



Tema 1. Defesa da Concorrência

2º Lugar

Henrique de Andrade Teixeira

Política Antitruste e Regulação da Concorrência no Brasil: um estudo sobre o setor de telecomunicações.

VI PRÊMIO SEAE – 2011

TEMA 1: DEFESA DA CONCORRÊNCIA

POLÍTICA ANTITRUSTE E REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL:

UM ESTUDO SOBRE O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

RESUMO

As autoridades antitruste e as agências reguladoras atuam sobre as questões concorrenciais nos mercados regulados e, desta forma, ambas podem apresentar posicionamentos harmoniosos e conflitantes. Portanto, a aplicação da política de defesa da concorrência brasileira em mercados regulados se mostra como um objeto de investigação interessante. Dentro dessa perspectiva, o setor de telecomunicações é o que apresenta a maior presença das duas autoridades no âmbito concorrencial. Desse modo, o trabalho tem o objetivo de analisar a aplicação da política de defesa da concorrência no setor de telecomunicações brasileiro. Para tanto, foi avaliada a atuação da agência reguladora e da autoridade antitruste nos atos de concentração ocorridos entre os anos de 1998 a 2010. As análises foram realizadas sob a perspectiva de que se os posicionamentos do órgão antitruste e da agência reguladora seriam coerentes. A conclusão foi que se verificou significativa concordância entre as duas autoridades, mas com divergências nos casos mais complexos. Ademais, os posicionamentos se mostram ainda muito atrelados às regulamentações da agência reguladora, apesar de seguidos questionamentos por parte da autoridade antitruste. Isto indica a necessidade de uma revisão do arcabouço legal e, em certa medida, do modelo institucional de análise dos processos de defesa da concorrência.

Palavras-chave: Política Antitruste; Regulação Econômica; Telecomunicações.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1 REGULAÇÃO E ANTITRUSTE	4
1.1 As interações entre a Defesa da Concorrência e a Regulação	7
2 A COERÊNCIA ENTRE OS POSICIONAMENTOS DO CADE E DA ANATEL E SEUS DESDOBRAMENTOS	17
2.1 A coerência entre a ANATEL e o CADE nas análises dos atos de concentração	20
2.2 Previsibilidade e segurança jurídica na defesa da concorrência do setor de telecomunicações brasileiro	32
2.3 As possíveis modificações institucionais para o aprimoramento dos julgamentos	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	46
ANEXO A – Atos de concentração escolhidos (104)	51

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 – Isenção Antitruste	12
QUADRO 2 – Competências Concorrentes	12
QUADRO 3 – Competências Complementares	12
QUADRO 4 – Regulação Antitruste	13

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – ACs em que ocorreu ou não a análise dos principais elementos antitruste	21
TABELA 2 – ACs em que ocorreu a análise do mercado relevante	23
TABELA 3 – ACs em que ocorreu a análise da possibilidade do exercício do poder de mercado	25
TABELA 4 – ACs em que ocorreu a análise das eficiências econômicas	27
TABELA 5 – ACs em que ocorreu a recomendação de restrições para a aprovação da operação	29
TABELA 6 – Análise geral da coerência entre a ANATEL e o CADE	31
TABELA 7 – Decisões judiciais - 2005-2009	36

INTRODUÇÃO

Acerca da interação entre autoridades antitruste e agências reguladoras, o relatório de 2005 da OCDE e do BID (OECD; IDB, 2005) apontava uma tendência entre os países da OCDE de permitir a responsabilidade conjunta de ambas as autoridades na tomada de decisão em assuntos concorrenciais. Essa constatação da OCDE/BID denota a convergência de esforços entre a missão das agências reguladoras e dos órgãos integrantes do SBDC. Uma possível melhora na celeridade do trâmite e na qualificação técnica da instrução dos processos em análise por estes órgãos é factível, tendo em vista o alto nível de especialização e conhecimento exigido para atuar no âmbito dos diversos setores regulados da economia (energia, aviação, telecomunicações, combustíveis). A especialização e o domínio de grande volume de informações técnicas são componentes essenciais para as agências contribuírem para a inibição das práticas e condutas anticoncorrenciais, desde que atuem em perfeita harmonia com os órgãos de defesa da concorrência. Enfim, a interação entre essas autoridades se mostra como uma situação desejável e, desta maneira, os acordos e convênios firmados entre as agências reguladoras e o CADE se tornam pertinentes.

É nesse sentido que a aplicação da política antitruste brasileira em mercados regulados se mostra como um objeto de investigação interessante. E uma especial atenção ao setor de telecomunicações, com maior ênfase nos atos de concentração entre as empresas atuantes no setor, se descortina como um caminho frutífero em um estudo mais apurado. É possível mencionar, ainda, que a presença de contínuas inovações tecnológicas e do fenômeno de convergência tecnológica e de serviços confere ao setor de telecomunicações características muito particulares.

Desse modo, o trabalho tem o objetivo de analisar a aplicação da política de defesa da concorrência no setor de telecomunicações do Brasil. Para tanto, foi avaliada a atuação da agência reguladora e da autoridade antitruste nos processos de defesa da concorrência do setor de telecomunicações, em especial nos atos de concentração ocorridos entre os anos de 1998 a 2010, ou seja, desde a instalação do atual marco regulatório.

A primeira seção tem o objetivo de apresentar as formas de interação entre a regulação econômica e a política antitruste. Dessa maneira, essa primeira parte busca estruturar um arcabouço teórico capaz de auxiliar na análise empírica das demais seções.

A segunda seção busca avaliar a coerência entre os posicionamentos do CADE e da ANATEL nos atos de concentração referentes ao setor de telecomunicações e verificar os possíveis desdobramentos dessa análise. Em especial, o estudo dos desdobramentos versará sobre a previsibilidade e segurança jurídica, bem como sobre as possíveis modificações institucionais que contribuiriam para o aprimoramento dos julgamentos.

Por último, serão tecidas as considerações finais, perpassando as principais conclusões obtidas ao longo das seções anteriores.

1 REGULAÇÃO E ANTITRUSTE

As políticas de regulação e de defesa da concorrência têm se confirmado como um dos principais pilares das economias de livre mercado dos países desenvolvidos e com relevância cada vez maior nos emergentes. As primeiras manifestações dessas políticas, com o intuito de garantir ao Estado a capacidade de

controlar a competição e a atividade econômica exercida por agentes privados e que tiveram uma repercussão mais significativa, ocorreram nos Estados Unidos durante o final do século XIX.

Por volta da década de 1870, a sociedade norte-americana, em especial os agricultores, começou sentir uma forte influência das grandes ferrovias, devido à falta de regras que pudessem limitar as ações dessas ferrovias. Algumas medidas de abrangência estadual foram tomadas na tentativa de se implementar algum tipo de regulação, no entanto elas acabaram sendo derrubadas pela suprema corte dos EUA. Então, em 1887, o Congresso aprovou o *Interstate Commerce Act*, que criou a *Interstate Commerce Commission*, que foi verdadeiramente a primeira agência reguladora daquele país. De acordo com Carlton e Picker (2007, p. 20), essa lei tinha a intenção de controlar a indústria ferroviária, limitando as taxas ao que se acreditava ser razoável e justo e proibindo a concessão de descontos secretos. Ademais, ela tinha o intuito de tentar impedir qualquer tipo de discriminação ou preferência que se mostrasse indevida ou injustificada. Essa lei também buscava regular diretamente a competição entre as empresas ferroviárias, barrando os contratos entre concorrentes que visassem à partilha do tráfego de mercadorias.

Três anos depois, em 1890, foi aprovado o *Sherman Act*, a primeira lei antitruste dos Estados Unidos, que foi o resultado de uma intensa campanha contra os grandes conglomerados econômicos. Em setores como o ferroviário, o petrolífero e o siderúrgico, foi iniciado um processo de formação de cartéis. No entanto, essa forma de organização apresentava um problema intrínseco, era altamente instável, pois os acordos firmados não possuíam legitimidade suficiente para que os participantes fossem legalmente obrigados a cumpri-lo. Desta forma, a vontade de desrespeitá-lo era significativa, em muitas situações irresistível. A solução para tal

problema foi a adoção de um instituto tradicional do direito anglo-saxão, o *trust*.

Forgioni (2005, p.75) explica que:

O industrial transferia a um *trustee* o poder derivado de suas ações, recebendo em contrapartida um *trust certificate*.¹ Os trustes, então, proporcionavam a administração centralizada dos agentes econômicos que atuavam no mesmo mercado, impedindo, de uma maneira segura e estável, que a concorrência se restabelecesse entre eles.

