobre o custo de capital*. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/monografias.htm>> Acesso em: 26 jul. 2007. COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. *Judiciário e Regulação Econômica: a judicialização da política tarifária do setor de telecomunicações em 2003*. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/monografias.htm>> Acesso em: 26 jul. 2007.

É este o objetivo do presente trabalho: investigar como se deu a promoção da concorrência no setor de telecomunicações, a fim de se analisar as alternativas que se apresentam para sua disciplina em uma realidade competitiva, especialmente no que tange ao papel que a defesa da concorrência poderá desempenhar, adquirindo espaço outrora dominado pela regulação econômica.

Diante da impossibilidade de, no presente trabalho, realizar tal estudo em âmbito mundial e, ao mesmo tempo, tendo interesse na investigação da realidade nacional, será inicialmente procedido um estudo mais amplo da liberalização da concorrência no setor no mais existoso processo de integração de países.

Assim, em um primeiro momento, o estudo concentrar-se-á na experiência da Comunidade Européia, principalmente porque esta (i) foi o primeiro processo de integração a implementar uma ampla liberalização da concorrência nas telecomunicações, (ii) abrange todos os seus Estados-membros (que atualmente são vinte e sete, o que assegura uma vasta e rica gama de informações teóricas e empíricas, talvez única no presente momento), (iii) afeta gigantesco mercado²⁶, no qual atuam os principais atores mundiais, e, especialmente, (iv) encontra-se em avançado estado de implementação, já existindo mercados nos quais se constata concorrência, o que pode auxiliar nas pesquisas acerca do tema em outros países, inclusive no Brasil.

Como a realidade comunitária não é tão conhecida e trabalhada no Brasil, será inicialmente analisado o que já ocorreu no processo de implementação da concorrência nas telecomunicações na Comunidade Européia, o que facilitará a compreensão acerca da

²⁶ Consoante estimado pela Comissão das Comunidades Europeias, em Comunicação emitida em 2005, a Europa representa cerca de um terço das vendas mundiais do setor, sendo líder em receitas oriundas de comunicações eletrônicas (com aproximadamente 40% deste mercado). O setor também é responsável por 25% do crescimento do Produto Interno Bruto da União Européia e por 40% do crescimento de sua produtividade (Cf. UNIÃO EUROPÉIA. *i2010 – A European Information...*).

evolução da defesa da concorrência no setor. Posteriormente, analisar-se as alternativas e os desafios que atualmente lá se apresentam para sua disciplina, sob o prisma da defesa da concorrência, a fim de se identificar o seu papel e seus limites no setor.

Em um segundo momento, de posse dos resultados obtidos desta investigação inicial, o estudo será voltado para a realidade brasileira. Assim, com uma breve análise do que ocorreu no processo de liberalização da concorrência em nosso país (que desmerecerá maiores aprofundamentos, por já ser conhecida e bem trabalhada por diversos autores nacionais²⁷), analisar-se-á as possíveis contribuições que a experiência comunitária investigada pode proporcionar para o setor de telecomunicações brasileiro, no que tange ao papel e aos limites que a defesa da concorrência pode e/ou deve assumir.

1 IMPLEMENTAÇÃO E PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA NAS TELECOMUNICAÇÕES NA COMUNIDADE EUROPÉIA

Na Comunidade Européia, a liberalização da concorrência no setor de telecomunicações não decorreu exclusivamente dos fatores gerais anteriormente referidos. Tratando-se de um processo de integração, que há muito já visava ao objetivo maior do

²⁷ Como, meramente a título exemplificativo: GAMA E SOUZA JUNIOR, *Concorrência e Regulação no... ESCOBAR, Serviços de telecomunicações...* XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O Regime Especial da Concorrência no Direito das Telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. PEREIRA, Edgard; LAGROTERIA, Eleni. O marco regulatório brasileiro para o setor de telecomunicações e a competição no mercado de telefonia fixa de longa distancia. *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 3, 2004. p. 127-164. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Lei geral de telecomunicações e direito da concorrência. *Interesse Público*. São Paulo: NOTADEZ, n. 22, 2003. p. 13-25. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel. *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 1, 2004. p. 101-126.

mercado comum²⁸, a manutenção dos monopólios no setor seria inclusive impeditiva da consecução de tal objetivo, que pressupõe, dentre outros requisitos, justamente as liberdades fundamentais de circulação de bens e de serviços²⁹ (e também a liberdade de concorrência)³⁰. Assim, a implementação da concorrência nas telecomunicações no espaço comunitário era ainda mais cogente.

Entretanto, existia uma série de fatores e de relevantes interesses antagônicos que tornavam a liberalização da concorrência nas telecomunicações no espaço comunitário um processo delicado e problemático.

Por um lado, o histórico monopolístico do setor havia impedido a formação de uma cultura de concorrência³¹, de forma que não se tinha efetivo conhecimento dos desafios e problemas que teriam de ser enfrentados até a implementação da concorrência, e, especialmente, após a sua consolidação.

Mesmo posteriormente ao caso *British Telecommunications*³², de 1982, no qual o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias pela primeira vez reconheceu a aplicabilidade do direito comunitário da concorrência ao setor de telecomunicações, não houve a quebra dos monopólios estatais e a conseqüente instituição de competição.

²⁸ Conforme explicado por Augusto Jaeger Junior: “Ademais do atingido nos estágios anteriores, um mercado comum requer a liberalização não apenas da circulação de bens, mas também de todos os demais fatores de produção, isto é, as pessoas, os serviços e os capitais, para os quais, a partir de então, não existam obstáculos para entrada e saída no interior de cada Estado-membro. [...] É a fase do processo de integração que prevê as liberdades fundamentais como meta, como ambiente natural [...]. O mercado comum também implica em coordenação de políticas macroeconômicas.” (JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de concorrência na União Européia e no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2006. p. 96).

²⁹ “Para alcançar os fins enunciados no artigo 2.o, a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado: [...] c) Um mercado interno caracterizado pela abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais;” (UNIÃO EUROPÉIA. *Tratado de Roma*. Art. 3º. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006).

³⁰ Cf. JAEGER JUNIOR, *A liberdade de concorrência...*, p. 731.

³¹ Para maiores esclarecimentos sobre criação de uma cultura de concorrência, veja-se MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2006. p. 87 et seq.

³² UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal das Comunidades Europeias. *Caso 41/83. Italy v. Comissão*. 1983. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

Por outro lado, a característica particular das telecomunicações de funcionamento em rede dificultava o surgimento natural de novas empresas no setor, uma vez que ninguém faria uso dos serviços destas, se não houvesse a possibilidade de acessar a infraestrutura já existente para entrar em contato com os demais usuários³³.

Além disso, em geral, em cada Estado-membro já havia sido estabelecida e consolidada uma forte empresa mantida e/ou controlada pelo Poder Público. Com o crescimento da demanda no setor, tais empresas traziam significativas repercussões para as respectivas economias nacionais, razão pela qual os Estados-membros temiam as conseqüências que a implementação da concorrência poderia produzir sobre seus mercados.

Ademais, àquela época as telecomunicações já possuíam significativa importância para toda a sociedade. Apesar dos consumidores, na sua maioria, estarem insatisfeitos com as conseqüências que advinham dos monopólios, também eles se mostravam receosos com a possibilidade de uma eventual queda de produção e/ou qualidade dos serviços e infra-estruturas do setor.

Em face destas circunstâncias e de muitos outros fatores pertinentes ao setor³⁴, concluiu-se que a simples quebra dos monopólios, com a imediata abertura total do mercado, além de poder provocar prejuízos para toda a sociedade, ainda não teria o condão de conduzir, na prática, à concorrência.

³³ Para maiores detalhes, veja-se: KANG, *Communications law...*, p. 101.

³⁴ "Telecommunications network are for good reason called the 'nervous systems' of modern societies, and their strategic importance is beyond doubt. It is also beyond question that some telecommunication services should be provided universally. And lastly, huge amounts of money are at stake. Only after having taken all of this into account, can one try to ask – and answer – the question about how much (and how protected) competition and how much and what kind of regulation should there be." (JASINSKI, *Competition rules...*, p. 129).

Vislumbrou-se que a imediata aplicação do direito comunitário da concorrência não seria capaz de, por si só, razoavelmente superar todas as delicadas e específicas questões envolvidas nos mercados de telecomunicações, tais como, exemplificativamente: a necessidade de universalização de alguns serviços básicos; os interesses específicos de consumidores e de portadores de necessidades especiais; a prevenção e repressão de práticas anticoncorrenciais peculiares ao setor³⁵; a necessidade de incentivo à inovação, especialmente nas etapas iniciais do processo; a importância de desenvolvimento de infra-estruturas alternativas àquelas dominadas pela empresas monopolistas; e a harmonização de padrões técnicos no espaço comunitário³⁶.

Nesse sentido, como uma alternativa menos impactante, a Comunidade Européia optou por realizar um processo gradual de implementação e promoção da concorrência no setor. Este processo consistiu na aplicação concomitante do direito comunitário da concorrência e de normativas específicas do setor³⁷, a serem editadas a fim de impor aos Estados-membros a obrigação de liberalizarem o setor e de solucionarem falhas do mercado, como as acima citadas³⁸.

³⁵ Tais como, por exemplo, imposição de barreiras técnicas ou cobrança de valores excessivos para a interconexão, instituição de subsídios cruzados, atribuições discriminatórias de autorizações e vendas casadas em mercados convergentes.

³⁶ Para maiores esclarecimentos, veja-se: BARTOSCH, Andreas. The liberalisation of european telecommunications and broadcasting markets: the road from monopolies to competition and universal service. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 80 et seq. BLACKMAN, Colin; NIHOUL, Paul; QUECK, Robert. Telecommunications in europe. Quo vadis? *Info – The journal of policy, regulation and strategy for telecommunications information and media*. v. 2, n. 3, jun. 2000. p. 220. BRAUN; CAPITO, The emergence of EC..., p. 60 et seq. CERVIO, Guillermo. *Derecho de las telecomunicaciones*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996. p. 25 et seq.

³⁷ “El derecho de la competencia es un instrumento útil para evitar conductas colusorias y abusos del monopolista, entre ellos el reforzamiento de su posición dominante, pero su eficacia es limitada cuando el objetivo es fomentar activamente el desarrollo veloz de competencia efectiva en el sector. Así pues, el éxito de la liberalización depende de la firme aplicación del derecho de la competencia, pero éste debe ser complementado.” (MONTERO PASCUAL, Juan; SOUTO SOUBRIER, Luis. De la desmonopolización a la competencia efectiva: aplicación de la normativa antitrust comunitaria española en el sector de las telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*. n. 4, parte 2, ago. 1998. p. 28).

³⁸ “One of the main objectives of sector-specific regulation is to ensure an evolution to a self-sustaining pro-competitive market structure in which the firms behave in a competitive manner so that benefits from competition, in terms of lower prices, better quality and extended variety of product choice, are attained.

Outrossim, como cada Estado-membro da Comunidade possuía seu histórico no setor, com suas particularidades, vantagens e dificuldades³⁹, foi preciso implementar um processo passível de ser adaptado à realidade de cada país. A solução encontrada foi a adoção de um sistema de aproximação legislativa⁴⁰, através da edição de diretivas⁴¹, uma peculiar espécie comunitária de ato legislativo, pela qual é estabelecida meta regional comum, que vincula todos os Estados-membros, mas que possibilita a cada um deles escolher a forma que melhor lhe aprouver para sua implementação, no respectivo prazo assinalado⁴².

O marco inicial da liberalização da concorrência ocorreu em 1987, quando a Comissão das Comunidades Europeias publicou o *Green Paper*⁴³ *on the development of a common market for telecommunications services and equipment*⁴⁴, suscitando uma série de medidas que deveriam ser adotadas a fim de se implementar a concorrência no setor.

Another important objective of regulation is to attain the maximal market growth in terms of both volume and value so that markets achieve both lower costs and new products." (BOURREAU; DOGAN, Regulation and innovation..., p. 168).

³⁹ Portugal e Espanha, por exemplo, encontravam-se com os respectivos setores de telecomunicações defasados, se comparados com países como Alemanha e Reino Unido.

⁴⁰ Sobre harmonização legislativa, veja-se: JAEGER JUNIOR, *A liberdade de concorrência...*, p. 199 et seq.

⁴¹ "Para o desempenho das suas atribuições e nos termos do presente Tratado, o Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adoptam regulamentos e directivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres. [...] A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios." (UNIÃO EUROPÉIA, *Tratado de Roma*, art. 249).

⁴² "As diretivas, por sua vez, são atos emitidos pelo Conselho ou pela Comissão que vinculam o Estado-membro quanto ao resultado a ser alcançado. Deixa-se, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios de implementação do seu conteúdo no ordenamento interno. Assim, é ato pelo qual a autoridade competente determina resultado a ser alcançado, no interesse comum.

Ao contrário dos regulamentos, que visam uma uniformização, estes atos normativos são mais flexíveis, e buscam apenas uma espécie de harmonização comunitária. Ambicionam uma aproximação das legislações nacionais. Dão liberdade aos Estados-membros quanto à forma e aos meios pelos quais deverá ser atingido um determinado objetivo." (JAEGER JUNIOR, Agosto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 189).

⁴³ "Green Papers are consultative documents aimed at eliciting views from interested parties on policy issues prior to the preparation of proposals for Community legislation. Such papers may thus stop short taking position, and instead set out the relevant policy options in as a neutral manner as possible. However, the underlying purpose is to signal the need for change in the face of technological and/or market developments..." (BERBEN, Cor; CLEMENTS, Bernard. *The European framework for competition in telecommunications. The benefits for peripheral countries. Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, v. 19, n. 4, 1995. p. 276).

⁴⁴ "In general, an open, competitive market for new service providers and terminal manufacturers can make a substantial contribution to the rapid spread of new services, under the current conditions of rapid development

A partir deste marco, foi iniciada a primeira etapa da liberalização, que deveria ser internalizada pelos Estados-membros até 1992. Com base no artigo 86 do Tratado de Roma⁴⁵, a Comissão inicialmente editou diretiva liberalizando a concorrência no mercado de equipamentos utilizados pelos consumidores⁴⁶. Também foi determinado que, dentre os serviços de telecomunicações, os Estados-membros somente poderiam manter sob monopólio os serviços de telefonia fixa, devendo todos os demais, inclusive os de telefonia móvel e via satélite⁴⁷, serem liberados para a concorrência⁴⁸. Por outro lado, foi permitida a manutenção dos monopólios de todas as infra-estruturas de telecomunicações⁴⁹, desde que assegurada a integridade das redes e possibilitado o acesso em condições razoáveis. Foi determinada, ainda, a completa separação das atividades de regulação e de operação⁵⁰, com a criação de autoridades nacionais reguladoras. Esta primeira etapa da liberalização foi conservadora, não tendo abrangido os dois mercados até então mais relevantes e rentáveis

of technology and markets opportunities. Given the complexity and multiplicity of the emerging telecommunications services, only the market can efficiently link the producer with the consumer. Economics knows of no other means of fulfilling this purpose and all attempts to replace it by something else have so far failed.” (UNIÃO EUROPEIA. *Green Paper on the development of a common market for telecommunications services and equipment*. COM(87) 290. 30 jun. 1987. par. 1. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006).

⁴⁵ “1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12.o e 81.o a 89.o, inclusive.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.” (UNIÃO EUROPEIA, *Tratado de Roma*, art. 86).

⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Directive on competition in the markets in telecommunications terminal equipment*. Diretiva 1988/301/EEC. 24 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

⁴⁷ Na verdade, os serviços de telefonia móvel e via satélite não foram sequer previstos no *green Paper* de 1987, em razão de sua natureza ainda incipiente à época. Tais serviços, todavia, quando primeiramente previstos no ordenamento comunitário, em 1996 (UNIÃO EUROPEIA. *Directive amending Directive 90/388/EEC with regard to the implementation of full competition in the telecommunications markets*. Diretiva 1996/19/EC. 13 mar. 1993. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006) e 1994 (UNIÃO EUROPEIA. *Directive amending Directive 88/301/EEC and Directive 90/388/EEC in particular with regard to satellite communications*. Diretiva 1994/46/EC. 13 out. 1994. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006), respectivamente, foram diretamente liberalizados, razão pela qual, a fim de facilitar a compreensão, já foram incluídos na exposição acima.

⁴⁸ UNIÃO EUROPEIA. *Directive on competition in the markets for telecommunications services*. Diretiva 1990/388/EEC. 28 jun. 1990. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

⁴⁹ *Ibidem*.

para as empresas monopolistas: o de serviços de telefonia fixa e o da integralidade das infra-estruturas do setor.

Já ao final do ano de 1992, foi iniciada a revisão desta primeira etapa da liberalização. De um lado, os consumidores e as novas empresas do setor pressionavam por uma liberalização mais ampla. De outro lado, alguns Estados-membros, interessados em proteger suas empresas monopolistas, pressionavam em sentido diametralmente oposto. Como consequência, dando início à segunda etapa de implementação da concorrência, em 1995⁵¹, a Comunidade Européia acabou adotando solução intermediária, prevendo que, até julho de 1996, os Estados-membros deveriam acabar com o monopólio de todas as infra-estruturas do setor, com exceção da rede de telefonia fixa⁵².

Desde logo foi esclarecido que esta segunda etapa somente duraria até o ano de 1998, quando, finalmente, os Estados-membros deveriam liberalizar todos os mercados de telecomunicações, incluindo, portanto, os serviços e as infra-estruturas de telefonia fixa.

No ano de 1998, teve início a terceira etapa de implementação da concorrência, sendo todos os Estados-membros⁵³ obrigados a assegurar a abertura de quaisquer serviços e infra-estruturas de telecomunicações. Nesta etapa, significativas mudanças foram introduzidas, especialmente porque as últimas áreas liberalizadas eram aquelas de maior

⁵⁰ UNIÃO EUROPÉIA, *Directive on competition in the markets in telecommunications terminal...*, art. 6º; e, UNIÃO EUROPÉIA, *Directive on competition in the markets for telecommunications...*; art. 7º.

⁵¹ A partir da edição do *green Paper on the liberalisation of telecommunications infrastructure and cable television networks* e das diretivas que se seguiram para implementá-lo (UNIÃO EUROPÉIA. *Green Paper on the liberalisation of telecommunications infrastructure and cable television networks*. COM(94) 440 e COM(94) 682. 25 out. 1994. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006).

⁵² Como as infra-estruturas de televisão a cabo, de comunicação via satélite e de telefonia celular.

⁵³ Com exceção de Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Grécia, Espanha e Irlanda, aos quais, em razão do relativo atraso nos seus setores de telecomunicações, foi permitida a manutenção dos monopólios restantes até 2000 (para os dois primeiros) e 2003 (para os quatro últimos).

interesse público, e também porque na maioria dos Estados estava em curso (ou já havia sido realizada) a privatização das antigas empresas estatais⁵⁴.

Algumas questões que mereceram atenção nesta etapa foram as da universalidade da prestação de serviços⁵⁵ (a ser assegurada pelas empresas de maior poder no mercado, normalmente as antigas monopolistas), da interconexão das redes, e das autorizações concedidas pelas autoridades nacionais reguladoras⁵⁶.

Modificações na disciplina do setor também foram necessárias em razão da opção comunitária de se incentivar a inovação tecnológica, o desenvolvimento de infra-estruturas alternativas e o surgimento de novos atores no mercado, tudo para assegurar maior concorrência no setor.

Apesar de formalmente terem sido rompidos os monopólios existentes, na prática as antigas empresas monopolistas mantinham um poder de mercado significativo, o qual, caso não fosse devidamente disciplinado, poderia impedir o surgimento de novos concorrentes no mercado e acabar prejudicando os consumidores. Tal disciplina foi implementada, por exemplo, através da intervenção das autoridades nacionais reguladoras em questões como preços de acesso e interconexão e padronizações técnicas de infra-estruturas e serviços. Desta forma, as novas operadoras puderam razoavelmente utilizar as redes já existentes

⁵⁴ Apesar de não haver uma determinação expressa da Comunidade Européia vedando a manutenção de empresas estatais no setor, a fim de atingir a concorrência efetiva, os Estados-membros, cada um a seu tempo e a sua maneira, optaram por alienar o capital público de suas operadoras de telecomunicações. Para maiores esclarecimentos, veja-se BARTOSCH, *The liberalisation of ...* p. 71 et seq.

⁵⁵ Baseada nos princípios da continuidade, igualdade e modicidade, sendo que cada Estado-membro podia decidir os contornos da obrigação a ser imposta, desde que respeitado um pacote mínimo de serviços (que, no princípio, incluía acesso à rede de telefonia fixa, para utilização de serviços de voz e fax, disponibilidade de telefones públicos e serviços específicos para portadores de necessidades especiais). Veja-se: UNIÃO EUROPÉIA. *Directive on the application of open network provision (ONP) to voice telephony and on universal service for telecommunications in a competitive environment*. Diretiva 1998/10/EC. 26 abr. 1998. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

⁵⁶ No mercado liberalizado, a entrada de novos atores passou a poder ser condicionada exclusivamente a requisitos objetivos, proporcionais, transparentes e não discriminatórios.

(que continuavam nas mãos das antigas monopolistas), seja para conectar seus consumidores, seja para oferecer novos serviços.

De acordo com estas novas normativas introduzidas na terceira etapa da liberalização do setor, competia às autoridades nacionais reguladoras determinar quais empresas detinham poder de mercado significativo e, conseqüentemente, impor a estas obrigações especiais, inclusive o dever de universalidade da prestação dos serviços básicos de telecomunicações.

Contudo, neste momento do processo de liberalização, o conceito de “poder de mercado significativo” não se confundia com o conceito de “posição dominante” presente no direito comunitário da concorrência. Nos dois casos, tratava-se de definir a posição de um operador no mercado para, se fosse o caso, impor alguma medida para garantir determinado nível de concorrência neste mercado. Porém, as premissas, os objetivos e o procedimento de cada um ainda eram bem diferentes.

O conceito de poder de mercado significativo estava ligado a uma perspectiva preventiva, de controle *ex ante* de comportamentos que, a partir de análise dinâmica do mercado, envolvendo elementos de risco e probabilidade, tinha-se como possíveis de prejudicar a concorrência existente ou potencial. As autoridades nacionais reguladoras concluíam que, em regra⁵⁷, existia uma empresa com poder de mercado significativo quando sua participação em um mercado relevante de telecomunicações era igual ou superior a 25%, adotando-se como critério geográfico a totalidade ou parte do território de

⁵⁷ Na verdade, as autoridades nacionais reguladoras tinham alguma margem de discricionariedade, sendo a participação de 25% no mercado relevante o principal indicador a ser seguido, podendo, todavia, ser ligeiramente reduzido ou aumentado de acordo, por exemplo, com capacidade da empresa influir nas condições do mercado, seu volume de negócios em relação à dimensão do mercado, seu acesso a recursos financeiros e sua experiência na oferta do respectivo produto.

um Estado-membro⁵⁸. A imposição de obrigações especiais não dependia de qualquer abuso ou atuação prejudicial por parte da respectiva empresa, mas decorria da simples constatação do seu poder de mercado significativo. Esta avaliação das empresas, e a aplicação das respectivas medidas cabíveis pelas autoridades nacionais reguladoras, tinham como objetivo preservar e fomentar a concorrência nos mercados de telecomunicações.

De outro lado, as autoridades nacionais da concorrência intervinham no mercado de telecomunicações sob uma perspectiva diversa, com a análise dos atos de concentração e com as medidas *ex post* do direito comunitário da concorrência, nos casos em que havia abuso de posição dominante. E, assim, o setor de telecomunicações ficou submetido a dois regramentos distintos, vigiado por duas autoridades diferentes, que atuavam com parâmetros e objetivos também diversos.

Como conseqüência destas medidas, a concorrência no setor efetivamente começou a se desenvolver no mercado comunitário. No entanto, apesar desta então recente reforma parcial, ainda permaneciam em vigor diversas normativas antigas, algumas do início da década de 1990, que não mais se coadunavam com a realidade pós-liberalização. Ademais, estavam em curso a segunda fase⁵⁹ de convergência de redes e tecnologias e o rápido desenvolvimento da Internet⁶⁰, determinando que, já a partir de 1999⁶¹, a Comunidade Européia realizasse uma ampla revisão de toda a disciplina do setor⁶².

⁵⁸ GOMEZ ALONSO, Regulación sectorial..., p. 202.

⁵⁹ Após a primeira fase de convergência, entre as telecomunicações e a informática, verificou-se a segunda fase de convergência, envolvendo telecomunicações, informática e mídia.

⁶⁰ "A Internet está a mudar o mundo em que vivemos. Esta mudança não é menos importante do que a revolução industrial dos séculos XVIII e XIX. Nas últimas duas décadas, as tecnologias da informação e a Internet transformaram o modo como as empresas funcionam, os estudantes estudam, os cientistas realizam trabalhos de investigação e as administrações públicas fornecem serviços aos cidadãos." (UNIÃO EUROPÉIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu, Comité Económico e Social e Comité das Regiões e Europe 2005: uma sociedade da informação para todos*. COM(2002) 263. 28 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006).

Finalmente, no ano de 2002, teve início a quarta etapa do processo. Através da edição de seis novas diretivas⁶³, que deveriam ser transpostas pelos Estados-membros até julho de 2003, buscou-se, principalmente, fortalecer o mercado interno, assegurar direitos básicos aos consumidores e promover a concorrência⁶⁴, diminuindo a regulação específica aplicável, sempre que constatada efetiva competição em um determinado mercado. Foram instituídas regras simples, flexíveis e tecnologicamente neutras, na tentativa de acompanhar a velocidade de transformação do setor⁶⁵.

⁶¹ Com a divulgação pela Comissão da *Review 1999 – towards a new framework for electronic communications infrastructure and associated services* (UNIÃO EUROPÉIA. *Review 1999 – towards a new framework for electronic communications infrastructure and associated services*. COM(99) 539. 10 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006).

⁶² Cf. BRAUN; CAPITO, *The emergence of EC...*, p. 59.

⁶³ A saber: Diretiva sobre proteção de dados (UNIÃO EUROPÉIA. *Directive concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector*. Diretiva 97/66/EC. 30 jan. 1998. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006); Diretiva sobre acesso e interconexão (UNIÃO EUROPÉIA. *Directive on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities*. Diretiva 2002/19/EC. 24 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006); Diretiva sobre autorização (UNIÃO EUROPÉIA. *Directive on the authorisation of electronic communications networks and services*. Diretiva 2002/20/EC. 24 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006); Diretiva sobre quadro regulamentar comum (UNIÃO EUROPÉIA. *Directiva relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro)*. Diretiva 2002/21/EC. 07 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006); Diretiva sobre universalidade de serviços e direitos dos usuários (UNIÃO EUROPÉIA. *Directive on universal service and users rights relating to electronic communications networks and services*. Diretiva 2002/22/EC. 07 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006); e, Diretiva sobre concorrência no setor (UNIÃO EUROPÉIA. *Directive on competition in the markets for electronic communications networks and services*. Diretiva 2002/77/EC. 16 set. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006).

⁶⁴ “2. As autoridades reguladoras nacionais devem promover a concorrência na oferta de redes de comunicações electrónicas, de serviços de comunicações electrónicas e de recursos e serviços conexos, nomeadamente:

- a) Assegurando que os utilizadores, incluindo os utilizadores deficientes, obtenham o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade;
- b) Assegurando que a concorrência no sector das comunicações electrónicas não seja distorcida nem travada;
- c) Encorajando investimentos eficientes em infra-estruturas e promovendo a inovação; e
- d) Incentivando uma utilização eficiente e assegurando uma gestão eficaz das radiofrequências e dos recursos de numeração.” (Ibidem, art. 8º, 2).

⁶⁵ Consoante se observa no *overview of the EU regulatory framework for the electronic communications sector*. “The EU regulatory framework for electronic communications comprises a series of legal texts and associated measures that apply throughout the 25 EU Member States. The goals of the new framework are to encourage competition in the electronic communications markets, to improve the functioning of the internal market and to guarantee basic user interests that would not be guaranteed by market forces. The framework provides a set of rules that are simple, aimed at deregulation, technology neutral and sufficiently flexible to deal with fast changing markets in the electronic communications sector.” (UNIÃO EUROPÉIA. *Overview of the EU regulatory framework for the electronic communications sector*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006).

Dentre as previsões destas diretivas, que substituíram quase que a integralidade da disciplina do setor anteriormente vigente, destacam-se: obrigatoriedade de se assegurar portabilidade numérica (nas telefonias fixa e móvel)⁶⁶; maior proteção do consumidor; inclusão do acesso à Internet no pacote mínimo de serviços da universalidade; e desnecessidade, em regra, de autorização prévia específica para atuar no setor.

Talvez a mais importante e debatida inovação introduzida nesta fase da implementação da concorrência foi a aproximação da regulação específica do setor com o direito comunitário da concorrência. Com efeito, foi mantida a possibilidade de atuação *ex ante* das autoridades nacionais reguladoras, quando constatada a existência de empresa com poder de mercado significativo. No entanto, o conceito de “poder de mercado significativo” foi alterado e significativamente restringido. Tendo sido considerado exitoso o processo de promoção da concorrência no setor, concluiu-se que a atuação das autoridades nacionais reguladoras deveria ser adequada à realidade de mercados mais dinâmicos e complexos. Assim, a partir da edição da Diretiva Quadro⁶⁷, o conceito de “poder de mercado significativo” foi equiparado ao conceito de “posição dominante” do direito comunitário da concorrência⁶⁸, tal qual definido na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Européias.

⁶⁶ “A experiência mostra que a portabilidade dos números fixos e móveis e a selecção e a pré-selecção do transportador têm contribuído para aumentar a pressão concorrencial. A portabilidade dos números está neste momento totalmente operacional na maioria dos Estados-Membros, com excepção da República Checa, Letónia, Lituânia, Malta, Polónia, Eslováquia e Eslovénia. A selecção e a pré-selecção do transportador está agora disponível em: toda a UE, com excepção da Eslováquia, embora alguns Estados-Membros tenham referido o problema de os custos de interligação conexos estarem a dificultar o desenvolvimento do serviço.” (UNIÃO EUROPÉIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre regulamentação e mercados ...*, p. 13).

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ “Considera-se que uma empresa tem poder de mercado significativo se, individualmente ou em conjunto com outras, gozar de uma posição equivalente a uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores.” (*Ibidem*, art. 14).

Ou seja, com esta normativa, tanto as autoridades nacionais reguladoras, quanto as autoridades nacionais da concorrência, passaram a investigar se as empresas do setor possuíam poder dominante no mercado, tal qual definido pelas normas de defesa da concorrência. A fim de auxiliar as autoridades reguladoras nesta atividade, a Comissão desenvolveu uma lista contendo dezoito mercados que, *a priori*, podem ser disciplinados pela imposição de obrigações *ex ante*⁶⁹. A definição destes mercados ocorreu com base em uma divisão principal: mercados de produtos e serviços destinados aos consumidores finais (retalhistas) e mercados de elementos utilizados por outras operadoras como meio para oferecer os respectivos produtos e serviços aos consumidores finais (grossistas)⁷⁰.