A reação àquela nova situação que se apresentava aos norte-americanos foi imediata. Os consumidores, trabalhadores, agricultores e pequenos empresários se colocaram contrários à concentração de poder nas mãos de poucos. Aos *trusts* eram atribuídas as responsabilidades pelos principais males que acometiam à sociedade norte-americana na época. Por outro lado, os grandes empresários sustentavam que a concentração do poder econômico proporcionava uma expansão da indústria e o aumento da produção. Nesse sentido, foram iniciadas as discussões na esfera política e já nas eleições de 1888 o antitruste era um dos principais assuntos da campanha presidencial. Como resultado, em 1890, o *Sherman Act* entrou em vigor, mas a forma, em até certo ponto, genérica desta lei levou os legisladores à criação de uma nova, o *Clayton Act*, promulgado em 1914 e constituído de uma capacidade muito maior de detalhamento e exemplificação de práticas restritivas da concorrência. Com as funções de vigiar e aplicar a legislação antitruste, também foi criada em 1914 a *Federal Trade Commission* (FTC) que atuaria em conjunto com o *Department of Justice* (DOJ).

Carlton e Picker (2007, p. 20) entendem que esse período, entre o final do século XIX e início do século XX, ilustra bem a interação entre o antitruste e a

¹ Segundo Carvalhosa (1967 apud FORGIONI, 2005, p. 75-76) “[...] caracteriza-se o trustee pela transferência de capitais e valores econômicos de uma determinada pessoa física ou jurídica, que tem como objetivo gerir e administrar aqueles capitais e valores; exerce esta última o papel de agente fiduciário, *trustee*, cabendo-lhe, com plena autonomia, aplicar tais bens e valores da melhor forma, no interesse do agenciador. Ao *trustee* cabe a direção, de maneira uniforme do conjunto de negócios que lhe são confiados”.

regulação. A história, que apresenta inicialmente o antitruste e a regulação como substitutos entre si, também reconhece que os dois poderiam interagir por caminhos ainda desconhecidos. Enfim, tal interação, que, em alguns momentos, se mostrou colaborativa e, em outros, mais conflituosa, moldou os caminhos para o desenvolvimento das políticas de concorrência ao longo do século.

A título de ilustração, no Brasil, o histórico da interação entre essas duas políticas é muito recente. Apesar das primeiras manifestações efetivas de caráter antitruste no Brasil terem surgido na década de 30 e a primeira lei antitruste brasileira (Lei nº 4.137), claramente baseada no *Sherman Act*, ter entrado em vigor em 1962, a inoperância do arcabouço de defesa da concorrência impossibilitou, até a década de 90, qualquer tipo de interação entre essas políticas. Segundo Forgioni (2005), a ineficácia material da política antitruste ocorreu, principalmente, por problemas de interpretação jurídica da legislação, o que gerou contradições no julgado, denotando certa insegurança e imprevisibilidade. Ademais, a própria estrutura do Estado, autoritário, intervencionista e fomentador da formação de monopólios e oligopólios, se tornou incongruente com os objetivos de uma política de concorrência. Somente no final da década de 1990, com a criação das agências reguladoras pelo Estado e com a efetiva atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) desde 1994, é que foi possível constatar as primeiras situações em que ambas as políticas puderam interagir.

1.1 As interações entre a Defesa da Concorrência e a Regulação

Segundo Carlton e Picker (2007, pp. 13-14), é possível questionar: as leis antitruste não seriam suficientes para regular todas as indústrias? De um ponto de

vista geral, apesar da teoria antitruste ter sido elaborada de modo a promover a eficiência, protegendo o processo concorrencial para o benefício da sociedade, o antitruste e a regulação possuem diferentes vantagens comparativas. Como pode-se verificar nas seções anteriores, tanto a defesa da concorrência quanto a regulação seriam um misto de Direito, Economia e Política, mas o antitruste estaria mais organizado em torno do pensamento econômico e, de outro lado, a regulação seria mais frequentemente moldada pelo processo político. Ademais, os tribunais antitruste são o *locus* para a aplicação da lei, ou seja, a eles restaria a responsabilidade de implementar as regras gerais de concorrência, não sendo os mais adequados para fazer avaliações sobre o preço correto ou a qualidade de qualquer bem ou serviço. Tal tarefa recairia sobre as agências reguladoras por seu caráter mais especialista.

Na mesma direção, Posner (2010, pp. 12-13) entende que as agências seriam mais especializadas, o que facilitaria o desenvolvimento de competências em matérias técnicas. Essas agências geralmente possuem grandes equipes e poderes para realizar tanto uma regulação *ex ante* quanto *ex post*. No entanto, devido à maior influência política que as agências sofrem, elas estariam sujeitas a pressões de certos grupos. Os interesses específicos desses grupos poderiam levar a posições anticompetitivas, como, por exemplo, o bloqueio à entrada de novos agentes em determinado setor devido à influência dos agentes já estabelecidos. Outro ponto destacado por Posner (2010, p. 13), seriam as dificuldades encontradas na aplicação das políticas de regulação quanto à dependência em relação às informações fornecidas pelas empresas, que muitas vezes podem ser insuficientes. O autor ainda destaca que uma política de regulação pode sofrer com a necessidade de passar por um duplo processo na sua implementação, pois as decisões das

agências são recorríveis ao judiciário.

Valério (2006, p. 242), por sua vez, considera que nas atividades reguladas existe a possibilidade da solução para certas práticas anticompetitivas se mostrarem mais eficazes quando aplicadas pela agência reguladora, pois poderia ocorrer de forma mais célere do que se fosse feita pela autoridade antitruste, devido ao caráter preventivo de certas ações do agente regulador. Nesse sentido, Mello (2003, p. 7) complementa:

[...] o exercício desse papel *preventivo* da autoridade reguladora poderia independer de autorização legal expressa, visto que estaria agindo em consonância com um princípio constitucional de observância obrigatória independentemente de previsão em lei específica. Contudo, duas ressalvas devem ser feitas: algumas regras podem implicar restrição à liberdade dos agentes regulados (a obrigação de permitir o livre acesso, e.g.) o que requer fundamento legal. Em segundo lugar, a adoção de medidas de natureza preventiva pela agência reguladora não afasta a competência da autoridade antitruste para apreciar condutas ou atos de concentração, salvo disposição expressa de lei que a atribua à agência reguladora.

De acordo com Carlton e Picker (2007, pp. 2-4), ao longo da história verificou-se que o antitruste e a regulação têm, algumas vezes, competido e, em outras, colaborado no processo de controle da concorrência. O resultado dessa interação, pelo menos nos Estados Unidos onde ela já ocorre há mais de um século, foi que a política antitruste se mostrou mais duradoura. Isto pode ser justificado, principalmente, pelo fato da fundamentação econômica ter melhorado significativamente a eficácia da legislação antitruste e a sua aplicação, através de um sistema judiciário independente, ter apresentado uma menor promoção de interesses particulares e menores custos para a sociedade. No entanto, não significa que toda a regulação deva desaparecer. Em especial, nas indústrias com características de monopólio natural é fundamental que a regulação procure permitir a maior concorrência possível, limitada apenas pela legislação antitruste. Nas

atividades que permanecerem parcialmente reguladas, as políticas antitruste e de regulação podem ser usadas conjuntamente de forma a se complementarem no controle da concorrência. Para Posner (2010, p. 13), um sistema misto (antitruste e regulação atuando conjuntamente) é menos suscetível à influência de interesses de grupos específicos, pois seria necessário influenciar tanto a agência quanto o tribunal. Por outro lado, no sistema misto as decisões seriam mais demoradas e os resultados relativamente incertos, além de uma duplicação de custos tanto para o setor público quanto para os entes privados.

Um ponto importante que merece ressalva é o de que regulação e antitruste não são alternativas excludentes. A ideia de que a redução da regulação em determinado mercado necessariamente está relacionada a um aumento da competição nesse mercado é equivocada. A desregulação não enseja automaticamente o aumento da concorrência. Na verdade, segundo Sullivan e Harrison (2009), as políticas de regulação e antitruste são aliadas na obtenção de um mesmo fim, ou seja, ambas buscam a eficiência nos mercados, mesmo que por caminhos distintos; a regulação, por meio do controle de preços, quantidades, condições de entrada e outros; e a política antitruste por meio da promoção e preservação do processo natural de concorrência.

Ademais, seria possível perceber que a regulação não retira as preocupações com a defesa da concorrência, pois, nas situações de regulação parcial, observa-se que, mesmo com as autoridades controlando as decisões dos agentes, ainda existem lacunas nas quais esses agentes podem livremente formular estratégias para a utilização abusiva do poder de mercado. Enfim, mesmo nos mercados regulados existe o potencial para a adoção de condutas anticompetitivas. Desse modo, verifica-se a necessidade do controle do abuso do poder de mercado por

parte das autoridades antitruste em qualquer mercado que exista a mínima possibilidade de uma conduta anticoncorrencial.