Além disso, a Comissão também divulgou o que denominou de “teste dos três critérios”⁷¹, os quais, caso presentes, permitem às autoridades nacionais reguladoras atuarem preventivamente no setor. Da análise destes critérios, verifica-se que a imposição de obrigações específicas e preventivas às empresas do setor somente pode ocorrer e/ou permanecer se não houver no mercado em questão concorrência efetiva e, ainda assim, desde que a aplicação do direito comunitário da concorrência não seja, por si só, tida como suficiente para solucionar as eventuais deficiências do mercado.

⁶⁹ Veja-se UNIÃO EUROPÉIA. *Recomendação da Comissão de 11 de Fevereiro de 2003 relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação ex ante, em conformidade com o disposto na Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas*. Recomendação 2003/311/CE. 11 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 31 mai. 2007.

⁷⁰ “There are in the electronic communications sector at least two main types of relevant markets to consider: markets for services or products provided to end users (retail markets), and markets for the inputs which are necessary for operators to provide services and products to end users (wholesale markets).” (Ibidem, item 13).

⁷¹ “Os mercados que poderão ser submetidos a regulamentação são seleccionados com base nos princípios do direito comunitário da concorrência. Na sua recomendação, a Comissão apresentava o ‘teste dos três critérios’ para ajudar os Estados-Membros nesta matéria. Presume-se que, nos mercados incluídos na Recomendação, estes requisitos estavam preenchidos. [...] Os critérios são: i) presença de obstáculos fortes e não transitórios à entrada no mercado; ii) ausência de condições de dinamismo no mercado que favoreçam uma concorrência efectiva; iii) impossibilidade de a aplicação do direito da concorrência colmatar, por si só, as eventuais deficiências do mercado nesta matéria.” (UNIÃO EUROPÉIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado nos termos do quadro regulamentar comunitário*. COM(2006) 28. 06 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 31 mai. 2007. p. 5).

Todavia, apesar desta aproximação entre a regulação específica do setor e o direito comunitário da concorrência, as premissas e conseqüências da investigação das empresas com poder dominante no mercado continuaram sendo diferentes.

Nesse sentido, foi mantido o entendimento de que as autoridades nacionais reguladoras podem intervir independentemente do abuso de posição ou da prática de atos prejudiciais por parte da respectiva empresa. Basta ser constatada a existência de poder dominante em determinado mercado, que a respectiva autoridade reguladora pode, *ex ante*, impor medidas especiais à respectiva empresa (ao contrário do que normalmente ocorre com as autoridades da concorrência, cuja atuação usualmente ocorre *ex post*).

Diferenças também existem no que tange às conseqüências que derivam da constatação da existência de empresas com poder dominante no mercado. Além de, como já referido, as autoridades reguladoras poderem impor obrigações preventivas às respectivas empresas, mesmo não havendo qualquer abuso, tais obrigações passíveis de serem determinadas são peculiares ao setor de telecomunicações e visam a objetivos também particulares da política do setor. Uma vez constatada a existência de empresas com poder dominante em algum mercado específico, as autoridades reguladoras podem impor obrigações relativas à universalidade de serviços e ao dever de possibilitar acesso e interconexão às redes, tais como: limitação de preços ao público, controle de tarifas individuais e, especialmente, orientação de preços pelo custo, seja em relação aos serviços prestados ao consumidor final, seja em relação à remuneração paga pelas demais operadoras pelo acesso ou interconexão às redes das empresas com poder dominante⁷².

Não obstante tais diferenças e peculiaridades, é inegável que a completa reformulação do setor implementada nesta etapa determinou mais um passo na diminuição

da regulação específica do setor, com o fortalecimento da promoção e da defesa da concorrência nas telecomunicações comunitárias através do direito comunitário da concorrência. Implicou, também, um estreitamento da atuação das autoridades nacionais reguladoras com as respectivas autoridades nacionais da concorrência. Como ambas passaram a investigar a existência do mesmo fenômeno (empresas com poder dominante no mercado), na prática, as autoridades reguladoras, antes de tomar qualquer decisão, normalmente passaram a consultar a respectiva autoridade da concorrência⁷³.

Diante dessas constatações e do avançado estágio de implementação da concorrência no setor, passou-se a questionar na Comunidade Européia qual o papel que a disciplina da defesa da concorrência (e as respectivas autoridades nacionais) poderia assumir no setor, investigando-se se permaneceria havendo espaço e necessidade para normativas setoriais e autoridades reguladoras específicas.

Estes questionamentos recentemente aumentaram ainda mais tendo em vista que, ao final do ano de 2006, iniciaram-se os estudos para uma revisão da etapa atual do processo de implementação da concorrência no setor, a ser levada a cabo até o ano de 2010. Estes estudos já realizados vêm apenas a aumentar o debate sobre a forma pela qual o setor virá a ser disciplinado na Comunidade Européia, em especial o papel que assumirá a defesa da concorrência nas telecomunicações e a conseqüente diminuição que terá a direta regulação econômica setorial. A seguir, tais questões são especificamente analisadas.

⁷² GOMEZ ALONSO, Regulación sectorial..., p. 207.

⁷³ "Na maioria dos casos, as ARN consultaram previamente as ANC, o que conduziu, frequentemente, a melhores análises do mercado. Consequentemente, a Comissão aconselha as ARN a ouvirem as ANC antes de enviarem as notificações." (UNIÃO EUROPÉIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado...*, p. 4).

2 ALTERNATIVAS PARA A DISCIPLINA DO SETOR NA COMUNIDADE EUROPÉIA: O PAPEL E OS LIMITES DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Devidamente analisadas as etapas do processo de implementação da concorrência no setor na Comunidade Européia, e compreendido o gradativo relevo que as normas que disciplinam a defesa da concorrência foram adquirindo a cada uma destas novas etapas, resta mais facilitada a tarefa de investigar o papel e os limites que estas normas ainda podem adquirir nas telecomunicações comunitárias.

Conforme mencionado anteriormente, após a implementação da quarta etapa da liberalização do setor, já se observa a existência de competição em alguns mercados dos Estados-membros. Por esta razão, e em virtude dos resultados e indicadores que o setor apresenta, este processo de liberalização da concorrência nas telecomunicações é reconhecido como um caso de êxito da Comunidade Européia⁷⁴.

Mesmo nos serviços em que ainda há grande concentração nas mãos de uma empresa⁷⁵, como nos de telefonia fixa⁷⁶, houve benefícios para os consumidores, uma vez

⁷⁴ “As comunicações electrónicas continuam a ser um caso de sucesso da UE. Após a plena abertura dos mercados à concorrência em 1998, os utilizadores e consumidores passaram a dispor de maior escolha, preços mais baixos e produtos e serviços inovadores. Os serviços móveis atingiram elevados níveis de penetração e as comunicações em banda larga estão em crescimento rápido. O crescimento global do sector em termos de receita continua a ser forte, sendo superior ao da economia da UE. Em 2005, o sector das TIC foi avaliado em 614 000 M€, de acordo com o 11.º relatório de aplicação da Comissão, que fornece mais informações nesta matéria. As TIC contribuem igualmente, no plano macroeconómico, para o aumento da produtividade e da competitividade da economia europeia no seu todo, sendo, assim, um factor de crescimento e de criação de emprego.” (UNIÃO EUROPÉIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à revisão do quadro...*, item 3).

⁷⁵ Esta concentração vem diminuindo nos últimos anos, mas ainda em velocidade lenta.

⁷⁶ No ano de 2004, a Finlândia era o único Estado-membro em que a principal operadora de telefonia fixa era responsável por uma parcela inferior a 50% do mercado nacional. Em França, Portugal e Holanda as respectivas principais operadoras de telefonia fixa eram responsáveis, no ano de 2004, por cerca de 90% dos mercados nacionais.

que, com a convergência tecnológica⁷⁷ e o incentivo à inovação e ao fortalecimento de infraestruturas alternativas, a concorrência entre operadoras de outros serviços específicos (como no caso da telefonia móvel), até então considerados diversos⁷⁸, tem possibilitado uma redução nas respectivas tarifas cobradas.

Contudo, ainda há mais desafios e metas a serem atingidos no espaço comunitário. Exatamente por esta razão é que já estão em curso estudos para promover a revisão do quadro atual, com a conseqüente evolução para uma quinta etapa do processo de liberalização da concorrência do setor. Esta evolução se faz necessária não apenas para aprimorar os pontos hoje tidos como deficientes, como também para assegurar uma maior afinidade com as principais tendências tecnológicas para os períodos vindouros⁷⁹.

Nessa senda, a discussão que se faz presente neste momento é como devem se dar esta e as próximas etapas da promoção da concorrência no setor, em especial no que tange ao papel e aos limites que as normas que disciplinam a concorrência podem e/ou devem possuir no espaço comunitário. Esta discussão normalmente é pautada por duas posições antagônicas, quais sejam: de um lado, sustenta-se que as normas gerais que

⁷⁷ “Em termos técnicos, as redes de comunicações, os media, os conteúdos, os serviços e os aparelhos estão em plena convergência digital. As melhorias nas redes, aliadas às novas técnicas de compressão, criam novos canais de distribuição, mais rápidos, e fazem surgir novos formatos de conteúdos e novos serviços (por exemplo, Voice over IP (comunicação vocal através do Protocolo Internet), Web TV e música em linha.” (UNIÃO EUROPÉIA, *i2010 – A European Information...*, p. 4).

⁷⁸ Além do caso das telefonias fixa e móvel, anteriormente exposto, pode-se citar também o exemplo da Internet, que, com o crescimento do serviço de *Voice Over Internet Protocol (VoIP)*, já concorre com mercados de telefonia, especialmente nas chamadas internacionais. Também é o caso das operadoras de telefonia móvel de terceira geração que já começaram a concorrer com empresas de mídia.

⁷⁹ “Prevê-se que, nesse período, as principais tendências tecnológicas sejam a migração para redes exclusivamente IP (Protocolo Internet), a utilização crescente das comunicações sem fios e de plataformas de acesso sem fios (p. ex., 3G, Wi-Fi, WiMAX e satélite), a implantação da fibra na rede de acesso local e a transição para a televisão digital. É provável que estas mudanças tenham um forte impacto nas arquitecturas de rede, nos serviços e nos dispositivos para consumidores actualmente existentes. Os intervenientes no mercado estão a enfrentar novos concorrentes e procuram novos modelos de negócios perante a iminência de mudanças no actual mercado das comunicações electrónicas.

Tudo isto conduzirá a serviços novos e inovadores para os utilizadores, sendo os actuais serviços tripos (voz, Internet e televisão) precursores de futuros pacotes de serviços mais sofisticados. A fronteira entre produtos e serviços de comunicações electrónicas continuará a diluir-se; surgirão novas formas de dispositivos móveis e portáteis preparados para a interactividade e a radiodifusão. A privacidade e a segurança continuarão a ser uma preocupação para os utilizadores.” (UNIÃO EUROPÉIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao*

disciplinam a defesa e a promoção da concorrência no espaço comunitário, aplicadas pelos órgãos competentes, serão suficientes para disciplinar o setor, e, de outro lado, argumenta-se que, apesar da tendência de fortalecimento da defesa da concorrência, ainda continuará, coordenada e complementarmente, sendo aplicada alguma regulação específica pelas autoridades reguladoras.

Tendo em vista que os dois posicionamentos acabam abrangendo os principais pontos controvertidos acerca da questão, antes de se tecer qualquer consideração conclusiva em relação a esta, faz-se mister, inicialmente, a análise destas duas alternativas. Certamente, tal análise facilitará a posterior tentativa de definição mais clara do papel e dos limites que as normas que disciplinam a concorrência poderão adquirir no setor de telecomunicações comunitário.

2.1 Alternativa de aplicação exclusiva do direito da concorrência

A primeira alternativa invocada para a Comunidade Européia disciplinar suas telecomunicações após a total quebra dos monopólios e dos direitos exclusivos e/ou de preferência é a supressão da integralidade da regulação *ex ante* específica do setor, com a aplicação exclusiva do direito comunitário da concorrência pelos órgãos competentes⁸⁰.

Segundo os autores que defendem esta alternativa⁸¹, ela é o caminho natural para o qual todo o processo de liberalização da concorrência caminha, consoante a própria Comunidade Européia reiteradamente se manifestou a cada nova etapa do processo. Para tais autores, a regulação setorial específica era meramente temporária e exclusivamente

Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à revisão do quadro regulamentar..., item 1).

para sanar as falhas que o setor apresentaria no período compreendido entre o rompimento dos monopólios existentes e o estabelecimento de concorrência efetiva nos mercados de telecomunicações⁸².

Para os defensores desta alternativa, o fato das telecomunicações constituírem um setor fundamental para sociedade, por si só, não tem o condão de determinar a aplicação de regulação específica, até mesmo porque outros setores também essenciais (como transportes, alimentação e construção civil, por exemplo) são geralmente disciplinados apenas pelo direito da concorrência. Na verdade, segundo preconizado, a necessidade de utilização da regulação específica decorreu, principalmente, do histórico monopolístico do setor, que impediu o surgimento natural da concorrência nos mercados. Nesse sentido, uma vez consolidada a efetiva concorrência no setor, perderia sentido qualquer norma setorial transitória, consoante, aliás, já teria sido consignado na Diretiva Quadro ainda em vigor no espaço comunitário⁸³.

Esta alternativa de disciplina do setor tem como pressuposto a idéia de que, em mercados efetivamente competitivos, não há melhor disciplina do que a decorrente do próprio mercado, com as intervenções e proteções inerentes à regular defesa da concorrência, a qual seria mais flexível do que qualquer regulação econômica setorial⁸⁴.

⁸⁰ Envolvendo, assim, Comissão das Comunidades Europeias, autoridades nacionais da concorrência, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias...

⁸¹ Veja-se, por todos: BRAUN; CAPITO, *The emergence of EC...*, p. 66 et seq.

⁸² "La regulación no substituye al derecho de la competencia, que permanece en vigor como red de seguridad para aquellos casos en los que la regulación fall, bien por sus lagunas, bien por la incorrecta aplicación por parte de la autoridades públicas. Por otra parte, la regulación sectorial tiene una naturaleza transitoria y debe ser paulatinamente eliminada para dar paso a la mera aplicación de las normas de defensa de la competencia1." (MONTERO PASCUAL; SOUTO SOUBRIER, *De la desmonopolización...*, p. 48).

⁸³ UNIÃO EUROPEIA, *Directiva relativa a um quadro...*, art. 16º, 3).

⁸⁴ "An advantage of general competition rules is that they apply horizontally and are totally sector independent. This makes them more flexible than sector-specific rules, especially in cases such as refusal to access. Situations may arise where the sector-specific framework cannot cope with the rapid development of technology which brings about new regulatory challenges. In such cases, Article 82 EC is a welcome instrument to address abusive behaviour which sifles competition." (BRAUN; CAPITO, *The emergence of EC...*, p. 64).

A regulação específica do setor, por sua própria natureza, seria editada para disciplinar casos futuros, algo extremamente complexo em um setor tão dinâmico quanto o das telecomunicações. Ao fim e ao cabo, ter-se-ia que, previamente, escolher quais concorrentes do mercado deveriam ser beneficiados⁸⁵, por se desejar incentivar o desenvolvimento de uma tecnologia específica, por exemplo. Isto acabaria engessando o mercado, sacrificando incentivos à eficiência⁸⁶, de forma que, a longo prazo, qualquer escolha previamente realizada pelas autoridades reguladoras acabaria sendo mais prejudicial do que as conseqüências às quais a própria concorrência conduziria⁸⁷.

De outra forma, por se tratar de poucas normas e princípios gerais que se amoldam e são aplicados de acordo com cada caso concreto, independentemente do setor econômico envolvido, a regular defesa da concorrência poderia dar uma resposta de forma mais ágil às novas situações que fossem surgindo nas telecomunicações⁸⁸.

Especialmente em um setor como o de telecomunicações, no qual as inovações tecnológicas se sucedem exponencialmente, tais flexibilidade e velocidade de adaptação

⁸⁵ "It has been noted that asymmetric measures in favour of newcomers lead to a sort of duopolistic equilibrium that is later difficult to rectify. Other companies attempting to enter the market later are therefore damaged. Thus, an asymmetric approach to market-opening regulation would lead to new and serious imbalances and favour one (or few) of the incumbent's competitors." (CIMATORIBUS, *Competition, convergence...*, p. 497).

⁸⁶ Nesse sentido: "The regulatory delays, together with the asymmetric nature of ex ante control, provide the entrants with a competitive advantage, even though they may be inefficient. These transitory competitive advantages may have substantial impact on the long-run evolution of the market whenever there is a strong first-mover advantage due to the presence of switching costs or strong network externalities. For example, services like access to the Internet or mobile telephony may involve strong network externalities and switching costs. Thus, once the customers are locked-in, it may be costly to move from a less efficient network to a better one. Reluctance to switch to a superior technology may impede incentives for further innovation. Cost of delays and disincentives for innovation may be further increased in fast-growing new markets in which there is a large population of unattached customers." (BOURREAU; DOGAN, *Regulation and innovation...*, p. 172)

⁸⁷ "In general, ex post control mechanisms provide a greater flexibility for the incumbent's business decisions. The incumbent is expected to engage in more substantial innovative activities compared to those he would exploit in the case of a tighter ex ante control. Ex ante control, and its asymmetric nature may provide inefficient entrants a competitive advantage. This transitory competitive advantage, accompanied by network externalities and switching costs, may have substantial impact on the long-run evolution of the market." (Ibidem, p. 182).

⁸⁸ "It is true that EC competition law can more easily be used to intervene in a new situation, since it consists of a small number of general provisions which are meant to be applied across the board in every economic sector. Furthermore, not only is the substance of EC competition law general, but its procedural and institutional framework is also framed in broad terms and can be quickly put in motion." (LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 347).

assegurariam uma melhor disciplina dos mercados, em comparação com qualquer regulação setorial assimétrica.

Ademais, tendo em vista a crescente convergência entre todas as tecnologias e serviços, naturalmente surgiriam novas empresas concorrentes⁸⁹, disputando com aquelas de maior participação do mercado, tal qual já está ocorrendo com os serviços de voz sobre IP (VoIP)⁹⁰. Esta convergência ainda tornaria totalmente desnecessária e, inclusive, inútil, qualquer regulação setorial específica para cada tecnologia ou serviço, e fortaleceria o próprio direito da concorrência, aplicável indistintamente a todos os setores e mercados.

Outrossim, é destacado que, em razão do razoável período em que coexistiram regulação específica do setor e direito da concorrência, este já teria incorporado as questões fundamentais daquela, especialmente após a aproximação ocorrida na atual etapa da liberalização do setor. Desta forma, a experiência adquirida pelas autoridades da concorrência em análises de atos de concentração no setor, em investigações de abuso de poder dominante e nas atuações em conjunto com as autoridades nacionais reguladoras seria suficiente para, através da aplicação do direito comunitário da concorrência, solucionar os problemas e impasses específicos dos mercados de telecomunicações. Nesse compasso, incorporando teorias como a do *essential facility*⁹¹ e criando precedentes

⁸⁹ “A introdução de novas tecnologias pode criar uma pressão concorrencial suplementar, o que tende a diminuir a necessidade de regulamentação.” (UNIÃO EUROPÉIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado...*, p. 11).

⁹⁰ “As comunicações vocais via Internet (VoIP) constituem mais outro segmento a desafiar a posição de mercado dos operadores instalados. Veremos em que medida esse desafio se materializará em serviços oferecidos por empresas de software e de motores de pesquisa para a Internet. [...] Os serviços de telefonia via o protocolo Internet (IP) (como o VoIP – ‘Voice over Internet Protocol’) já estão disponíveis na maioria dos Estados-Membros. Embora não tenham ainda produzido um efeito arrasador sobre as receitas da telefonia fixa tradicional, a eventual entrada no mercado de novos e ameaçadores prestadores de serviços VoIP está a levar os operadores actualmente presentes no mercado a responderem com os seus próprios produtos VoIP ou com pacotes de serviços que incluem a telefonia vocal.” (UNIÃO EUROPÉIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre regulamentação e mercados...*, p. 03-10, *passim*).

⁹¹ “...a existência de assimetria de poder de mercado, que se estabeleceu necessariamente nos setores após privatização, e a abertura para novos concorrentes, tanto no mercado com características de monopólio natural quanto nos mercados à jusante (*downstream*) que utilizam esses serviços como insumos para seus produtos. Portanto, os problemas concorrenciais em setores antes monopólio natural tem como núcleo a

sobre questões como a recusa em permitir acesso às redes, a discriminação em relação a empresas concorrentes⁹², subsídios cruzados⁹³ e vendas casadas⁹⁴, por exemplo, a regular defesa da concorrência seria plenamente apta a solucionar as peculiaridades dos mercados de telecomunicações. E os artigos 81 e 82 do Tratado de Roma, que disciplinam justamente a promoção da concorrência no espaço comunitário, por sua amplitude, seriam suficientes para defender o mercado, inclusive no que diz respeito a estas questões específicas do setor de telecomunicações, o que evidenciaria a total desnecessidade da manutenção de regulação econômica setorial em mercados competitivos.

Os defensores desta alternativa sustentam que, em mercados efetivamente competitivos, o objetivo seria promover a menor intervenção possível no mercado, apenas, no máximo, para corrigir algumas pequenas falhas ainda observadas. E isto já seria obtido exclusivamente pelas normas de defesa da concorrência, a qual, até mesmo pelas circunstâncias acima apontadas, ainda seria mais benéfica para o setor, amplamente

existência de insumos essenciais (*essential facilities*) [...] O conceito de *essential facility* sugere uma relação entre dois mercados, o mercado à montante (*upstream*) e à jusante (*downstream*). Frequentemente, as empresas que detêm a instalação essencial atuam nos dois mercados, ou seja, são integralmente verticalizadas. Contudo, as empresas que demandam essa instalação, o que para elas é um insumo, atuam somente no mercado *downstream*, dando a primeira grande poder de mercado.” (SILVA, Alexnaldo Cerqueira da. *Essential facility theory: uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados*. *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC, v. 13, n. 1, 2006. p. 218.

⁹² “O terceiro caso trata da fixação de preço de acesso em nível discriminatório para o concorrente, relativamente ao preço oferecido pela incumbente para si mesma ou sua subsidiária à jusante, de modo que os custos para os competidores efetivos ou potenciais aumentam, inviabilizando sua oferta a preço competitivo com relação à empresa estabelecida. Nos serviços com suporte em rede, características de setores regulados, existem incentivos em discriminar o preço de acesso, no caso das tarifas de uso da rede fixa, pelo teto tarifário a um concorrente no mercado de serviços à jusante, ao passo que o preço cobrado para si mesma através de sua subsidiária é bem inferior.” (Ibidem, p. 225).

⁹³ “Com respeito à prática do subsídio cruzado, ocorre quando as receitas que são obtidas no mercado onde a empresa possui o maior *market share* – resultado da atividade da incumbente em uma instalação essencial – e que na tentativa de alavancagem do seu poder de mercado, estes ganhos são revertidos para oferecer em outro mercado preços mais baixos através de sua subsidiária, geralmente abaixo do custo marginal, em prejuízo de novos concorrentes.” (Ibidem, p. 225).

⁹⁴ “Por último, a venda casada (*tying*) quando associado à utilização da *essential facility*, e, portanto, na posição dominante, faz aumentar os custos de transferência para os usuários, pois estes adquirem mais de um serviço. No caso de uma concorrente que precise do insumo da concorrente para prestar seus serviços no mercado em que a dona da *facility* também atua. Esta por sua vez, usa sua posição para dificultar indiretamente a concorrente impondo condições a esta para oferecer serviços que no momento não seria possível de cumprir, inviabilizando o negócio.” (Ibidem, p. 226).

suficiente para assegurar a devida disciplina dos mercados e, conseqüentemente, tornaria despicienda qualquer regulação específica.

No entanto, em razão do histórico e de todas as peculiaridades que envolvem as telecomunicações no espaço comunitário, mesmo os que preconizam esta alternativa reconhecem que ela somente seria viável em mercados em que comprovadamente há “concorrência efetiva”. Consoante se depreende da Diretiva Quadro ainda em vigor⁹⁵, somente existe “concorrência efetiva” nos mercados de telecomunicações comunitários em que não é diagnosticada a existência de uma ou mais empresa com poder dominante⁹⁶.

No entanto, apesar dos mercados nacionais já se encontrarem completamente liberalizados, sendo que a sua grande maioria já apresenta competição, a existência de “concorrência efetiva”, de acordo com os parâmetros fixados na aludida Diretiva Quadro, ainda é uma exceção na realidade comunitária. Ao final do ano de 2005, de 450 mercados de telecomunicações investigados (18 mercados nacionais de cada Estado-membro⁹⁷), foi constatada a existência de concorrência efetiva em apenas 19⁹⁸. Estes números são justificados pelo fato de que as antigas empresas monopolistas, apesar de terem diminuído

⁹⁵ “É essencial que só sejam impostas obrigações regulamentares *ex ante* nos casos em que não exista concorrência efetiva, ou seja, em mercados em que exista uma ou mais empresas com um poder de mercado significativo, e em que as soluções ao abrigo do direito nacional e comunitário em matéria de concorrência não sejam suficientes para fazer face ao problema.” (UNIÃO EUROPÉIA, *Directiva relativa a um quadro...*, considerando 27).

⁹⁶ “Therefore, the relationship between significant market power and effective competition under the Framework Directive seems to be similar to the one established by the Merger Regulation (as interpreted by the Courts and the Commission). Where a national regulatory authority concludes that a market is not effectively competitive (because there are undertakings with significant market power) it shall impose on the undertakings identified, in accordance with Article 14, appropriate specific regulatory obligations or maintain or amend such obligation where they already exist. Where, however, a national regulatory authority concludes that a market is effectively competitive (because there are no undertakings with significant market power) it shall not impose or maintain any of the specific regulatory obligations.” (BRAUN, Jeans-Daniel; CAPITO, Ralf. *The Framework Directive*. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 334).

⁹⁷ À época, eram 25 Estados-membros.

⁹⁸ “As of 30 September 2005, sixteen EU Member States had found no effective competition on one or more of the 18 electronic communications markets defined by the EU and had taken steps to boost competition on the markets concerned. Five Member States had found only partial competition on one or more of these markets and had imposed remedies where it was lacking. But nine Member States had yet to notify the Commission of their analyses of any of the 18 markets. Of the analysed markets (152 out of 450), 123 were not competitive,

suas participações nos mercados nacionais, via de regra, isoladamente ou em conjunto com outras empresas, continuam com poder dominante.

Ademais, existem alguns mercados específicos em que ainda nem sequer se vislumbra a possibilidade de, no futuro, conseguir se atingir a concorrência efetiva. Nesse sentido, por exemplo, ainda não é visualizada a possibilidade de se desconstituir o poder dominante das operadoras de telefonia fixa, especialmente no que diz respeito à denominada última milha (*last mile*), pela qual é realizada a ligação dos consumidores às redes existentes⁹⁹ e que os possibilita realizar e receber chamadas e fazer uso de serviços conexos¹⁰⁰. Da mesma forma, praticamente todos os operadores de telefonia (fixa e móvel) foram considerados como detentores de poder dominante no que tange à terminação de chamadas e outros serviços em suas redes. Como cada operador detém um monopólio sobre a respectiva rede, este pode, se desejar, criar os mais variados empecilhos para realizar a terminação de chamadas e serviços de outras operadoras¹⁰¹, já que possui o total controle desta parte específica do mercado. Conseqüentemente, não sendo eliminado o poder dominante nestes mercados, não haverá de se falar em concorrência efetiva.

Ou seja, no presente momento, os mercados de telecomunicações na Comunidade Européia, na sua maioria, não apresentam concorrência efetiva e, alguns destes, nem

19 fully competitive, and 10 partially competitive.” (UNIÃO EUROPÉIA. *Tomorrow's Framework*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006).

⁹⁹ “Em contraste, os mercados grossistas deram poucos sinais de concorrência sustentável, excepto, num reduzido número de casos, no que respeita ao mercado dos serviços de trânsito. A oferta de originação de chamadas, necessária para que os operadores alternativos possam oferecer os seus próprios serviços retalhistas de telefonia e de acesso à Internet na banda vocal, continua a ser um factor de estrangulamento permanente da concorrência.” (UNIÃO EUROPÉIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado...*, p. 8).

¹⁰⁰ De acesso à Internet, por exemplo.

¹⁰¹ “No que respeita ao mercado grossista da terminação (serviços que os operadores compram entre si para que os seus clientes possam efectuar chamadas para outras redes), todos os operadores, independentemente da sua dimensão, foram considerados dominantes, dado que, segundo a Recomendação, a rede de cada operador constitui um mercado distinto no qual esse operador possui o monopólio da terminação de chamadas. As autoridades reguladoras tiveram em conta as diferenças de dimensão dos operadores, impondo medidas correctivas mais leves aos de menor dimensão (ou seja, aplicando medidas correctivas assimétricas).” (Ibidem, p. 9).

sequer se sabe se apresentarão no futuro. Portanto, pelo menos para a próxima etapa do processo de implementação da concorrência, que deverá ser realizada até o ano de 2010, esta alternativa de aplicação exclusiva do direito da concorrência, sem regulação específica do setor, ainda não se mostra viável para a grande maioria dos mercados¹⁰².

Para as outras etapas do processo que ainda virão, esta alternativa poderia ganhar um pouco mais de força, especialmente se mantida a atual tendência de diminuição da participação das antigas monopolistas nos mercados, com o surgimento de novas tecnologias, redes alternativas e mais empresas concorrentes no setor. Todavia, mesmo pensando em etapas futuras, ainda haveria de se encontrar formas pelas quais esta alternativa poderia ser aplicada para disciplinar alguns mercados específicos, em que ainda não se vislumbra a possibilidade de consolidação de concorrência efetiva.

Assim, passa-se, a seguir, a analisar uma segunda alternativa de disciplina no setor, de fortalecimento do papel da defesa da concorrência, mas ainda com a concomitante manutenção, em algum grau, da regulação setorial específica.

2.2 Alternativa da concomitante aplicação de regulação setorial específica

Segundo os defensores¹⁰³ desta alternativa, além da inexistência de concorrência efetiva na maioria dos mercados de telecomunicações – que, como visto, ora impede a aplicação exclusiva do direito da concorrência, nos termos das normativas que continuam

¹⁰² A menos que se alterasse o entendimento atual dos já mencionados defensores desta alternativa, a fim de que se reconhecesse a existência de concorrência efetiva nos mercados, mesmo havendo reconhecido poder dominante no mesmo. Esta possibilidade, porém, ora resta totalmente afastada, uma vez que, em razão de todas as características e peculiaridades do setor, já abordadas anteriormente, a existência de empresa, ou conjunto de empresas, com poder dominante no mercado, desacompanhada da regulação específica para disciplinar as implicações específicas de tal poder nas telecomunicações, jamais levaria à completa implementação da concorrência no setor, exatamente a imediata razão de ser de todo o processo analisado no presente trabalho.

em vigor no espaço comunitário – ainda haveria uma série de questões que não teriam sido suficientemente solucionadas e não o poderiam ser simplesmente com a aplicação do direito da concorrência, demandando a manutenção e o aprimoramento da regulação específica do setor.