A relação entre autoridades antitruste e agências reguladoras enseja duas situações que interagem constantemente. De um lado, a busca pela aplicação sistemática da política antitruste e, de outro lado, a tentativa de se atribuir a um determinado ente a capacidade de resolver problemas de significativa especificidade e tecnicidade. Desse modo, é possível verificar o surgimento de conflitos de competência tanto positivos quanto negativos. Podem ocorrer situações em que ambas as autoridades, autoridade antitruste e agência reguladora, entendem que é de sua competência influir sobre determinado assunto. Pode acontecer, ainda, de ambas concluírem que a responsabilidade de atuar sobre aquele assunto é da outra.

Oliveira, Fujiwara e Machado (2005, pp. 32-35) propõem quatro opções de divisão de tarefas entre os reguladores setoriais e as autoridades de defesa da concorrência. Para o entendimento dessa divisão, três funções básicas devem ser definidas. Primeiro, a regulação técnica (RT) seria o estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotados pelos agentes privados de um setor regulado. Segundo, regulação econômica (RE) seria o estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens e serviços regulados. E terceiro, a lei de concorrência (LC) que é a principal peça legal do ordenamento jurídico que disciplina a livre concorrência.

A primeira opção de divisão de tarefas é a isenção antitruste. Nesse caso, as agências reguladoras (AR) aplicam a legislação de defesa da concorrência, mas prevalecendo a lei específica sobre o eventual comando geral da lei antitruste. Aqui a agência reguladora realiza as três tarefas acima destacadas, sem deixar espaço

para a atuação da autoridade de defesa da concorrência (AC).

	LC	RT	RE
AC	-	-	-
AR	X	X	X

Quadro 1 – Isenção Antitruste

Fonte: OLIVEIRA; FUJIWARA; MACHADO (2005, p. 33).

A segunda opção é a de competências concorrentes, na qual ambas as autoridades têm competência para aplicar as sanções antitruste.

	LC	RT	RE
AC	X	-	-
AR	X	X	X

Quadro 2 – Competências Concorrentes

Fonte: OLIVEIRA; FUJIWARA; MACHADO (2005, p. 34).

A terceira opção é a de competências complementares. Aqui as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. A agência reguladora cuida exclusivamente das tarefas de regulação técnica e econômica e a autoridade antitruste aplica a legislação de defesa da concorrência.

	LC	RT	RE
AC	X	-	-
AR	-	X	X

Quadro 3 – Competências Complementares

Fonte: OLIVEIRA; FUJIWARA; MACHADO (2005, p. 34).

A quarta opção é a regulação antitruste. Nesse modelo, a autoridade antitruste aplica tanto a lei de defesa da concorrência quanto as regulações técnica e econômica. A ênfase maior recairia sobre a legislação antitruste, restringindo-se a regulação ao mínimo necessário.

	LC	RT	RE
AC	X	X	X
AR	-	-	-

Quadro 4 – Regulação Antitruste

Fonte: OLIVEIRA; FUJIWARA; MACHADO (2005, p. 35).

Os autores ressaltam que a diversidade de uma economia moderna faz com que as quatro situações, bem como suas possíveis variantes, possam ser identificadas em um mesmo país. A escolha entre esses modelos não é algo trivial, pois é preciso levar em consideração uma série de aspectos institucionais e históricos específicos a cada país e setor regulado. A terceira opção (competências complementares) se apresenta como a mais apropriada em várias jurisdições, uma vez que a clara definição de competências evita os custos de conflitos e duplicação de esforços. No entanto, esse modelo abre mão de possíveis ganhos de economia de escopo que ocorreriam na primeira opção (isenção antitruste).

Nos setores de infraestrutura (telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás, transportes), devido às suas especificidades inerentes, é presente a possibilidade de ocorrer conflitos de competência. Segundo Fagundes, Pondé e Possas (2002, p. 1):

[...] os setores de infra-estrutura, tradicionalmente monopólios privados ou estatais, têm experimentado um processo de transformação estrutural, onde a concorrência, através da entrada de

novos competidores em alguns segmentos de mercado, coexiste com a necessidade de regulação sobre segmentos ainda monopólicos. Como resultado, tais setores tornam-se, simultaneamente, sujeitos tanto à regimes de regulação, como às regras de defesa da concorrência, delimitadas pela legislação antitruste de cada país. A integração harmônica entre essas duas dimensões não é uma tarefa fácil, embora ambas sejam necessárias para limitar o poder de mercado dos monopólios e encorajar a competição.

A situação mencionada pelos autores vem ocorrendo devido aos processos de desregulação e desestatização implementados nos EUA e na Europa, que também tomaram conta da agenda política no Brasil. O modelo brasileiro no qual o Estado estabelecia as regras de empreendimento e regulação, ora agindo como empresário, ora por meio da outorga de concessões à iniciativa privada, foi substituído, a partir da abertura econômica dos anos 90, pelo modelo estadunidense baseado nas agências reguladoras.

Outro ponto importante, que vem modificando o modo como são tratadas as relações entre a política antitruste e a regulação, são os processos de rápida mudança tecnológica, cada vez mais presentes em vários setores. De acordo com Valério (2006, p. 29):

A revolução tecnológica ampliou a possibilidade de concorrência. O surgimento de novos produtos, sistemas de logística e provedores de serviços competindo com as empresas já instaladas, suscitaram o debate acerca da regulação tradicional.

Esse novo momento possibilitou que as autoridades de defesa da concorrência pudessem atuar de forma repressiva e preventiva sobre os setores de infraestrutura. A política antitruste, que no passado não era capaz de inserir a concorrência nesses mercados, se tornou um instrumento importante para melhorar a qualidade da regulação e, desta maneira, surgiram novos dilemas no âmbito concorrencial. Ademais, é fundamental que a política antitruste seja executada primordialmente pela autoridade antitruste e não pela agência reguladora, pois, caso

fosse atribuída às agências uma instância equivalente à autoridade antitruste, poder-se-ia incorrer no perigo da agência regular e ao mesmo tempo julgar os efeitos da sua própria regulação sobre a concorrência.

Segundo Fagundes, Pondé e Possas (2002), vários são os riscos que podem surgir no âmbito da defesa da concorrência. Nesse sentido, é de extrema importância o monitoramento da evolução dessas estruturas de mercado. É necessário o acompanhamento dos movimentos de alianças, *joint ventures*, aquisições e fusões entre os diversos grupos concorrentes efetivos e potenciais da indústria, nos seus mais variados segmentos, com o intuito de inibir a emergência de estruturas de mercado pouco competitivas. Uma questão crucial é que a presença de custos irrecuperáveis e de comportamentos estratégicos por parte das empresas já estabelecidas implica que tais mercados não são contestáveis. Desta feita, a simples liberalização desses mercados não é suficiente para garantir a introdução de uma maior concorrência.

Carlton e Picker (2007, pp. 31-32) verificam que os reguladores possuem uma preocupação significativa com as questões relacionadas às condições de entrada. Este é um ponto especialmente grave nas indústrias de rede, tais como companhias aéreas, transporte rodoviário, energia elétrica, ferrovias e telecomunicações, pois, nesses setores, as empresas devem se interligar umas com as outras. Desta feita, nessas indústrias cabe ao regulador administrar o preço e a qualidade das interconexões. Uma situação que exemplifica a necessidade de controle por parte da autoridade reguladora seria aquela em que duas empresas concorrem em um mercado final e uma delas fornece à concorrente um insumo essencial. Aqui, o regulador deve preocupar-se com a empresa fornecedora de modo a evitar que ela prejudique a empresa rival. Tal preocupação desapareceria caso a autoridade

reguladora não permitisse a integração vertical das empresas reguladas. Por outro lado, percebe-se que na ausência de regulação (tanto a aplicada pela autoridade antitruste quanto pela agência reguladora), a competição entre as empresas conduziria, provavelmente, a uma concentração vertical e horizontal, gerando uma estrutura de mercado fortemente concentrada. Assim, a presença de uma boa política de regulação pode garantir que as empresas permaneçam vertical e horizontalmente desintegradas.

Carlton e Picker (2007, p. 32) constataram ainda, ao analisarem a trajetória histórica de algumas indústrias de rede nos Estados Unidos, que elas apresentaram um comportamento similar na presença de uma desregulação total ou parcial. Todas as indústrias, após a desregulação (total ou parcial), levaram a uma consolidação massiva, a um aumento da concentração na indústria, ao fim dos subsídios cruzados e a uma diminuição no emprego e/ou no salário.

Portanto, percebe-se que, nessas situações, as políticas de defesa da concorrência tornam-se fundamentais para prevenir o abuso de posições dominantes por parte das empresas estabelecidas, seja por meio de condutas que, de algum modo, provoquem restrições à concorrência, seja pelo aumento do poder de mercado através de alianças ou fusões com empresas concorrentes. Assim, nos setores de infraestrutura que permanecem parcialmente regulados, é de extrema relevância que os critérios das políticas de regulação estejam em sintonia com o objetivo de promoção da concorrência.

Em suma, constata-se que a regulação econômica e o antitruste são duas formas de intervenção estatal sobre os mercados que, especialmente nos EUA, já possuem uma história de convívio superior a um século. Entretanto, tal convívio é relativamente recente no Brasil, pois elas só passaram a interagir efetivamente a

partir do final da década de 1990. Em relação aos princípios que norteiam o antitruste e a regulação econômica, percebe-se que ambos utilizam um arcabouço teórico muito semelhante e interligado. No entanto, ao analisar os objetivos dessas disciplinas, verifica-se que, em alguns casos, eles são comuns e, em outros, relativamente diversos. Isto leva à identificação de várias formas de interação entre as duas doutrinas, que, em algumas vezes, se mostra harmoniosa e, em outras, relativamente conflituosa.

Desta feita, na próxima seção, busca-se analisar a interação entre o antitruste e a regulação econômica, utilizando-se como objeto de estudo a defesa da concorrência no setor de telecomunicações. Para tanto, busca-se avaliar a coerência entre os posicionamentos dessas autoridades e suas implicações.

2 A COERÊNCIA ENTRE OS POSICIONAMENTOS DO CADE E DA ANATEL E SEUS DESDOBRAMENTOS

A presente seção tem o intuito de analisar a coerência entre os entendimentos do CADE e da ANATEL nos atos de concentração referentes ao setor de telecomunicações e buscar as implicações para a defesa da concorrência dessa análise. Para tanto, a primeira subseção realiza a análise entre os posicionamentos do CADE e da ANATEL, avaliando os entendimentos dessas autoridades nos principais elementos estudados nos processos de defesa da concorrência. A segunda subseção avalia as implicações da análise anterior sobre a previsibilidade e a segurança jurídica no julgado. A terceira subseção, por sua vez, discorre sobre as possíveis modificações que se mostram interessantes para o aprimoramento dos julgamentos antitruste do setor de telecomunicações brasileiro.

Os processos de defesa da concorrência do setor de telecomunicações são analisados conjuntamente pelo CADE e pela ANATEL. Ambas as autoridades possuem competências legais para atuarem sobre as questões de defesa da concorrência dentro do setor de telecomunicações. O CADE, pelas atribuições conferidas pela Lei Antitruste Brasileira (Lei nº 8.884/94), e a ANATEL, por meio da LGT (Lei nº 9.472/97), que, no seu art. 7, dispõe que:

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

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Na sequência, o art. 19, inciso XIX, da Lei nº 9.472/97 (LGT), complementa as funções da ANATEL no âmbito da defesa da concorrência, determinando que:

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;

A partir das competências legais supramencionadas, é possível constatar, em certa medida, um sistema de competências concorrentes. Nesse sentido, nos atos de concentração do setor de telecomunicações que tramitam pelo SBDC, para se dirimirem os possíveis conflitos de competência entre os dois órgãos, e seguindo as

determinações da LGT, a ANATEL passou a instruí-los, assumindo as funções da SEAE e da SDE. Ao CADE permaneceu o encargo de realizar os julgamentos e aplicar as medidas necessárias para se evitar prejuízos à concorrência. O Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, nos ACs nº 53500.012477/2008 e 08012.005789/2008-23, envolvendo a Telemar/Oi e a BrT, descreveu o atual trâmite para a aprovação de um ato de concentração da seguinte forma:

[...] (i) o AC é apresentado previamente à ANATEL que, analisando a perspectiva regulatória impõe as medidas necessárias à sua aprovação; (ii) com essa aprovação as empresas podem efetivar o ato de concentração; (iii) em seguida a ANATEL elabora um parecer voltado à análise dos aspectos concorrenciais da operação e o encaminha ao CADE como produto da sua instrução; (iv) finalmente o CADE analisa o AC e profere a decisão final sobre a sua regularidade, impondo as medidas que considerar necessárias para a mitigação de riscos concorrenciais. Evidentemente que o CADE pode impor medidas cautelares ou celebrar um APRO, em qualquer etapa do procedimento descrito.

No entanto, apesar dessa divisão de funções entre as autoridades, verifica-se uma dupla regulação antitruste nos atos de concentração. Isto ocorre devido ao fato de que, para se realizar uma operação de concentração entre duas empresas, é necessária uma anuência prévia da ANATEL. Nesse primeiro momento, essa agência reguladora avalia os elementos de regulação econômica, mas, em certa medida, acaba por perpassar por questões concorrenciais. De acordo com o que foi concluído nessa primeira análise, ela determina a autorização da operação, mesmo que de forma prévia. No segundo momento, a ANATEL avalia novamente a operação em termos da defesa da concorrência e a encaminha ao SBDC para ser julgada pelo CADE. Desse modo, tem-se uma regulação antitruste prévia (ANATEL) e outra definitiva (CADE). Pelo fato da ANATEL atuar nos dois momentos, esse modelo institucional pode levar a concordâncias e a conflitos nos posicionamentos das autoridades. Nesse sentido, a subseção seguinte busca avaliar a coerência entre esses dois órgãos nos atos de concentração do setor de telecomunicações

que foram efetivamente julgados.

2.1 A coerência entre a ANATEL e o CADE nas análises dos atos de concentração

A presente subseção tem por objetivo verificar a atuação conjunta do CADE e da ANATEL em relação aos atos de concentração que foram julgados pelo SBDC desde a criação do atual modelo regulatório do setor de telecomunicação. Mais especificamente, busca-se avaliar a coerência entre os posicionamentos das duas autoridades acerca dos elementos principais de uma análise antitruste.

Desse modo, foi possível focar o estudo em três elementos principais: mercado relevante, possibilidade do exercício do poder de mercado e eficiências econômicas. A partir desses três elementos, foi possível estabelecer um roteiro de análise, que foi dividido em seis etapas. A primeira etapa levanta o questionamento mais amplo de ter sido ou não avaliado algum dos três elementos principais. Na segunda etapa, foi questionado se a ANATEL e o CADE delimitaram o mercado relevante e se as suas delimitações foram iguais. Na terceira etapa, indagou-se sobre a presença de uma efetiva análise, por parte da ANATEL e pelo CADE, da possibilidade do exercício do poder de mercado, verificando se ambas as análises foram coerentes. Na quarta etapa, buscou-se constatar se a ANATEL e o CADE avaliaram as eficiências econômicas e se os entendimentos foram concordantes. Na quinta etapa, o intuito foi verificar se ANATEL e o CADE recomendaram restrições para a autorização da operação e se tais restrições foram iguais. Na última etapa, analisaram-se as etapas anteriores, concluindo se os posicionamentos das duas autoridades foram coerentes ou não.

Em seguida, foram escolhidos os atos de concentração (ACs) ocorridos no setor de telecomunicações e efetivamente julgados pelo CADE entre os anos de 1998 e 2010. Diante da impossibilidade de analisar todos os documentos dos processos, foram escolhidos os dois principais documentos, representativos do posicionamento da ANATEL e do CADE sobre determinado AC, quais sejam, o Parecer da ANATEL e o Voto do Conselheiro-Relator do CADE. Após a pesquisa, foram encontrados 104 ACs do setor de telecomunicações em que estavam disponíveis para consulta o Parecer da ANATEL e o Voto do Conselheiro-Relator do CADE. Esse número representa praticamente a metade do total de ACs do setor de telecomunicações que tramitaram pelo SBDC até o momento. Desse modo, seguiu-se a análise com base no roteiro apresentado anteriormente.

Inicialmente, procurou-se constatar se foi realizado algum tipo de análise sobre os três elementos principais comumente avaliados nos estudos antitruste, quais sejam, o mercado relevante, a possibilidade do exercício do poder de mercado e as eficiências econômicas específicas da operação. A Tabela 1 mostra a distribuição entre os ACs em que ocorreu ou não a análise dos principais elementos antitruste.

Tabela 1 – ACs em que ocorreu ou não a análise dos principais elementos antitruste

Principais elementos antitruste	Nº casos	%
Foram analisados	78	75
Não foram analisados	26	25
Total	104	100

Fonte: Elaboração própria.