Os próprios membros da Comissão responsáveis pelo setor, ao debaterem a próxima etapa a ser implementada no processo em andamento, teriam reconhecido esta necessidade de manutenção e melhorias no quadro normativo específico das telecomunicações¹⁰⁴.

Dentre os pontos que necessitavam ser aprimorados, pois não solucionados pelas normas de defesa da concorrência, estava, por exemplo, o da limitação das elevadas tarifas de *roaming* internacional cobradas pelas operadoras de telefonia móvel dentro do espaço comunitário¹⁰⁵. Tal foi realizado pelo Parlamento Europeu em maio de 2007, quando aprovou resolução legislativa criando uma “eurotarifa” máxima a ser cobrada a título de *roaming* dentro de qualquer Estado-membro¹⁰⁶.

Outro ponto em que também é sustentada a necessidade de manutenção e evolução da regulação específica do setor relaciona-se com a utilização do espectro eletromagnético, o qual, segundo preconizado, estaria sendo subutilizado no espaço comunitário¹⁰⁷.

¹⁰³ Veja-se, por todos: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 15 et seq.

¹⁰⁴ “However, I think we need concrete improvements in some specific areas. I specifically want to pursue 3 objectives: more flexible and efficient use of spectrum; less – but more focussed and more efficient – regulation; promoting competition and investment in the markets, and in particular in trans-national markets and for cross-border services.” (REDING, Viviane. From Service Competition to Infrastructure Competition: the Policy Options Now on the Table. *In*: ECTA Conference 2006, 16 nov. 2006, Brussels. *Speech 2006/697*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 31 mai. 2007).

¹⁰⁵ “Dadas as características especiais do roaming (itinerância) nas comunicações móveis na Comunidade, a Comissão irá propor um regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre esta questão específica. A revisão da recomendação sobre os mercados relevantes terá em conta este facto.” (UNIÃO EUROPÉIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à revisão do quadro...*, item 2).

¹⁰⁶ Até o momento da entrega do presente trabalho, não havia sido localizada a publicação da aludida Resolução, que a colocasse em vigor dentro do espaço comunitário.

¹⁰⁷ “Até agora, o quadro mostrou-se capaz de lidar com as novas tecnologias, como a VoIP (voz sobre Protocolo Internet), podendo ainda vir a acolher outras evoluções tecnológicas e dos mercados. No entanto, as disposições que regem a gestão dos recursos de radiocomunicações, que são essenciais para produtos e

Estes seriam apenas dois exemplos dos aspectos que corroborariam com o entendimento de que, mesmo com o fortalecimento da aplicabilidade da defesa da concorrência no setor, para a próxima etapa do respectivo processo não haveria como abrir mão da regulação específica do setor e da atuação das respectivas autoridades nacionais reguladoras.

Não obstante, os defensores da alternativa em questão vão mais além, sustentando que, mesmo se analisado o setor a longo prazo, o direito da concorrência teria limitações estruturais para disciplinar de forma adequada o setor, fazendo-se mister a aplicação conjunta e complementar de determinadas normativas específicas.

Obviamente, mesmo os defensores desta alternativa entendem que, para o futuro, a regulação específica do setor não deve ser tão abrangente e intervencionista no mercado, como foi no passado. Eles reconhecem e concordam com a tendência do setor ser cada vez mais disciplinado pelo direito da concorrência. No entanto, sustentam que, especificamente no setor de telecomunicações, o direito da concorrência possuiria algumas limitações e que, por si só, não teria o condão de tratar adequadamente todas as questões envolvidas, de forma que sempre haveria alguns espaços em que seria mais indicada a aplicação de regulação setorial pelas autoridades reguladoras. Para melhor identificar tais limites da aplicação do direito da concorrência no setor, com os conseqüentes espaços em que deveria permanecer havendo regulação específica, estes defensores trazem à baila aquela característica dúplice das telecomunicações, exposta na introdução do presente trabalho (conforme demonstrado na introdução do presente trabalho, além de constituir atividade econômica específica, o setor também se apresenta como um meio pelo qual inúmeras outras atividades se desenvolvem)

serviços sem fios inovadores e são partilhados com muitos outros sectores, necessitam de ser adaptadas, para evitar que a regulamentação se torne inadequada.” (UNIÃO EUROPÉIA, *Comunicação da Comissão ao*

Nesse sentido, analisado enquanto uma atividade econômica específica, é consenso até mesmo para os referidos autores que o setor de telecomunicações deve ser submetido exclusivamente ao direito da concorrência, na medida em que for se constatando a existência “concorrência efetiva” em cada um dos mercados. Exatamente tal qual ocorre com os demais setores da economia comunitária. Com efeito, uma vez completado o processo de liberalização acima exposto, com a existência de concorrência efetiva nos mercados, não haverá espaço para a regulação específica, pelo menos no que diz respeito ao tratamento das telecomunicações enquanto uma atividade econômica específica.

Entretanto, existe uma outra característica pela qual o setor pode ser analisado. E é exatamente em relação a esta segunda característica que os defensores da alternativa em questão entendem que seria limitada a simples aplicação da defesa da concorrência, devendo ser mantida alguma regulação específica pelas autoridades reguladoras. Como já referido, o setor de telecomunicações também apresenta a característica de constituir um fundamental meio para realização de transações econômicas e interações pessoais, basilar para toda a sociedade.

Desde o começo do processo de liberalização da concorrência nas telecomunicações comunitárias esta característica foi tratada com o devido relevo. Já na edição do primeiro *Green Paper* pertinente ao setor¹⁰⁸, foi esclarecido que a liberalização da concorrência no setor era apenas um dos objetivos da Comunidade Européia, cuja consecução seria inclusive um meio para constituir um mercado interno de telecomunicações e promover a melhoria da qualidade e da quantidade dos serviços oferecidos.

Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à revisão do quadro..., item 4).

¹⁰⁸ UNIÃO EUROPÉIA, *Green Paper on the development of a common market...*

Posteriormente, quando lançado o Plano *eEurope 2005*¹⁰⁹, foi claramente incluído dentre estes objetivos maiores da Comunidade a universalização do acesso a Internet com conexão de banda larga¹¹⁰, a fim de possibilitar maior participação de todos na sociedade. E, finalmente, em 2005, através do lançamento do *Plano i2010*¹¹¹, foram divulgados outros objetivos mais amplos a serem atingidos no setor, como a criação de um espaço único europeu da informação¹¹², o reforço da inovação e do investimento em novas tecnologias e infra-estruturas alternativas e, especialmente, a constituição de uma sociedade da informação europeia inclusiva, que promova o crescimento, o emprego e a melhoria da qualidade de vida.

Tais objetivos perseguidos pela Comunidade Europeia deixam claro que esta reconhece que o setor será cada vez mais vital para toda sociedade, ao servir de base ou de instrumento para praticamente todas as atividades desenvolvidas no espaço comunitário. Justamente por esta razão é que quer assegurar uma dimensão pan-europeia ao setor, em uma verdadeira “rede virtual”¹¹³ à disposição de todas as empresas e cidadãos comunitários.

¹⁰⁹ UNIÃO EUROPÉIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu, Comité Económico e Social e Comité das Regiões eEurope 2005...*

¹¹⁰ “Assim, o eEurope 2005 visa estimular serviços, aplicações e conteúdos seguros assentes numa infra-estrutura de banda larga amplamente disponível.” (Ibidem, p. 2).

¹¹¹ “...a Comissão propõe três prioridades para as políticas europeias da sociedade da informação e dos media: i) a criação de um espaço único europeu da informação, que promova um mercado interno dos serviços da sociedade da informação e de media aberto e concorrencial; ii) o reforço da inovação e do investimento em investigação na área das TIC, com vista a promover o crescimento e a criação de mais e melhores empregos; iii) a realização de uma sociedade da informação europeia inclusiva, que promova o crescimento e o emprego de um modo compatível com o desenvolvimento sustentável e que dê prioridade à melhoria dos serviços públicos e da qualidade de vida.” (UNIÃO EUROPÉIA, *i2010 – A European Information...*, p. 4).

¹¹² “A criação de um espaço único europeu da informação com um mercado interno aberto e concorrencial é um dos desafios cruciais para a Europa, no âmbito mais lato da estratégia para o crescimento e o emprego.” (UNIÃO EUROPÉIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à revisão do quadro...*, item 2).

¹¹³ “Network effects in particular are the focus of attention, and these effects are to be assessed not so much at the level of each individual network or service in a competitive market, but rather at the overall level of the whole sector, ie all networks and services put together. The point of reference for the regulator is thus the ‘virtual network’ made up of all competing networks and services seen as a whole.” (LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 369).

No entanto, tendo em vista as já aludidas peculiaridades que envolvem as telecomunicações, em uma realidade em que já existem milhares de empresas atuando no setor nos Estados-membros, cada uma prestando seus serviços específicos, com diferentes tecnologias e infra-estruturas, disputando por posições em mercados cada vez mais competitivos, a consolidação desta rede virtual é cercada de vários desafios.

Assim, há de se administrar os recursos escassos indispensáveis ao setor, a fim de que se (i) permita a adequada utilização do espectro eletromagnético (o qual é limitado, devendo ser repartido e compartilhado entre todas as diversas espécies de comunicação, da forma mais eficiente possível); (ii) assegure determinados direitos reais para as operadoras do setor (para que possam, por exemplo, promover a instalação de antenas e estações rádio-base, utilizar o espaço subterrâneo para instalar linhas de fibra ótica, utilizar antenas de outras empresas do setor, etc.); e, (iii) organize e assegure às operadoras determinada numeração nos serviços de telefonia e de acesso a Internet.

Além disso, também é preciso tutelar questões como: (i) universalidade de alguns serviços (para que todos no espaço comunitário tenham acesso a um pacote mínimo de serviços de telecomunicações, a preços razoáveis, de forma a não permanecerem à margem da sociedade); (ii) interconexão (para que todas as operadoras possam conectar seus usuários com os usuários das demais operadoras, permitindo que todos no espaço comunitário possam se comunicar, independentemente da empresa da qual são clientes); (iii) interoperatividade, compatibilidade e padronizações técnicas (para que não haja barreiras nas comunicações em razão da diferença de redes, serviços e/ou tecnologias utilizadas); (iv) segurança das redes e proteção de dados (para que consumidores não sejam prejudicados com a indevida divulgação de seus dados ou suportando outros danos enquanto sua comunicação transcorre pelas redes de inúmeras empresas)... Tudo isso para que se atinja e se proteja a rede virtual, a sociedade da informação europeia, uma

dimensão pan-européia do setor, enfim, esta segunda característica das telecomunicações, basilar para toda a Comunidade.

Conforme referido, especificamente para tutelar esta segunda característica do setor, e as respectivas questões envolvidas, os autores¹¹⁴ que defendem a alternativa em questão sustentam que a defesa da concorrência não seria adequada e suficiente, de forma que seria necessária a aplicação de regulação específica do setor pelas autoridades reguladoras. O argumento utilizado é que, especificamente em relação a esta segunda característica, mesmo havendo liberalização e concorrência efetiva no setor, isto não significa que não será mais necessário adotar decisões políticas específicas do setor¹¹⁵ e implementar ações peculiares às telecomunicações comunitárias¹¹⁶.

Nesse sentido, competiria à regulação específica do setor fazer com que as telecomunicações efetivamente funcionassem no espaço comunitário com uma verdadeira rede virtual única, acessível a todos e sem barreiras de qualquer ordem que pudessem prejudicar as comunicações e demais atividades realizadas através desta rede. Assim, por exemplo, deveria permanecer a cargo da regulação específica, aplicada pelas autoridades nacionais: (i) a organização da utilização do espectro eletromagnético, (ii) a disciplina dos

¹¹⁴ "In the post-liberalization era, sector-specific regulation will concentrate on the proper functioning of the overall telecommunications sector as the foundation for economic and social activity. With respect to transactional access, the role of the regulator is likely to consist in monitoring the 'virtual network' to ensure that no losses in overall welfare would ensue because transactions could not be carried over the virtual network according to the requirements of the parties, for lack of interconnection, interoperability, standardization or compatibility." (LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 397).

¹¹⁵ "The establishment of free competition in telecommunication should not be an excuse for eliminating all public sector involvement. On the contrary, the public sector will have to raise again its role. A public sector role will continue in most of the European Union states, not only for the transitional period to an Information Society but later as well, in order to guarantee the fulfilment of public and private rights and duties. With free competition in telecommunications, the market itself is not enough to guarantee the range of services needed throughout Europe to develop the Information Society. It will be necessary for European regions to have a policy that guarantees a coherent development of basic networks, infrastructures and services. The respective role of the states and regions must be balanced and complementary, and they must be coordinated with private initiatives. These initiatives are expected to be the real promoter and manager of Information Society development." (ALABAU, Antonio. *Telecommunications and the Information Society in European regions. Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, v. 21, n. 8, 1997, p. 771).

¹¹⁶ "Liberalization does not mean that no more policy choices need to be made..." (LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 319).

casos em que deve ser assegurado às operadoras direitos reais para instalação de infra-estrutura, (iii) a atribuição de números para os usuários e a garantia de sua portabilidade em condições razoáveis dentro da Comunidade, (iv) a identificação dos serviços básicos de telecomunicações a serem assegurados a todos os cidadãos da Comunidade e as compensações devidas por esta prestação obrigatória, (v) a disciplina das condições e dos termos em que deve ser assegurado que uma operadora utilize a infra-estrutura das demais, (vi) a garantia de que as redes existentes serão compatíveis entre si, mesmo que utilizem tecnologias diferentes, para que os respectivos usuários possam se comunicar em todo o espaço comunitário, (vii) definir os patamares mínimos de segurança das redes e dos serviços prestados e, especialmente, (viii) garantir a fiscalização por parte das autoridades nacionais reguladoras de todas as questões submetidas à regulação específica e (ix) assegurar a efetividade da atuação destas autoridades nos casos em que houver violação dos deveres impostos. Tudo para que, dentro da Comunidade, não existam quaisquer barreiras que impeçam ou dificultem que as empresas e/ou cidadãos comunitários comuniquem-se ou realizem operações econômicas e sociais com a utilização das telecomunicações.

2.3 Síntese das alternativas analisadas: tentativa de identificação do papel e dos limites da defesa da concorrência nas telecomunicações comunitárias

Após realizada a análise das duas alternativas que normalmente são apontadas para o futuro da disciplina no setor na Comunidade Européia, é possível definir alguns

parâmetros em relação ao papel e aos limites que o direito da concorrência deverá adquirir na disciplina das telecomunicações no espaço comunitário.

Com efeito, existe um núcleo em relação ao qual realmente não há como o direito comunitário da concorrência, por si só, atribuir a disciplina suficiente e adequada. Em especial as questões de utilização de recursos escassos e de estipulação e fiscalização de requisitos eminentemente técnicos para prestação de serviços e funcionamento de infra-estruturas, pela sua especificidade, não poderão ser simplesmente disciplinadas pelo direito comunitário da concorrência e pelas autoridades da concorrência, uma vez que não se enquadram nas competências destas. Estas questões, de natureza técnica e realmente específica do setor, necessariamente terão de ser disciplinadas por alguma regulação específica e pelas autoridades reguladoras, mesmo em mercados em que exista concorrência efetiva¹¹⁷.