A partir da Tabela 1, nota-se que, na maioria dos casos, aproximadamente 75% deles, ocorreu algum tipo de análise pela ANATEL ou pelo CADE de, pelo menos, um dos principais elementos antitruste. Nos outros 25% dos ACs, não ocorreu tal análise pelo fato do processo ter sido arquivado sem julgamento do mérito ou por ele ter se enquadrado no rito sumário. Na primeira situação, geralmente, o arquivamento do processo sem a necessidade do julgamento do mérito se deve à desistência das partes da realização da operação, antes que sua apreciação pudesse ser realizada, ou porque o caso não se adequou às condições legais previstas na Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste Brasileira). Na segunda situação, o rito sumário pode ser caracterizado como uma análise simplificada, que pode ser utilizada nos casos que, potencialmente, não gerem efeitos danosos à concorrência. Ademais, ele proporciona uma diminuição expressiva no tempo de tramitação dos casos considerados mais simples, o que possibilita uma maior atenção aos casos mais complexos. A utilização do rito sumário pela ANATEL foi introduzida pela Resolução nº 393, de 22 de fevereiro de 2005, que alterou a Norma nº 7/99, de modo que o Parágrafo Único do art. 61 passou a determinar que essa agência reguladora poderia

“[...] adotar o procedimento sumário estabelecido pela Portaria Conjunta n.º 1, de 18 de fevereiro de 2003, complementada pela Portaria Conjunta n.º 8, de 2 de fevereiro de 2004, e suas eventuais alterações, emitidas pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.”.

Ainda sobre o rito sumário, a SEAE e a SDE, no Parágrafo Único, do Capítulo I, da Portaria Conjunta nº 001, de 18 de fevereiro de 2003, determinam que:

Parágrafo único. O parecer simplificado de que trata o caput englobará a identificação das requerentes e dos setores de atividades das empresas envolvidas, a breve descrição da operação, observações e recomendação, e poderá não conter discussão acerca do mercado relevante da operação.

Dessa maneira, percebe-se que a delimitação do mercado relevante da operação não é um procedimento obrigatório dentro do rito sumário. Tal fato foi constatado na análise dos documentos, pois se verificou que, nos ACs que adotaram o referido rito, em alguns momentos optou-se por delinear o mercado relevante e, em outros, esse estudo não foi feito.

A partir da segunda etapa da análise em tela, passou-se a trabalhar com os 78 ACs em que foi identificado algum tipo de análise dos principais elementos antitruste. Nessa etapa, o objetivo foi identificar os casos em que a ANATEL realizou a delimitação do mercado relevante, os casos em que o CADE também abordou esse elemento e se os entendimentos foram iguais. A Tabela 2 apresenta o número de casos em que a ANATEL e o CADE fizeram o estudo do mercado relevante e a quantidade de situações concordantes e discordantes.

Tabela 2 – ACs em que ocorreu a análise do mercado relevante

Mercado relevante	Nº casos	%
Foi analisado	78	100,00
ANATEL analisou	75	96,15
CADE analisou	58	74,36
Análises concordantes	66	84,62
Análises discordantes	12	15,38

Fonte: Elaboração própria.

Com base na Tabela 2, percebe-se que, em 78 ACs, ocorreu a análise do mercado relevante por alguma autoridade, em 75 casos (96,15%) a ANATEL delimitou o mercado relevante e em 58 casos (74,36%) o CADE realizou esse procedimento. Ademais, em três ACs, aproximadamente 4%, somente o CADE

abordou o mercado relevante e em 20 ACs (25,64%) apenas a ANATEL avaliou esse elemento. Em um primeiro momento, pode-se estranhar o fato da ANATEL não ter realizado esse procedimento em três casos, já que a delimitação do mercado relevante é um ponto fundamental em qualquer análise de defesa da concorrência, especialmente durante a instrução de um processo. No entanto, esses três ACs se enquadraram no rito sumário, o qual dispensa a obrigatoriedade da análise do mercado relevante, mas os Conselheiros-Relatores desses ACs entenderam pela necessidade de realizar tal procedimento. Sobre os 20 processos em que o CADE não delimitou o mercado relevante, verificou-se que essa autoridade entendeu pela falta de necessidade de analisar esse elemento e apenas seguiu o posicionamento da ANATEL.

Em relação à concordância ou não entre os dois órgãos, constatou-se que em 84,62% dos atos de concentração ocorreu um alinhamento dos entendimentos e em 15,38% os posicionamentos foram diversos. Nas análises discordantes, estão incluídos os três processos em que somente o CADE analisou o mercado relevante e dez ACs em que os Conselheiros-Relatores consideraram que a delimitação proposta pela ANATEL era equivocada. Um exemplo em que o CADE se posicionou contrariamente à ANATEL na delimitação do mercado relevante foi nos ACs nº 53500.022892/2007 e 53500.000478/2008, envolvendo a compra da Telemig Celular pela Vivo e da Amazônia Celular pela Oi. Nos referido processos, o Ilmo. Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, quanto à dimensão geográfica do mercado relevante, entendeu que:

A ANATEL considerou a dimensão geográfica da operação como correspondente à Área de Prestação nº 8. Essa definição, porém, é demasiado ampla e mesmo a delimitação por UF não seria apropriada. Cada UF pode conter uma ou mais áreas de numeração e cada área de numeração corresponde a um Código Nacional (código DDD) distinto. As chamadas cursadas dentro de uma área (chamadas locais) são tarifadas com valores muito menores que as

chamadas cursadas entre áreas distintas (chamadas interurbanas). Dessa forma, os consumidores buscam linhas de SMP cujo Código Nacional seja aquele correspondente à área onde residem. Portanto, a dimensão geográfica da operação, no que respeita ao SMP, corresponde a cada uma das áreas de numeração em que há sobreposição entre o Grupo Oi e a Amazônia Celular [...]

Na terceira etapa da presente análise, o objetivo foi constatar se a ANATEL e o CADE realizaram algum estudo sobre a possibilidade do exercício do poder de mercado. Em seguida, procurou-se identificar se tais estudos foram coerentes ou não. Nesta etapa, buscou-se identificar a presença de fatores como a determinação das parcelas de mercado, índices de concentração, a competição interna (rivalidade), a existência de barreiras à entrada. A Tabela 3 mostra a distribuição de casos em que os dois órgãos analisaram a possibilidade do exercício do poder de mercado e se as análises foram consonantes.

Tabela 3 – ACs em que ocorreu a análise da possibilidade do exercício do poder de mercado

Possibilidade do exercício do poder de mercado	Nº casos	%
Foi analisado	47	100,00
ANATEL analisou	47	100,00
CADE analisou	34	72,34
Análises concordantes	39	82,97
Análises discordantes	8	17,02

Fonte: Elaboração própria.

O que se verifica a partir da Tabela 3 é que em 47 casos ocorreu alguma análise sobre a possibilidade do exercício do poder de mercado. A ANATEL realizou esse estudo nos 47 casos e o CADE em 34 ACs (aproximadamente 72%). Quanto à

consonância entre as autoridades, verificou-se que em 83% dos processos em que esse elemento foi avaliado, os entendimentos foram concordantes e em 17% houve divergências. Sobre as concordâncias, constatou-se que em cinco processos, apesar do CADE não ter realizado nenhum estudo sobre esse elemento, ele referendou o posicionamento da ANATEL. Em relação às discordâncias, elas se projetaram relativamente à falta de identificação de algum fator importante para a determinação da possibilidade do exercício do poder de mercado. Por exemplo, no AC nº 53500.001162/2002, apesar da ANATEL não ter identificado em seu parecer a presença de barreiras legais à entrada, o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em seu voto, entendeu que:

Afere-se, também, a existência de barreiras legais como, por exemplo, a necessidade de autorização de órgãos públicos para licenciamento de importação, de instalação, de certificação, e, demais políticas, exigências e entraves regulatórios que também constituem uma expressiva barreira à entrada. Enfim, vislumbra-se, assim, a presença de elevadas barreiras à entrada nos mercados relevantes em questão.

Outro ponto a ser mencionado em relação à terceira etapa da presente análise, é que, dos 78 ACs que abordaram algum dos principais elementos antitruste, em apenas 47 casos avaliou-se a possibilidade do exercício do poder de mercado. Isso corresponderia a 60% dos casos com algum tipo de análise. Esse não é um número tão alto quanto se desejaria, mas é plausível de se compreender que, devido à grande quantidade de processos que tramitam no SBDC, à necessidade de um rápido julgamento, às economias processuais e à eficiência da Administração Pública, muitos casos podem encerrar suas análises na definição do mercado relevante sem que se precise da continuidade de um estudo pormenorizado. Isto se justifica pelo fato desses casos já inicialmente demonstrarem que não oferecem efeitos anticompetitivos e poderem ser enquadrados no rito sumário.

Na quarta etapa, o intuito foi identificar os atos de concentração que tiveram a

análise das eficiências econômicas específicas da operação. Mais especificamente, procurou-se verificar em quais processos a ANATEL e o CADE realizaram tal procedimento e se os entendimentos foram coerentes. A Tabela 4 apresenta os resultados.

Tabela 4 – ACs em que ocorreu a análise das eficiências econômicas

Eficiências econômicas	Nº casos	%
Foi analisado	3	100,00
ANATEL analisou	0	0
CADE analisou	3	100,00
Análises concordantes	0	0
Análises discordantes	3	100,00

Fonte: Elaboração própria.

Com base nos resultados da Tabela 4, nota-se que em apenas três casos ocorreu a análise das eficiências econômicas e somente o CADE avaliou esse elemento. Esse resultado tão diminuto pode ser compreendido pelo fato de que em nenhum dos atos de concentração analisados se verificou a necessidade de abordar esse elemento. As análises da ANATEL e do CADE atingiram, no máximo, o estudo das probabilidades do exercício do poder de mercado, em que já se verificou a possibilidade de autorização da operação com ou sem restrições. Portanto, em nenhum dos processos escolhidos foi constatada a necessidade do prosseguimento das análises de defesa da concorrência para o estudo das eficiências econômicas. No entanto, em três processos foi identificada, em etapas anteriores da análise antitruste, alguma abordagem em relação às eficiências econômicas.

Particularmente, nos dois processos referentes à fusão da Sky e da DirecTV e no processo sobre a compra da BrT pela Telemar/Oi, os Conselheiros-Relatores desses ACs entenderam pela relevância de se avaliar esse elemento, mesmo que em uma etapa anterior.

Quanto à consonância entre os posicionamentos da ANATEL e do CADE, entende-se que, como a ANATEL não abordou esse elemento em nenhum caso e pelo fato de sua intervenção ser anterior à do CADE, não existe a possibilidade dessa agência referendar o entendimento do CADE. Portanto, pode-se considerar que as autoridades são discordantes em relação às eficiências econômicas.

Na quita etapa da análise em tela, buscou-se encontrar em quais processos a ANATEL e o CADE entenderam pela necessidade de autorizar a operação com restrições e se as recomendações foram as mesmas. As restrições podem ser de dois tipos: as estruturais e as não-estruturais. As medidas estruturais, segundo o Guia Para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE e da SDE (2001, p. 19), são as que têm a intenção de

[...] restabelecer a dinâmica concorrencial nos mercados relevantes definidos, eliminando a necessidade de controles futuros. São exemplos deste tipo de medida a alienação de ativos de empresas, tais como a venda de marcas ou de fábricas e a quebra de patentes.

Já em relação às medidas de cunho não-estrutural, o referido guia da SEAE e da SDE (2001, p. 19) sugere que essas medidas devem gerar efetivos ganhos de eficiência que não seriam alcançados na ausência de tais medidas. Ademais, elas devem ser claras e pontuais, de modo a se minimizar os custos de monitoramento estatal em relação ao cumprimento dos compromissos acordados entre as empresas e a autoridade de defesa da concorrência. A Tabela 5 mostra a distribuição de processos com recomendações de restrições por parte da ANATEL e do CADE e as consonâncias, ou não, entre esses órgãos.

Tabela 5 – ACs em que ocorreu a recomendação de restrições para a aprovação da operação

Restrições ao ato de concentração	Nº casos	%
Foram recomendadas	9	100,00
ANATEL recomendou	7	77,78
CADE recomendou	8	88,89
Recomendações concordantes	1	11,11
Recomendações discordantes	8	88,89

Fonte: Elaboração própria.

A partir da Tabela 5, percebe-se que em apenas nove atos de concentração foram recomendadas restrições para a autorização da operação. O CADE recomendou restrições em oito casos (88,89%) e a ANATEL em sete (77,78%). Em relação à concordância ou não entre as autoridades, verificou-se que em apenas um caso (cerca de 10%) as recomendações foram as mesmas. Nos outros oito atos de concentração, aproximadamente 90%, ocorreu algum tipo de discordância no sentido de que as restrições sugeridas pela ANATEL foram insuficientes, inexistentes ou desnecessárias. Um exemplo de discordância entre as duas autoridades, com relação à insuficiência das restrições sugeridas pela ANATEL, pode ser visto no AC nº 53500.012487/2007, envolvendo a Telefônica e outras empresas, no qual o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo entendeu que:

Além da repetição dos remédios impostos no âmbito da ANATEL, foram acordados, no âmbito do TCD firmado com o CADE, remédios adicionais, que ainda não estavam previstos e que, a meu ver, são necessários para a manutenção das condições de passividade, de efetiva separação das atividades da Telefônica e da Telecom Itália no Brasil e de um monitoramento eficaz.

Outro exemplo de discordância entre os dois órgãos, em que foram consideradas desnecessárias as restrições, se configurou no AC nº 53500.000595/2004, entre Embratel e Claro, no qual o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo considerou que:

Embora pertinentes as preocupações da ANATEL, alguns elementos tornam desnecessárias as restrições por ela sugeridas. Por um lado, o Termo de Entendimento e Compromisso entre **Embratel e Claro** já contém previsão explícita de não-exclusividade (cláusula 1.3) e, segundo informaram as Requerentes em resposta ao Ofício nº 208/2006/PBCPD/ANATEL, para alguns clientes do VipNet Móvel têm sido ativados terminais móveis tanto da **Claro** quanto da TIM. Por outro lado, o tráfego de dados entre usuários de uma mesma rede corporativa, no serviço VipNet Móvel, não está sujeito ao pagamento de tarifas de uso de rede. Ainda que estivesse sujeito a tanto, a regulamentação em vigor já determina que a remuneração da **Claro** pelo uso de sua rede SMP seja praticada de forma isonômica com todas as operadoras. Como consequência, não há preocupações concorrenciais remanescentes que fundamentem quaisquer restrições à operação.

Por fim, na última etapa foram, novamente, avaliadas as etapas anteriores, de modo a se verificar se os posicionamentos da ANATEL e do CADE foram amplamente coerentes ou não. Desse modo, considerou-se o total de ACs escolhidos, verificando em quantos ocorreu a análise de, pelo menos, um elemento principal antitruste; a quantidade de ACs em que a ANATEL e o CADE delimitaram o mercado relevante; quantos processos tiveram análises consonantes sobre o mercado relevante; em quantos a ANATEL e o CADE avaliaram a possibilidade do exercício do poder de mercado; o número de análises coerentes sobre a possibilidade do poder de mercado; em quantos a ANATEL e o CADE analisaram as eficiências econômicas; quantas análises de eficiências econômicas foram consonantes; a quantidade de processos em que a ANATEL e o CADE recomendaram restrições; o número de casos em que as restrições foram as mesmas; e em quantos as análises em geral foram coerentes, isto é, quais

processos tiveram concordâncias em todas as etapas anteriores. Neste último ponto, é importante ressaltar que, nos processos em que não ocorreu nenhuma análise de algum dos elementos principais antitruste, considerou-se que os posicionamentos não foram consonantes nem discordantes, devido à falta de elementos que pudessem ser avaliados. A Tabela 6 mostra os resultados obtidos

Tabela 6 – Análise geral da coerência entre a ANATEL e o CADE

Atos de concentração	Nº casos	%
Atos de concentração escolhidos	104	100,00
Ocorreu a análise de pelo menos um elemento principal antitruste	78	75,00
ANATEL analisou o mercado relevante	75	72,12
CADE analisou o mercado relevante	58	55,77
Análises de mercado relevante coerentes	66	63,46
ANATEL analisou a possibilidade do exercício do poder de mercado	47	45,19
CADE analisou a possibilidade do exercício do poder de mercado	34	32,69
Análises de possibilidade do exercício do poder de mercado coerentes	39	37,50
ANATEL analisou as eficiências econômicas	0	0
CADE analisou as eficiências econômicas	3	2,88
Análises de eficiências econômicas coerentes	0	0
ANATEL recomendou restrições	7	6,73
CADE recomendou restrições	8	7,69
Restrições coerentes	1	0,96
Análises em geral coerentes	65	62,50

Fonte: Elaboração própria.

A partir da Tabela 6, percebe-se que, do total de processos escolhidos, as análises do CADE e da ANATEL podem ser consideradas efetivamente coerentes em 62,50%. No entanto, esse valor se eleva fortemente quando consideramos apenas os ACs em que pelo menos um dos elementos principais dos estudos antitruste é abordado por alguma autoridade. Neste caso, a consonância entre os dois órgãos subiria para mais de 80%. Desse modo, é possível compreender que, normalmente, o CADE segue o entendimento da ANATEL. As discordâncias surgiriam nos casos mais complexos, que exigem estudos mais elaborados. Nestas situações, percebeu-se que o CADE atua no sentido de corrigir eventuais equívocos da ANATEL, sem, contudo, apresentar discordâncias em toda a extensão da análise do ato de concentração.