Da mesma forma, existe um segundo núcleo em relação ao qual tem-se que, uma vez atingida a concorrência efetiva no respectivo mercado, dever-se-á retirar a regulação econômica setorial, a fim de permitir que este seja disciplinado apenas pelo direito da concorrência. Tal núcleo corresponde ao tratamento das telecomunicações enquanto uma atividade econômica específica. Com efeito, tal qual ocorre com os demais setores importantes da sociedade, no momento em que é constatada a existência de concorrência efetiva, não há mais motivos para se recorrer à aplicação de regulação setorial assimétrica, no que tange ao tratamento das telecomunicações enquanto uma atividade específica. É o que ocorre, por exemplo, com a análise dos atos de concentração e com a possibilidade de entrada em mercados que não envolvam recursos escassos. Nestas hipóteses, e especialmente uma vez que já exista concorrência efetiva no mercado, não há motivos para

¹¹⁷ Cf. LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 340.

se sujeitar o respectivo atuante a mais de uma disciplina, quando o direito da concorrência já se mostra suficiente e adequado para lidar com a questão¹¹⁸.

Entretanto, se existem estes dois núcleos nos quais já é possível definir desde logo o papel e os limites da aplicação das normas de defesa da concorrência no setor, há outras questões mais nebulosas, em que há grandes divergências quanto à possibilidade de utilização exclusiva do direito da concorrência. Especialmente em relação à segunda característica das telecomunicações anteriormente referida (que tem como objetivo atingir e proteger uma rede virtual, constituindo uma sociedade da informação europeia, com uma dimensão pan-europeia do setor), que envolve, por exemplo, questões como a universalidade de prestação, a interconexão das redes e a interoperatividade dos serviços.

Como visto anteriormente, aqueles que defendem a primeira alternativa exposta acima sustentam que, incorporando teorias como a do *essential facility* e criando precedentes sobre questões como a recusa em permitir acesso às redes, a discriminação em relação a empresas concorrentes, subsídios cruzados e vendas casadas, o direito da concorrência seria plenamente apto a solucionar tais peculiaridades dos mercados de telecomunicações.

Neste tocante, os defensores da segunda alternativa abordada¹¹⁹ concordam que, realmente, o direito comunitário da concorrência, tal qual aplicado pelas autoridades da concorrência, poderia evoluir e incorporar uma série de fatores específicos do setor e, conseqüentemente, ser capaz de solucionar algumas das questões aludidas. Não obstante,

¹¹⁸ “uma vez que o mercado de determinado setor regulado estiver funcionando em condições satisfatórias deve haver a flexibilização das normas regulatórias para permitir o seu livre funcionamento, passando-se para um enfoque propriamente regulatório; de forma que a agência reguladora possa exercer uma atividade de natureza mais técnica, regulando e fiscalizando prestação dos serviços, preocupando-se muito mais com a fiscalização, qualidade, e eficiência na prestação e atendimento das necessidades do usuário, do que propriamente com a concorrência, deixando esta preocupação para as agências de defesa da concorrência, que por motivos óbvios deve ser o foro para discussões dessa natureza.” (GAMA E SOUZA JUNIOR; MARQUES, Concorrência e Regulação no..., p. 609).

sustentam estes defensores que a solução de tais questões específicas necessariamente passa por alguma decisão política específica do setor, que poderá afetar o mercado. Por exemplo, seguem os autores, ao se decidir acerca do valor que deve ser cobrado por uma empresa com maior poder no mercado para permitir que outra empresa concorrente acesse a sua rede, inevitavelmente estar-se-á decidindo entre incentivar o desenvolvimento de redes alternativas (fixando um valor mais alto para o acesso), impedir o aumento do poder de mercado (fixando um valor mais baixo para o acesso), acabar com poder dominante (determinando a venda da infra-estrutura, por exemplo), criar alternativas para a concorrência (obrigando a empresa não só a permitir acesso como a alugar sua rede)¹²⁰, entre outras soluções e motivações possíveis.

Por esta razão, sustentam os defensores da segunda alternativa abordada que, apesar de o direito comunitário da concorrência realmente poder ser utilizado para solucionar tais questões, isto implicaria a tomada de decisões eminentemente políticas por parte das autoridades da concorrência. Tais decisões deturpariam a própria razão de ser da defesa da concorrência, uma vez se estaria (ou, pelo menos, abrir-se-ia margem para inúmeros questionamentos de que se estaria) utilizando as normas e os mecanismos de defesa da concorrência para beneficiar determinados atores com finalidades eminentemente políticas peculiares ao setor de telecomunicações.

Realmente, é inegável que, em diversos casos envolvendo esta segunda característica das telecomunicações, a decisão a ser tomada será, em grande medida, política sobre os rumos que se deseja atribuir ao setor. Ainda mais quando se relembra que em alguns mercados específicos, como os de terminação de chamadas na telefonia fixa e móvel e os de conexão com a rede básica de telefonia, ainda não há sequer como se

¹¹⁹ Veja-se, por todos, LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 165 et seq.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 260.

cogitar da existência de concorrência efetiva, havendo inúmeras empresas detentoras de poder dominante. Nestes casos, dependendo da orientação política da Comunidade Européia – se deseja continuar incentivando a criação de infra-estruturas alternativas e/ou se deseja universalizar a todos os cidadãos comunitários o acesso a um determinado serviço ou funcionalidade, por exemplo – a questão será decidida de formas diametralmente opostas.

Sujeitar tais questões exclusivamente às normas, às autoridades e à prática da defesa da concorrência, ainda que em tese possível, a longo prazo poderia ser mais prejudicial, uma vez que poderia abalar o funcionamento da defesa da concorrência nos demais setores da sociedade, diante dos posicionamentos necessariamente políticos e assimétricos que acabariam tendo de ser adotados de forma peculiar para as telecomunicações.

Por tais motivos, pelo menos no que tange a tais casos envolvendo a trabalhada segunda característica das telecomunicações, parece que o papel da defesa da concorrência deve ser mais limitado, para o fim de reduzir, mas ainda manter, a regulação setorial e atuação das autoridades nacionais reguladoras. Estas, no mínimo dos mínimos, teriam mais legitimidade para disciplinar tais questões, sem correr o risco de afetar todo o sistema de defesa da concorrência, o qual é vital, não só para as telecomunicações, mas também para todos os demais setores da sociedade. Assim, poder-se-ia deixar o sistema de defesa da concorrência, assim como todo o direito comunitário da concorrência, dentro de suas fronteiras tradicionais, em que possuem pacífica legitimidade, monitorando e policiando fenômenos concretos do mercado, com base em dados objetivos¹²¹.

¹²¹ "...in this respect, the continuing use of EC competition law to support broader regulatory objectives and to supervise national sector-specific regulation could prove harmful. Nothing could be more damaging to EC competition law in the long-run than an ever louder stream of complaints that it is used to intervene in the inner

Isto não quer dizer, todavia, que a regulação econômica específica se mostra totalmente independente e alheia a todo o esforço histórico de implementação e promoção da concorrência no setor. Pelo contrário. Como visto, tal regulação já foi muito reduzida e certamente o será ainda mais, na medida em que for sendo constatada a concorrência efetiva em diversos mercados. Ademais, como já salientado, atualmente a atuação das autoridades reguladoras se dá a partir de critérios oriundos da defesa da concorrência, em especial no que tange à definição de empresas com poder dominante no mercado. Ou seja, via de regra, em uma realidade mais competitiva como a presente na Comunidade Européia, as obrigações *ex ante* das autoridades reguladoras somente podem ser impostas diante da existência de empresa com poder dominante, o que, por si só, excluirá de seu âmbito de aplicação uma série de mercados e de empresas relativamente menores e efetivamente competitivos, em que não se constate tal poder consolidado.

De qualquer forma, o que desde logo é possível sintetizar a partir das observações acima é que, na realidade comunitária, a defesa da concorrência – e suas normas e autoridades respectivas – vêm adquirindo e adquirirão papel cada vez mais relevante no setor de telecomunicações, possivelmente eliminando a necessidade de intervenção setorial específica no que diz respeito ao seu funcionamento enquanto atividade econômica própria. Neste sentido, questões tipicamente inerentes à concorrência em si¹²², deverão ser tratadas exclusivamente sob o prisma da defesa da concorrência, sem interferência de qualquer regulação específica. De outro lado, também é possível observar que a defesa da concorrência se mostra absolutamente limitada e, inclusive, impossibilitada de tratar de um núcleo mais técnico do setor, o qual certamente necessitará da manutenção de uma

workings of firms and to favour certain policy options at the expense of others. It might thus be more appropriate to leave competition law within its traditional boundaries where its legitimacy is firmly grounded, namely the monitoring and policing of concrete phenomena arising on markets which can be discerned on the basis of observable data.” (Ibidem, p. 319).

¹²² Tais como a análise dos atos de concentração de empresas.

regulação setorial específica. Por fim, em relação à zona gris, que se refere ao tratamento das telecomunicações enquanto meio indispensável para a vida em sociedade, apesar de objetiva e materialmente a defesa da concorrência não se mostrar limitada para a disciplina do setor, empiricamente parece ser mais adequada a manutenção, ainda que em menor grau, da regulação setorial, a fim de não deturpar todo o sistema de defesa da concorrência com decisões eminentemente políticas e assimétricas e, acima de tudo, peculiares ao setor.

Portanto, a aplicação do direito comunitário da concorrência – e de todo o sistema de defesa da concorrência – continuará tendo seu papel fortalecido no setor de telecomunicações. No entanto, este ainda possuirá limites, fazendo-se necessária a regulação econômica específica do setor.

3 CONTRIBUIÇÕES PARA O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRO

Tendo sido analisado um amplo processo de integração como o da Comunidade Européia, seria muito mais adequado e desejado que, da mesma forma, no presente momento o foco do trabalho fosse dirigido ao processo de integração do qual o Brasil faz parte: o MERCOSUL. No entanto, tal processo, que, consoante o art. 1º do Tratado de Assunção¹²³, inicialmente foi constituído no intuito de se constituir um Mercado Comum do Sul até a data de 31 de dezembro de 1994, até o presente momento nem sequer conseguiu implementar plenamente uma zona de livre comércio¹²⁴.

¹²³ “Os Estados-Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará ‘Mercado Comum do Sul’ (MERCOSUL).” (MERCOSUL. *Tratado de Assunção*. Art. 1º. Disponível em: <<http://www.dip.com.br>> Acesso em: 10 ago. 2007).

¹²⁴ “Presentemente, no que concerne ao progressivo processo econômico de integração, o MERCOSUL palmilha numa região nebulosa: entre uma zona de livre comércio no seu interior, ainda não totalmente

Nesse sentido, as poucas disposições existentes no MERCOSUL acerca do setor de telecomunicações dizem respeito basicamente a questões de ordem técnica, de interoperatividade das redes e de coordenação da atuação em termos de recursos escassos¹²⁵. Além disso, não existem normativas do MERCOSUL vigentes nos Estados-partes que disciplinem a defesa da concorrência de forma geral, sendo que alguns destes¹²⁶ Estados nem sequer possuem sistemas nacionais consolidados de defesa da concorrência¹²⁷.

Destarte, diante da total impossibilidade de um foco no processo de integração do MERCOSUL, faz-se mister sejam os resultados demonstrados da experiência comunitária apreciados em face da realidade brasileira do setor de telecomunicações. Desde logo cumpre esclarecer que o intuito do presente trabalho não é o de sugerir a simples cópia das experiências comunitárias, ou mesmo sua imediata aplicação à realidade brasileira. Obviamente, a simples transposição dos resultados obtidos na experiência comunitária, para qualquer país que seja, jamais poderia gerar as mesmas conseqüências lá observadas. Ainda mais se consideradas as significativas diferenças existentes entre a Comunidade Européia e o Brasil, tanto em um aspecto mais amplo, quanto no que diz respeito especificamente ao setor de telecomunicações¹²⁸.

implementada, e os primeiros passos para o estabelecimento de uma união aduaneira perante a terceiros países. Zona de livre comércio é a eliminação, através de um acordo, dos obstáculos tarifários e não-tarifários às exportações e importações comerciais dos produtos originários dos Estados-membros integrantes dessa livre zona. Estabelece-se uma liberdade, mantendo cada um dos Estados sua própria política tarifária com respeito aos terceiros Estados. Não envolve uma Tarifa Externa Comum (TEC). Porém, formulam-se as regras que definem a origem dos produtos comercializados. A segunda fase da integração econômica é a contemplada por uma união aduaneira que implica, e esta é a sua principal característica diferenciadora, a definição de uma TEC." (JAEGER, *Temas de Direito da...*, p. 172).

¹²⁵ Veja-se, neste sentido: ESCOBAR, *O Novo Direito de...*, p. 18.

¹²⁶ Como no caso do Paraguai.

¹²⁷ Para maiores esclarecimentos sobre a questão, veja-se, por todos: JAEGER, *Liberdade de Concorrência...*, p. 602 et seq.

¹²⁸ "Os modelos concorrenciais existentes hoje são oriundos, em sua maioria, de estudos realizados em países desenvolvidos, adaptados, portanto, às características e necessidades destes países. Um PED [país em desenvolvimento], como se verá adiante, possui necessidades econômicas, sociais e culturais diferentes daquelas existentes nos países desenvolvidos. Por isso, não é possível simplesmente copiar o modelo de defesa da concorrência de um país desenvolvido para transplantar em um PED um direito e uma política da

Na verdade, o objetivo é apenas o de apontar algumas questões – positivas e negativas – observadas ao longo de mais de 20 anos de implementação da concorrência nas telecomunicações de um gigantesco mercado, as quais poderão contribuir de alguma forma quando da necessária e constante revisão do modelo de disciplina do setor nacional.

Para tanto, ainda que perfunctoriamente – já que este não é o objetivo do presente trabalho, havendo diversos autores nacionais que trataram do tema com grande profundidade e propriedade, como já referido – é necessário realizar uma exposição do processo de implementação da concorrência nas telecomunicações brasileiras, a fim de possibilitar a compreensão do atual estágio em que se encontra o setor.

Até a edição do Código Brasileiro de Telecomunicações, em 1962, o Brasil era marcado pela fragmentação e pela descentralização do setor de telecomunicações, com centenas de operadoras no país atuando sem qualquer orientação comum clara. A partir de 1962, acompanhando tendência mundial, o setor começou a ser organizado e agrupado sob monopólio estatal da União Federal. Nesse intuito, foi criada a EMBRATEL, que, posteriormente, tornou-se subsidiária da então novel Telecomunicações Brasileiras S.A. (TELEBRÁS)¹²⁹, conjuntamente com vinte e sete outras companhias telefônicas estaduais ou locais¹³⁰.

Diante dos problemas, circunstâncias e desafios já referidos anteriormente, e de outras peculiaridades da realidade brasileira¹³¹, a partir de 1995 o Brasil aderiu à tendência global de liberalização da concorrência em seu setor de telecomunicações. Tal processo¹³²

concorrência que não estão adaptados a suas necessidades e características institucionais.” (MUNHOZ, *Direito, livre concorrência...*, P. 20).

¹²⁹ Para detalhes deste movimento, veja-se, por todos: GAMA E SOUZA JUNIOR; MARQUES, *Concorrência e Regulação...*, p. 591 et seq.

¹³⁰ Mesmo após a consolidação do monopólio estatal no setor, quatro companhias resistiram à concentração realizada e permaneceram independentes do denominado Sistema TELEBRÁS, quais sejam: uma companhia privada (a Companhia de Telecomunicações do Brasil Central) e três companhias estatais (a Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT, a CETERP e a SERCONTEL). (Ibidem, p. 593).

¹³¹ Veja-se, por todos, RAMIRES, *Direito das Telecomunicações...*, p. 21 et seq.

¹³² Bem sintetizado em: XAVIER, *O Regime Especial da...*, p. 25 et seq.

iniciou com a edição da Emenda Constitucional n. 8, a qual passou a permitir a exploração dos serviços de telecomunicações através de autorizações, concessões e permissões. Posteriormente, foi editada a Lei n. 9.295, de 19 de julho de 1996 (denominada de “Lei Mínima”), liberalizando serviços de valor adicionado e flexibilizando a exploração de serviços não abertos ao público. Em seguimento, foi editada a denominada “Lei Geral de Telecomunicações” (Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997), que dispôs acerca da criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e estabeleceu critérios e princípios para a competição nos mercados de serviços e infra-estruturas de telecomunicações. Em 1998, foram editados o Plano Geral de Outorgas (Decreto n. 2.534/98) e o Plano Geral de Metas (Decreto nº 2.592/98). Também ocorreram a separação das operadoras de telefonia fixa das de telefonia móvel, a cisão parcial da TELEBRÁS¹³³ e o ulterior leilão em que foram alienados os controles das empresas cindendas¹³⁴. Posteriormente, ainda foi criado um regime especial de duopólio para os serviços básicos¹³⁵, em especial o de telefonia, até que, a partir de 31 de dezembro de 2003, foi finalizado o processo de liberalização da concorrência no setor.

Especificamente no que tange ao setor de telecomunicações nacional, o seu estágio atual da liberalização contempla algumas peculiaridades no que tange à aplicação de tais normas que disciplinam a defesa da concorrência. É que o processo de liberalização do setor teve o objetivo muito claro de proporcionar a justa competição nos mercados. Porém, tal objetivo não era o único existente, uma vez que também expressamente se visava à universalização, à qualidade, e ao respeito ao usuário¹³⁶.

¹³³ Que deu origem à criação de doze novas empresas *holdings*, que passaram a controlar as antigas companhias telefônicas estaduais e locais.

¹³⁴ Os detalhes deste leilão podem ser conferidos no próprio Edital MC/BNDES nº 01/98 que disciplinou tal procedimento, disponível no *website* da TELEBRÁS <<http://www.telebras.com.br>>.

¹³⁵ Veja-se, para maiores esclarecimentos: GAMA E SOUZA JUNIOR; MARQUES, *Concorrência e Regulação...*, p. 596 et seq.

¹³⁶ *Ibidem*, p 596.

Exatamente em razão da existência de tais objetivos diversos¹³⁷, foi atribuída a ANATEL uma margem de atuação bastante ampla, tendo sido prevista uma série de competências, que possibilitaram a implementação de extensa regulação setorial específica e a intervenção *ex ante* nos mercados em inúmeras situações. Nesse sentido, todas as questões de ordem técnica e específicas do setor naturalmente foram submetidas à regulação econômica específica do setor por parte da ANATEL. E mais, mesmo em relação a aspectos eminentemente concorrenciais do setor, também foi atribuída a ANATEL a competência para atuar, podendo inclusive “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica”¹³⁸. Esta possibilidade de atuação da ANATEL contemplada em lei obviamente acaba limitando o papel desempenhado pelas normas gerais e pela autoridade de defesa da concorrência nos mercados de telecomunicações.

Com efeito, mesmo para a análise dos atos de concentração, atividade tipicamente afeita à defesa da concorrência, a legislação setorial prevê¹³⁹ a participação da ANATEL no mínimo com o papel de investigar os atos, elaborar parecer sobre os mesmos e submetê-los à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica¹⁴⁰ (CADE, autarquia federal responsável pela defesa e pela promoção da concorrência no país¹⁴¹). Isso sem falar que, nos casos em que o ato de concentração envolva a transferência de concessão,

¹³⁷ E por outras questões globais que, direta ou indiretamente, já foram expostas no presente trabalho.

¹³⁸ “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...]

XIX – exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.” (BRASIL. Lei Geral de Telecomunicações. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. art. 19, inc. XIX. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em: 26 jul. 2007).

¹³⁹ Veja-se o artigo 7º, §§ 1º e 2º, da mencionada Lei Geral de Telecomunicações.

¹⁴⁰ “Assim, no setor de telecomunicações, atos de concentração econômica são inicialmente analisados pela Anatel, que emite parecer sobre os aspectos concorrenciais da transação e o envia ao CADE para que este dê a decisão final quanto à licitude do ato. A Anatel desempenha, assim, o papel que a Lei n. 8.884/94 concede às Secretarias de Direito Econômico e Acompanhamento Econômico.” (CASAGRANDE, Controle Estrutural no Setor..., p. 115).

¹⁴¹ Conjuntamente com a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)

autorização ou permissão para prestação de serviço de telecomunicações (como ocorre com a transferência de controle de empresas, por exemplo), a própria ANATEL pode “impedir a concentração econômica no mercado”¹⁴², impondo restrições, limites ou condições às empresas envolvidas, antes mesmo de encaminhar a questão para a apreciação do CADE.

Outrossim, vale destacar que, na prática, nos casos de análise de atos de concentração no setor de telecomunicações decididos pelo CADE, este tem definido o respectivo mercado relevante basicamente de acordo com as definições de serviços determinadas pela regulação setorial da ANATEL¹⁴³, e não com base nos usos e procedimentos que normalmente são implementados para definir mercados relevantes em outros setores da sociedade.

Em linhas gerais, este é o contexto em que se encontra a disciplina do setor de telecomunicações brasileiro, em especial no que tange à autoridade da concorrência (CADE¹⁴⁴) e às normativas de defesa da concorrência e sua relação com a autoridade setorial (ANATEL) e as normativas setoriais. Não obstante, cumpre destacar que, por se tratar de setor extremamente dinâmico, com rápidas e sucessivas inovações, este contexto se encontra sob constante estudo e investigação. Justamente por esta razão é que, tendo sido brevemente contextualizado o setor de telecomunicações brasileiro, ora se passa a suscitar algumas contribuições que a experiência comunitária, devidamente analisada anteriormente, pode oferecer para a evolução e o aprimoramento da disciplina deste setor nacional.

¹⁴² “Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupo empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.” (BRASIL, Lei Geral de..., at. 71).

¹⁴³ Consoante realizado, por exemplo, nos Atos de Concentração ns. 53500.005688/2000 e 535500.000318/2002 (Cf. CASAGRANDE, Controle Estrutural no Setor..., p. 119).

¹⁴⁴ E as demais autoridades que integram a defesa da concorrência: Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

Nesse sentido, apesar de já ter sido ressaltada a obviedade de que as duas experiências possuem enormes diferenças, também é possível observar alguns interessantes pontos de convergência e aproximação. O principal deles é que, tanto na experiência comunitária, quanto no processo brasileiro, restou claramente definido e esclarecido que a implementação da concorrência no setor era apenas um dos objetivos perseguidos com a liberalização das respectivas telecomunicações. Se na Comunidade Européia havia o interesse em constituir um mercado interno das telecomunicações, no Brasil, por exemplo, pretendeu-se universalizar o acesso a serviços de qualidade, por um custo razoável e não abusivo. Ou seja, no Brasil assim como ocorreu na Comunidade Européia, foi atribuída significativa importância para aquela aludida segunda característica das telecomunicações, reconhecendo-se que o setor é vital para toda a sociedade, por constituir um indispensável meio através do qual inúmeras atividades e interações se desenvolvem.

Nessa senda, restando claro que no Brasil, tal qual na Comunidade Européia, o estabelecimento da concorrência nas telecomunicações não era um fim por si só, a primeira contribuição que pode ser obtida da experiência comunitária é a confirmação de que, em relação aquele núcleo mais técnico e específico do setor¹⁴⁵, mostra-se perfeitamente adequada a opção nacional de fazer uso da regulação setorial, reconhecendo-se a limitação da atuação do CADE¹⁴⁶ e das normas de defesa da concorrência neste tocante.

O mesmo ocorre em relação àquelas demais questões anteriormente referidas (a organização da utilização do espectro eletromagnético, a disciplina da garantia de determinados direitos reais às operadoras, a atribuição de números e a garantia de sua portabilidade, a identificação dos serviços básicos de telecomunicações a serem

¹⁴⁵ O qual, como visto, envolve questões como a de utilização de recursos escassos e de estipulação e fiscalização de requisitos eminentemente técnicos para prestação de serviços e funcionamento de infra-estruturas.

universalizados...)¹⁴⁷, que se referem ao tratamento das telecomunicações enquanto um meio fundamental através do qual outras atividades se desenvolvem. Também em relação a estas questões, a análise da experiência comunitária contribui para confirmar a competência da ANATEL, pois igualmente neste tocante as normas e as autoridades de defesa da concorrência se mostram limitadas e/ou inadequadas para disciplinarem este aspecto do setor.

Aliás, no caso do Brasil, parece ser ainda mais acertada a decisão de não sujeitar tais aspectos específicos do setor exclusivamente à defesa da concorrência. Como demonstrado, na disciplina de tais questões inevitavelmente haver-se-á de adotar decisões políticas específicas para o setor, as quais certamente acarretarão em enormes discussões e questionamentos. Sabendo-se que a autoridade da concorrência brasileira já vem enfrentando alguns questionamentos judiciais¹⁴⁸, mesmo em matérias que inegavelmente são de sua competência, seria extremamente perigosa a inclusão de novas matérias polêmicas nas suas atribuições. Certamente, estas acabariam aumentando ainda mais tais questionamentos existentes e, ao fim e ao cabo, abalariam a própria autoridade do CADE, que ainda mais freqüentemente veria suas decisões sendo suspensas ou desconstituídas judicialmente. Portanto, a exemplo da Comunidade Européia, é possível concluir que, nas telecomunicações brasileiras, a defesa da concorrência (e o CADE) não deve assumir o papel de disciplinar o setor no que tange àquela segunda característica do setor, deixando-se para a ANATEL, tal qual já ocorre atualmente, a tarefa de se assegurar que não existam

¹⁴⁶ E pelas SDE e SEAE.

¹⁴⁷ E, ainda exemplificativamente, consoante já destacado: a disciplina das condições e dos termos em que deve ser assegurado que uma operadora utilize a infra-estrutura das demais, a garantia de que as redes existentes serão compatíveis entre si, a definição dos patamares mínimos de segurança das redes e dos serviços prestados, a garantia da fiscalização por parte das autoridades nacionais reguladoras de todas as questões submetidas à regulação específica e a garantia de efetividade da atuação destas autoridades nos casos em que houver violação dos deveres impostos.

¹⁴⁸ Como em dois recentes casos: um envolvendo as companhias Nestlé e Garoto, e outro envolvendo a companhia Vale do Rio Doce, em ambas tendo sido proferidas decisões judiciais que acabaram suspendendo provisoriamente a aplicabilidade da decisão proferida pelo CADE.

no país quaisquer barreiras que impeçam ou dificultem a comunicação ou a realização de atividades econômicas e sociais com a utilização das telecomunicações.

No entanto, há de se lembrar que, mesmo em relação a este ponto, a Comunidade Européia limitou e diminuiu em grande medida a possibilidade de atuação *ex ante* por parte das autoridades reguladoras, especialmente nos mercados efetivamente competitivos. Ainda que tal limitação não possa – e nem deva – ser automaticamente transportada para a realidade brasileira, esta pode servir como um exemplo a ser considerado quando do fortalecimento ainda maior da concorrência nos mercados de telecomunicações nacionais.

De outro lado, em relação àquela primeira característica das telecomunicações descrita ainda na introdução e retomada ao logo do presente trabalho, que se refere às questões de natureza verdadeiramente concorrenciais do setor, ao seu tratamento enquanto uma atividade econômica autônoma e competitiva¹⁴⁹, a realidade brasileira se mostra bem distante daquela observada na experiência comunitária.

Como visto, no Brasil, mesmo em questões eminentemente concorrenciais, como, por exemplo, a análise de atos de concentração, ainda é plenamente viável – e por vezes até obrigatória – a aplicação da regulação setorial específica e a atuação da ANATEL. Tanto que, como visto, há hipóteses nas quais a ANATEL pode inclusive obstar concentrações pretendidas no setor, antes mesmo do ato ser submetido à apreciação do CADE.

Neste ponto específico, foi visto que, para a próxima etapa do constante processo de promoção da concorrência nas telecomunicações na Comunitária Européia, entende-se que a respectiva disciplina deverá ser realizada exclusivamente pelas normas e pela autoridade de defesa da concorrência. O entendimento é o de que, já havendo competição nos

¹⁴⁹ Em menor ou maior grau, dependendo do respectivo mercado.

mercados, o aspecto propriamente concorrencial do setor deve ser disciplinado pelas normas de defesa da concorrência, próprias para tal tratamento, não se fazendo necessário, neste tocante, regulação setorial.

Assim, para o futuro da disciplina do setor no Brasil, outra possível contribuição da experiência comunitária é a de que, uma vez constituídos mercados mais competitivos, os aspectos eminentemente concorrenciais do setor podem – e, no caso da Comunidade Européia, chegou-se à conclusão que devem – ser deixados sob a égide exclusiva da regular defesa da concorrência.

Ainda em relação a este aspecto eminentemente concorrencial do setor, ao seu tratamento enquanto uma simples atividade econômica, outra questão que, no futuro, poderia ser considerada pelas autoridades brasileiras diz respeito à forma de atuação do CADE em relação à análise dos atos de concentração nos mercados de telecomunicações. Como visto, até o presente momento, é o CADE que normalmente tem se aproximado do posicionamento da ANATEL, considerando, para fins de definição de mercados relevantes, a classificação dos serviços de telecomunicações que consta na regulação setorial.

Conforme exposto, na Comunidade Européia, observou-se movimento inverso. Foram as autoridades setoriais que se aproximaram do posicionamento das autoridades da concorrência, passando a analisar os mercados relevantes de acordo com as definições retiradas das normas gerais de defesa da concorrência, aplicáveis a todos os setores da sociedade. Isto resultou, como destacado, em uma divisão básica dos mercados, não pelo tipo de tecnologia empregada, mas por critérios mais coerentes com a identificação das dimensões substancial, geográfica e temporal do mercado. Como exemplo, já aludido, tem-se a divisão básica dos mercados relevantes na Comunidade Européia entre mercados de produtos e serviços destinados aos consumidores finais (retalhistas) e mercados de

elementos utilizados por outras operadoras como meio para oferecer os respectivos produtos e serviços aos consumidores finais (grossistas).

Veja-se que não se está sustentando que, necessariamente, esta é uma classificação adequada para a realidade brasileira. O que se sustenta é que, em mercados cada vez mais convergentes e dinâmicos, a mais estática classificação dos serviços realizadas pela ANATEL pode não espelhar da melhor maneira os mercados brasileiros. Nessa senda, uma nova forma de pensar a definição dos mercados relevantes no setor de telecomunicações, mais coerente com a própria atividade do CADE de promoção e de defesa da concorrência, talvez possa melhor disciplinar este dinâmico setor.

Em síntese, pensando-se no futuro da disciplina das telecomunicações nacionais, quiçá a maior contribuição da experiência comunitária analisada é a de que, com a implementação da concorrência no setor e já havendo competição nos mercados, a aplicação das normas e a atuação da autoridade de defesa da concorrência devem ser fortalecidas nas telecomunicações¹⁵⁰. Ou seja, a defesa da concorrência, tal qual implementada pelo CADE¹⁵¹, deveria assumir o papel de disciplinar o setor enquanto uma atividade econômica autônoma, focando nos seus aspectos eminentemente concorrenciais (primeira característica do setor). De outro lado, em relação àquelas questões mais técnicas e de definição de políticas para o adequado funcionamento deste fundamental meio para a realização de diversas atividades essenciais da sociedade, as normas de defesa da concorrência e a atuação do CADE mostrar-se-iam insuficientes e inadequadas, razão pela

¹⁵⁰ Em sentido semelhante: “uma vez que o mercado de determinado setor estiver funcionando em condições satisfatórias deve haver a flexibilização das normas regulatórias para permitir o seu livre funcionamento, passando-se para um enfoque propriamente regulatório; de forma que a agência reguladora possa exercer a atividade de natureza mais técnica, regulando e fiscalizando a prestação dos serviços, preocupando-se muito mais com a fiscalização, qualidade e eficiência na prestação e atendimento das necessidades do usuário, do que propriamente com a concorrência, deixando esta preocupação para as agências de defesa da concorrência, que por motivos óbvios deve ser o foro para discussões dessa natureza.” (GAMA E SOUZA JÚNIOR; MARQUES, Regulação e Concorrência no..., p. 609).