Enfim, buscou-se avaliar, mesmo que de modo muito simples, a interação entre a ANATEL e o CADE no âmbito dos julgamentos dos atos de concentração. Nesse sentido, pode-se inferir que ambas as autoridades atuam conjuntamente e com relativa coerência entre seus posicionamentos. Desta feita, a subseção seguinte tem o objetivo de avaliar, com base nos resultados da presente subseção, em que medida essa atuação conjunta entre ANATEL e SBDC pode influir sobre a previsibilidade e a segurança jurídica dos processos de defesa da concorrência.

2.2 Previsibilidade e segurança jurídica na defesa da concorrência do setor de telecomunicações brasileiro

A previsibilidade está relacionada à capacidade dos agentes privados de poderem inferir previamente os possíveis resultados e consequências legais de seus atos ou condutas. A segurança, de acordo com Ferraz Júnior (2009, p. 44)

[...] tem a ver com a consistência da duração, isto é, com o evitar que

um evento passado (*o estabelecimento de uma norma e o advento de uma situação normada*), de repente, torne-se algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto, o que faria do tempo do direito um mero tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida.

Em termos jurídicos, Ferraz Júnior (1981, p. 51), em outro texto, discorre que a segurança jurídica significaria

[...] a clara determinação e proteção do direito contra o não-direito, para todos. Na determinação do jurídico e, pois, na obtenção da segurança, a certeza é um elemento primordial. Por certeza entende-se a determinação permanente dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento, de modo que o cidadão saiba ou possa saber de antemão a consequência das suas próprias ações.

A segurança jurídica e a previsibilidade para os agentes privados são fatores constantemente perseguidos pelo judiciário e, no caso da defesa da concorrência, a situação não é diferente. Forgioni (2005, p. 130) destaca que, desde as discussões sobre a Lei 4.137/62, os

[...] debates pautaram-se, indubitavelmente, no problema da segurança e previsibilidades jurídicas, que, até nossos dias, é um dos balizadores das discussões em direito da concorrência. Enfrentava-se (como, ademais, enfrenta-se até hoje) o problema da conciliação da eficiência do sistema antitruste (coibindo o maior número de práticas prejudiciais possíveis) com a segurança e previsibilidade a serem proporcionadas aos agentes econômicos.

Ainda segundo Forgioni (2005, p. 134),

Essa análise técnica das discussões que se travaram, longe de constituir um mero exercício acadêmico é válida para verificarmos que alguns dos problemas derivados do texto legal da Lei Antitruste e sua interpretação foram superados pela própria evolução legislativa brasileira, fruto da meditação sobre nossa realidade e não mera transposição de institutos alienígenas. Erros e acertos já foram cometidos e não podemos prescindir de seu estudo, sob pena de impossibilitar-se a correta inserção do antitruste no atual contexto brasileiro.

Atualmente, a busca pela segurança jurídica é, claramente, um dos principais objetivos do CADE. Tanto que em seu Relatório de Gestão (CADE, 2010, p. 3) referente ao biênio 2009-2010, são destacadas como principais realizações dessa instituição dois fatores importantes para o aumento da segurança dos julgamentos.

Primeiro, o referido documento ressalta a promulgação de cinco Súmulas de Jurisprudência do CADE, que teriam o objetivo de aumentar a segurança em relação à aplicação da lei pelo CADE. Segundo, destaca-se que a autoridade antitruste brasileira atingiu elevadas taxas de confirmação de suas decisões pelo Poder Judiciário nesses dois últimos anos (2009-2010), de modo que se constata o aprimoramento da defesa judicial desse órgão, com aumento de sua credibilidade e, desse modo, a elevação da previsibilidade e segurança de seus julgamentos.

Com relação à jurisprudência como segurança na aplicação da lei, Souza (1996, pp. 19-23) explica que a vocação da lei é se direcionar à sentença, e a sentença, por sua vez, tende à jurisprudência. A sentença só se transforma em jurisprudência quando bem fundamentada e reiteradamente citada pelos tribunais, que utilizam suas razões e, em muitos casos, apenas a seguem, sem nada acrescentar. A jurisprudência seria uma série de julgados que possuem uma linha essencial de continuidade e coerência. Ela tem a capacidade de garantir uma certeza que, muitas vezes, ultrapassa a própria lei, pois ela nasce do caso concreto e se funda na coisa julgada, de modo a garantir que controvérsias já decididas não retornem aos tribunais. Ainda de acordo com Souza (1996, pp. 195-210), um dos importantes institutos jurídicos é a uniformização da jurisprudência, por evitar decisões conflitantes ou divergentes na interpretação do Direito. Desse modo, quando a jurisprudência é sumulada, ela se torna uniforme e mais eficaz, pois passa a ser válida para todos, seja de modo persuasivo ou vinculante. Enfim, a segurança proporcionada pela lei é geral, hipotética e estática. Por outro lado, a segurança da jurisprudência é mais concreta e dinâmica. Nesse sentido, a jurisprudência aperfeiçoa a lei, por meio da garantia de sua correta aplicação e através do incremento da segurança.

Dentro da perspectiva da defesa da concorrência, as Súmulas de Jurisprudência do CADE são um grande avanço na garantia de que a lei possa ser aplicada com segurança, evitando-se controvérsias e tornando os julgamentos dos processos mais rápidos. Outro ponto importante é que a uniformização do entendimento do CADE sobre assuntos controversos confere maior credibilidade a essa instituição, garantido uma melhor fundamentação legal quando questionada junto ao judiciário.

A judicialização da política antitruste brasileira e o avanço da atuação do CADE junto aos tribunais de justiça foram destacados pela OCDE no *Peer Review* (revisão pelos pares) do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), realizado no ano de 2010. De acordo com a OCDE (OECD; IDB, 2010, pp. 59-60), o SBDC tem reconhecido a importância do judiciário na aplicação da política antitruste. Primeiro, pelo fato das partes envolvidas nos processos de defesa da concorrência estarem demonstrando uma tendência a cada vez mais recorrerem aos tribunais de justiça. Segundo, pela necessidade de confirmar as decisões do CADE e garantir o pagamento das multas aplicadas. Ademais, apesar dos tribunais brasileiros normalmente estarem se recusando a analisar o mérito das decisões de instâncias especializadas (como o CADE), baseados na prerrogativa de que os tribunais de jurisdição geral não teriam qualificação para analisar litígios de caráter especial, uma indicação diferente tem surgido no judiciário. Os tribunais de justiça têm mostrado uma predisposição para passarem a analisar as decisões de autoridades como o CADE, com o intuito de garantir a aplicação do propósito ou objetivos subjacentes da lei e evitar o uso abusivo de poder. De todo modo, o CADE tem demonstrado bons resultados na confirmação de suas decisões, conforme é apresentado na Tabela 7.

Tabela 7 – Decisões judiciais - 2005-2009

	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Decisões favoráveis	8	31	54	49	10	152
Decisões desfavoráveis	6	14	10	9	5	44
Percentagem favorável	57%	69%	84%	84%	67%	78%

Fonte: OECD;IDB (2010, p. 62).

A partir da compreensão da importância da segurança jurídica para a política antitruste, é possível retornar à constatação de que ela tem sido um objetivo há muito perseguido pelas autoridades antitruste. De acordo com Forgioni (2005, p. 306), na busca pela segurança jurídica do antitruste, percebeu-se que a simples interpretação normativa das leis de defesa da concorrência não seria suficiente para se garantir uniformidade e previsibilidade satisfatórias. Desse modo, recorreu-se às doutrinas econômicas como forma de se encontrar uma solução por meio de métodos interpretativos e fórmulas matemáticas capazes de proporcionar aos intérpretes uma visão mais clara e previsível. No entanto, mesmo o arcabouço teórico econômico não foi capaz de disciplinar, em termos antitruste, a nossa turbulenta realidade.

Forgioni (2005, p. 306) destaca que a busca pela melhor forma de disciplinar a realidade social e econômica no âmbito antitruste é perene. A interação entre os vários campos teóricos (jurídicos e econômicos) é fundamental para se alcançar um método interpretativo ideal. De todo modo, até o momento, entende-se que tal método deveria abarcar dois objetivos: a garantia de uma maior adequação do direito antitruste à realidade que ele disciplina; e a garantia de certa previsibilidade do resultado da conduta de um agente econômico.