¹⁵¹ E pelas SDE e SEAE.

qual ainda seria necessária a atuação da ANATEL, com sua regulação setorial um pouco diminuída, especialmente quando constatada concorrência efetiva no respectivo mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de, primeiramente, expor e analisar o processo de implementação da concorrência no setor de telecomunicações na Comunidade Européia, a fim de tentar identificar o papel e os limites que a disciplina geral da defesa da concorrência no setor, especialmente diante da existência de mercados competitivos. A partir dos resultados encontrados, buscava-se, ao final do trabalho, identificar algumas possíveis contribuições desta experiência comunitária para a melhoria e a evolução do atual contexto da disciplina do setor de telecomunicações brasileiro.

Nesse sentido, na primeira parte do trabalho, o estudo foi voltado para a Comunidade Européia e para o que ocorreu no processo de implementação da concorrência até a sua fase atual. Na segunda parte do trabalho, ainda mantendo-se o foco na experiência comunitária, o estudo foi voltado para o papel e os limites que a defesa da concorrência deverá adquirir no setor, em uma realidade em que os mercados cada vez se apresentam mais competitivos. Por fim, na terceira parte de trabalho, o foco foi deslocado para a realidade brasileira do setor, tendo sido suscitadas algumas contribuições que a experiência comunitária poderia proporcionar para as telecomunicações no Brasil.

Nesse sentido, recorrendo-se à análise das duas características básicas das telecomunicações, foi possível identificar que, na Comunidade Européia, após a implementação da concorrência no setor, está se diminuindo a regulação específica existente e se atribuindo à defesa da concorrência o papel que lhe é de origem: a disciplina do setor enquanto uma atividade econômica como qualquer outra. Não obstante, em relação à segunda característica das telecomunicações, de constituir um meio essencial

para desenvolvimento de outras atividades de toda a sociedade, mesmo em mercados competitivos, foram reconhecidos limites e inadequações à aplicação exclusiva das normas gerais da defesa da concorrência, concluindo-se pela necessidade de manutenção de regulação específica do setor e de atuação de autoridades reguladoras.

Tais conclusões indicam que, na medida em que a competição nos mercados vai se estabelecendo, a defesa da concorrência vai reassumindo o seu papel de disciplinar o setor sob a perspectiva propriamente da concorrência, mantendo-se afastada, todavia, de ingerir em aspectos mais técnicos e peculiares a este setor tão essencial para a sociedade.

Basicamente, estas conclusões acima representaram as possíveis contribuições apontadas para o setor brasileiro das telecomunicações, o qual ainda se mostra muito centrado na regulação setorial específica, e, até o momento, não permitiu que a defesa da concorrência assumisse plenamente o seu aludido papel.

E, assim, tendo sido finalizada tal análise, acredita-se que tenham sido atingidos os objetivos almejados no presente trabalho. Com efeito, foram identificados o papel e os limites básicos da defesa da concorrência no setor de telecomunicações. Assim como também foram, a partir desta identificação, formuladas possíveis contribuições para o setor brasileiro.

De qualquer forma, certamente o setor continuará evoluindo, transformando-se e adquirindo maior importância em velocidades cada vez mais aceleradas. A convergência entre telecomunicações, informática e mídia, muito brevemente, será de tal forma consolidada que se tornará impossível efetivamente separar cada um destes setores. Nesta perspectiva, a defesa da concorrência, as normativas setoriais e as respectivas autoridades nacionais, terão de estar preparados para enfrentar os novos desafios que surgirão. Em um

passado não muito distante, primeiro surgiam os problemas e as necessidades da sociedade para, depois, o setor buscar formas de satisfazê-las, já dispondo de uma disciplina própria e aplicável. Atualmente, já ocorre exatamente o contrário, as tecnologias e inovações é que surgem primeiro, deixando para as autoridades competentes o “problema” de decidir a melhor forma de aplicar, adaptar e/ou reformar a disciplina existente.

REFERÊNCIAS

- ALABAU, Antonio. Telecommunications and the Information Society in European regions. *Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, v. 21, n. 8, 1997, p. 761-771.
- BARTOSCH, Andreas. The liberalisation of european telecommunications and broadcasting markets: the road from monopolies to competition and universal service. *In*: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (org.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 71-128.
- BEKER, Victor; CEZON, Edgardo; GALPERÍN, Carlos; ROZENWURCEL, Guillermo. *La telefonía en la Argentina: de la privatización a la desregulación*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2001.
- BERBEN, Cor; CLEMENTS, Bernard. The European framework for competition in telecommunications. The benefits for peripheral countries. *Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, v. 19, n. 4, 1995. p. 273-283.
- BLACKMAN, Colin; NIHOUL, Paul; QUECK, Robert. Telecommunications in europe. Quo vadis? *Info – The journal of policy, regulation and strategy for telecommunications information and media*. v. 2, n. 3, junho de 2000. p. 219-222.
- BOURREAU, Marc; DOGAN, Pinar. Regulation and innovation in the telecommunications industry. *Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, v. 25, n. 1, 2001. p. 167-184.
- BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; ROCHA, Kátia; MOREIRA, Rafael Henrique Rodrigues. Incertezas, Opções Reais e a Nova Orientação Regulatória das Operadoras de Telefonia Fixa Brasileira: o mark-up sobre o custo de capital. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/monografias.htm>> Acesso em: 26 jul. 2007.
- BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law. *In*: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 1-50.
- BRAUN, Jeans-Daniel; CAPITO, Ralf. The emergence of EC telecommunications law as a new self-standing field within community law. *In*: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 51-70.

- _____. The Framework Directive. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 309-358.
- BRASIL. Lei Geral de Telecomunicações. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em: 26 jul. 2007.
- CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel. *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 1, 2004. p. 101-126.
- CAVE, Martin; STUMPF, Ulrich; VALLETTI, Tommaso. *A Review of certain markets included in the Commission's Recommendation on Relevant Markets subject to ex ante Regulation*. jul. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu> > Acesso em: 26 nov. 2006.
- CERVIO, Guillermo. *Derecho de las telecomunicaciones*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.
- CLEMENTS, Bernard. The impact of convergence on regulatory policy in Europe. *Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, v. 22, n. 3, 1998. p. 397-205.
- CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. Judiciário e Regulação Econômica: a judicialização da política tarifária do setor de telecomunicações em 2003. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/monografias.htm>> Acesso em: 26 jul. 2007.
- DABLER, Thoralf; PARKER, David; SAAL, David. Economic performance in European telecommunications, 1978-1998: a comparative study. *European Business Review*. v. 14, n. 3, 2002. p. 194-209.
- ESCOBAR, Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Lei geral de telecomunicações e direito da concorrência. *Interesse Público*. São Paulo: NOTADEZ, n. 22, 2003. p. 13-25
- FIORATI, Jete Jane. *As telecomunicações nos direitos interno e internacional: o direito brasileiro e as regras da OMC*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- FOLSOM, Ralph. *European Union law in a nut Shell*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1999.
- GAMA E SOUZA JUNIOR, Lauro da; MARQUES, Frederico Magalhães. Concorrência e Regulação no Setor de Telecomunicações. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 573-613.

- GASPARINI, Melissa Ferreira. *A livre concorrência na prestação de serviços de telecomunicações*. Franca: UNESP, 2002.
- GOMEZ ALONSO, Adela. Regulación sectorial y derecho de la competencia en la nueva normativa comunitaria de telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*. n. 16, parte 3, fev. 2003. p. 200-218.
- GORE, Al. *Discurso proferido na conferência realizada na União Internacional de Telecomunicações*. Setembro de 1994. Disponível em: <<http://www.itu.int>> Acesso em: 26 nov. 2006.
- GUTIERREZ, Luis; BERG, Sanford. Telecommunications liberalization and regulatory governance: lessons from Latin America. *Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, vol. 24, n. 1, 2000, p. 865-884.
- JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de concorrência na União Européia e no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002.
- JASINSKI, Piotr. Competition rules and regulations in telecommunications. The case of Poland's intent to join the EU. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. International developments. Westport: Praeger Publishers. 1997. p. 127-148.
- JUST, Natascha; LATZER, Michael. EU competition policy and market power control in the mediamatics era. *Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, vol. 24, n. 1, 2000, p. 395-411.
- KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Publishers, 2001.
- KOENIG, Christian; LOETZ, Sascha. Framework for Network and Interconnection. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 359-440.
- LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000.
- LEAL, Ana Lucia Palhano. O papel das organizações internacionais no marco regulatório das telecomunicações no Brasil. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 12, jul. 2001, p. 58-67.
- MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 300-316.

- MERCOSUL. *Tratado de Assunção*. Disponível em: <<http://www.dip.com.br>> Acesso em: 10 ago. 2007.
- MICHALIS, Maria. Local competition and the role of regulation: the EU debate and Britain's experience. *Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, v. 25, n. 1, 2001. p. 759-776.
- MONTERO PASCUAL, Juan; SOUTO SOUBRIER, Luis. De la desmonopolización a la competencia efectiva: aplicación de la normativa antitrust comunitaria española en el sector de las telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*. n. 4, parte 2, ago. 1998. p. 28-59.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Disciplina jurídica da concorrência e o acesso às redes de telecomunicações. *Interesse Público*. São Paulo: NOTADEZ, n. 17, 2003. p. 25-55.
- MOURA, Willy da Cruz. *Processo administrativo na Agência Nacional de Telecomunicações*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2006.
- PEHA, Jon. Telecommunications competition in 2010. *Info – The journal of policy, regulation and strategy for telecommunications information and media*. v. 2, n. 2, abril 2000. p. 199-205.
- PEREIRA, Edgard; LAGROTERIA, Eleni. O marco regulatório brasileiro para o setor de telecomunicações e a competição no mercado de telefonia fixa de longa distancia. *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 3, 2004. p. 127-164.
- PEREIRA, Maria João. A “justa competição” na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico. *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC, v. 6, n. 5, 1999. p. 5-30.
- PERRUCCI, Antonio; CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*. Reino Unido: Elsevier, v. 21, n. 6, 1997. p. 493-512.
- RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações: a Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- REDING, Viviane. From Service Competition to Infrastructure Competition: the Policy Options Now on the Table. *In: ECTA Conference 2006*, 16 nov. 2006, Brussels. *Speech 2006/697*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 31 mai. 2007.
- SILVA, Alexnaldo Cerqueira da. Essential facility theory: uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados. *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC, v. 13, n. 1, 2006. p. 215-230.

TELIGEN HARRIS INTERACTIVE. *Report on Telecoms Price Developments from 1998 to 2005*. Reino Unido, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Report on Internet Access Costs Via a Standard Telephone Line, ADSL, and Cable Modem*. Reino Unido, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado nos termos do quadro regulamentar comunitário*. COM(2006) 28. 06 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 31 mai. 2007.

_____. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à revisão do quadro regulamentar comunitário das redes e serviços de comunicações electrónicas*. COM(2006) 334. 29 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 31 mai. 2007.

_____. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre regulamentação e mercados europeus das comunicações electrónicas em 2005*. COM(2006) 68. 20 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 31 mai. 2007.

_____. *Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu, Comité Económico e Social e Comité das Regiões e Europe 2005: uma sociedade da informação para todos*. COM(2002) 263. 28 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006

_____. *Directive amending Directive 90/388/EEC with regard to the implementation of full competition in the telecommunications markets*. Diretiva 1996/19/EC. 13 mar 1993. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Directive amending Directive 88/301/EEC and Directive 90/388/EEC in particular with regard to satellite communications*. Diretiva 1994/46/EC. 13 out. 1994. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Directive concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector*. Diretiva 97/66/EC. 30 jan. 1998. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Diretiva relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro)*. Diretiva 2002/21/EC. 07 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Directive on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities*. Diretiva 2002/19/EC. 24 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Directive on competition in the markets for electronic communications networks and services*. Diretiva 2002/77/EC. 16 set. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Directive on competition in the markets in telecommunications terminal equipment*. Diretiva 1988/301/EEC. 24 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Directive on competition in the markets for telecommunications services*. Diretiva 1990/388/EEC. 28 jun. 1990. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Directive on the application of open network provision (ONP) to voice telephony and on universal service for telecommunications in a competitive environment*.

Diretiva 1998/10/EC. 26 abr. 1998. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Directive on the approximation of the laws of the Member States concerning telecommunications equipment.* Diretiva 1991/263/EC. 29 abr. 1991. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Directive on the authorisation of electronic communications networks and services.* Diretiva 2002/20/EC. 24 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Directive on universal service and users rights relating to electronic communications networks and services.* Diretiva 2002/22/EC. 07 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *E-Communications Household Survey.* jul. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *i2010 – A European Information Society for growth and employment.* COM(2005) 229. 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Green Paper on the development of a common market for telecommunications services and equipment.* COM(87) 290. 30 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Green Paper on the liberalisation of telecommunications infrastructure and cable television networks.* COM(94) 440 e COM(94) 682. 25 out. 1994. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector.* 1991 Guidelines. 06 set. 1991. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26/11/2006.

_____. *Notice on the application of the competition rules to Access agreements in the telecommunications sector.* 1998 Access Notice. 22 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26/11/2006.

_____. *Overview of the EU regulatory framework for the electronic communications sector.* Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Proposal for a Council Directive on the establishment of the internal market for telecommunications services through the implementation of Open Network Provision.* COM(88) 825. 09 jan. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Recomendação da Comissão de 11 de Fevereiro de 2003 relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação ex ante, em conformidade com o disposto na Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas.* Recomendação 2003/311/CE. 11 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 31 mai. 2007.

_____. *Review 1999 – towards a new framework for electronic communications infrastructure and associated services.* COM(99) 539. 10 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Telecoms Services Indicators.* dez. 2004. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

_____. *Tratado de Roma.* Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26/11/2006.

_____. *Tribunal das Comunidades Europeias. Caso 41/83. Italy v. Commission.* 1983. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26/11/2006.

_____. Tribunal das Comunidades Europeias. *Caso 202/88. France v. Comission.* 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26/11/2006.

_____. *Tomorrow's Framework.* Disponível em: <<http://www.europa.eu>> Acesso em: 26 nov. 2006.

UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Informações sobre os Estados partes. Disponível em: <<http://www.itu.int>> Acesso em: 26 nov. 2006.

URE, John; VIVORAKIJ, Araya. Privatization of telecoms in Asia. *In: RYAN, Daniel (org.). Privatization and competiton in telecommunications.* International developments. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 1-20.

URRUTIA, Bernardo. The EU telecommunications sector during the 1990s: liberalisation, regulation and competition policy. *Boletim Latinoamericano de Concorrência.* n. 9, parte 4, fev. 2000. p. 130-141.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O Regime Especial da Concorrência no Direito das Telecomunicações.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

YU, Liangchun; BERG, Sanford; GUO, Qing. Market performance of Chinese telecommunications: new regulatory policies. *Telecommunications Policy.* Reino Unido: Elsevier, v. 28, n. 3, 2004. p. 715-732.

WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento Econômico e Tecnologia da Informação. *In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 71-101.

WALLSTEN, Scott. Returning to victorian competition, ownership, and regulation: an empirical study of european telecommunications at the turn of the 20th century. *The Journal of Economic History.* v. 65, n. 3, 2005. p. 693-722.

WU, Irene. Canada, South Korea, Netherlands and Sweden: regulatory implications of the convergence of telecommunications, broadcasting and Internet services. *Telecommunications Policy.* Reino Unido: Elsevier, v. 28, n. 1, 2004. p. 79-96.