Em termos da defesa da concorrência no setor de telecomunicações e

partindo dos dois objetivos supramencionados como meios de se obter uma maior segurança jurídica, é possível analisar a interação entre antitruste e regulação sob dois aspectos. Primeiro, conforme o primeiro objetivo, percebe-se que a política antitruste para o setor de telecomunicações tem que se adequar à atual realidade. Nesse sentido, constatou-se que as análises realizadas pela ANATEL demonstraram certo atraso em relação à realidade brasileira, principalmente sob a perspectiva de rápidas inovações e convergência tecnológica e de serviços. A ANATEL poderia apresentar um posicionamento diferente, seja em relação às delimitações dos mercados relevantes, seja nas avaliações sobre a possibilidade do exercício do poder de mercado, mesmo que, para isso, ela tivesse que se posicionar contrariamente às suas atuais regulamentações.

No caso do CADE, verificou-se que ocorreram vários momentos de questionamento em relação ao posicionamento da ANATEL, com correções nos pontos em que a agência reguladora se mostrava relativamente equivocada. No entanto, quando consideramos a adequação ao atual momento de convergência, constatou-se que o CADE discutiu consideravelmente tais questões, mas o órgão, preferencialmente, adotou um posicionamento conservador. Tal conservadorismo fica relativamente evidente em vários casos, como, por exemplo, no AC nº 53500.010407/2004, envolvendo a Telmex e outras empresas, em que o Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos entende que:

No que se refere à oferta de serviços, é possível realizar uma análise sob a perspectiva de um mercado único convergente *triple play* que contempla tanto telefonia, internet e televisão, assim como pode-se analisar cada um destes mercados de forma segmentada. Frise-se que a opção pela segmentação não significa negar o processo de convergência, mas, apenas, analisar este mesmo setor de forma mais conservadora em relação à possibilidade de exercício de poder de mercado por parte das operações objeto do escrutínio da autoridade antitruste.

Portanto, compreendendo que as mudanças tecnológicas não cessam e que

a tendência a uma convergência cada vez mais significativa nas telecomunicações é forte, percebe-se que os posicionamentos de ambas as autoridades devem se modificar em um curto prazo, sob o risco de se afastarem muito da realidade. Neste sentido, quanto mais rápido ocorrer essa mudança, maior será a segurança jurídica transmitida para a sociedade.

Em seguida, acerca do segundo objetivo, entende-se que uma maior previsibilidade nos julgamentos dos atos e condutas dos agentes econômicos será alcançada à medida que os posicionamentos da ANATEL e do CADE se tornarem mais coerentes. Com base na análise da subseção anterior, percebe-se que a consonância entre os entendimentos das duas autoridades é relativamente alta. As discordâncias se descortinam nos poucos processos de maior complexidade. Porém, o conservadorismo do CADE tende a amenizar o grau de discordância e talvez esse posicionamento conservador também seja impulsionado pela necessidade de se garantir certa previsibilidade no julgado e, conseqüentemente, maior segurança jurídica. Em outros termos, segundo Forgioni (2005, p. 312), “[...] para que seja proporcionado um certo grau de segurança e previsibilidade, exige-se a definição da política de concorrência, por parte das autoridades competentes”.

Por outro lado, essa provável tentativa de uniformização dos entendimentos das duas autoridades leva a um descolamento da realidade do setor, descolamento este que não é tão evidente no momento, mas que pode se tornar preocupante, ao passo que as inovações tecnológicas intensificam o processo de convergência. Nesse sentido, a subseção seguinte busca avaliar as possíveis modificações que podem contribuir para o aprimoramento dos julgamentos de defesa da concorrência no setor de telecomunicações.

2.3 As possíveis modificações institucionais para o aprimoramento dos julgamentos

A partir da análise realizada ao longo do presente trabalho, percebe-se que, apesar das análises ainda guardarem certa congruência com a realidade do setor de telecomunicações e da interação entre agência reguladora e autoridade antitruste ser razoavelmente harmônica, constatam-se certos problemas no âmbito dessas duas ressalvas. Primeiro, percebe-se a existência de um certo distanciamento das análises de defesa da concorrência para com a realidade do setor, o que se relacionaria com o atraso das regulamentações da ANATEL em relação ao atual cenário tecnológico e de convergência. Essa situação vem sendo reiteradamente questionada pelo CADE, que, em muitos casos, mesmo seguindo o posicionamento da ANATEL, coloca ressalvas claras. Por exemplo, no AC nº 53500.007079/2001, o Ilmo. Conselheiro Cleveland Prates Teixeira afirma que

Apesar de adotar, nesse caso, a definição da ANATEL para o mercado relevante, gostaria de ressaltar que não há nenhuma relação necessária entre a classificação dos serviços e suas áreas de abrangência previstas na legislação específica, e a existência de um mercado relevante.

Nessa afirmação, percebe-se, ao fundo, a ideia de que as rápidas mudanças tecnológicas do setor e o processo de convergência estariam alterando mais rapidamente as características dos serviços de telecomunicações do que a legislação poderia acompanhar. Desse modo, a vinculação de uma análise, como a delimitação do mercado relevante, a uma regulamentação específica poderia acarretar em equívoco. No entanto, seria pouco plausível imaginar que a ANATEL elaboraria pareceres completamente dissociados e contrários às suas atuais regulamentações. A solução para uma melhor adequação das análises à realidade somente se configuraria por meio de uma revisão arcabouço regulamentar dessa

agência reguladora.

Essa é uma medida que vem sendo repetidamente solicitada nas análises do CADE. No AC nº 53500.008391/2008, o Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, ao analisar os serviços de TV por assinatura, expõe que

[...] a análise acima simplesmente ressalta o existente descompasso entre dois desenhos regulatórios distintos adotados para a prestação de serviços de TV a Cabo e MMDS, de um lado, e para a prestação de serviços de DTH, de outro, que resultou, nos últimos anos, em uma concentração de mercado nas mãos das operadoras desse último sistema. É perfeitamente possível que essa concentração seja um resultado natural da dinâmica atual do setor. Entretanto, não vislumbro motivos para a manutenção dessa dualidade de regras que acabam por beneficiar artificial e involuntariamente apenas uma plataforma.

De maneira mais enfática, o Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, no AC nº 53500.019422/2004, entre Telmex e Globopar, afirma:

Portanto, a convergência tende a ***dificultar a definição do mercado relevante*** e conseqüentemente, a análise do poder de mercado. Somada à necessidade de revisão do arcabouço legal, esta questão poderá acarretar a proteção de determinados grupos econômicos em detrimento de outros, além de gerar má utilização dos recursos existentes.

Considero, portanto, imprescindível, uma revisão da legislação e das práticas nacionais com o intuito de fomentar tanto a inovação tecnológica como a concorrência, que tendem a se intensificar com o fenômeno da convergência.

Ao se mencionar revisão do arcabouço legal, entende-se que não é necessária uma completa mudança ou total substituição da legislação atual, mas modificações pontuais que podem gerar efeitos significativos. A ANATEL obteve êxitos expressivos em termos concorrenciais com a instalação do Código de Seleção de Prestadora (CSP) e, mais recentemente, com a portabilidade numérica. Na mesma linha, alterações, como a regulamentação do *unbundling* e talvez até a extensão do CSP para as chamadas locais de telefone fixo e celular, podem também se mostrar exitosas. Outra modificação importante e diretamente relacionada com a convergência tecnológica e de serviços é a instalação da licença única. Esta,

basicamente, representaria a possibilidade de uma empresa poder oferecer os serviços de telefonia fixa, celular, Internet e TV por Assinatura com uma única licença, ou seja, a mesma outorga valeria para todos os serviços.

Enfim, compreende-se que a revisão do arcabouço regulatório da ANATEL, para a sua melhor adequação ao atual ambiente de convergência, configura-se como uma importante ação, com capacidade de contribuir diretamente para o aumento da concorrência no setor. Essa mudança da legislação também geraria efeitos indiretos sobre a concorrência na medida em que possibilitaria uma melhora nos julgamentos de defesa da concorrência. Primeiro, pela facilitação de que as análises sejam baseadas nas regulamentações e, ao mesmo tempo, estejam mais congruentes com a realidade. Em seguida, por meio da redução das divergências entre CADE e ANATEL.

Na sequência, sobre os possíveis problemas na interação entre o CADE e a ANATEL, entende-se, conforme mencionado acima, que a revisão da legislação resolveria boa parte das divergências. No entanto, surge o questionamento de que se o atual modelo de interação nos processos antitruste é realmente satisfatório. Inicialmente, é fundamental fazer a ressalva de que qualquer que seja o modelo adotado, ele nunca será perfeito e sempre existirão algumas dificuldades. Em relação ao modelo atual, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, nos ACs nº 53500.012477/2008 e 08012.005789/2008-23, entre Telemar/Oi e BrT, compreende que a atual legislação possibilita a instalação de um modelo de competências complementares, no qual ocorreria a alocação de competências setoriais entre o SBDC e as agências reguladoras. E, ainda, segundo o Ilmo. Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, para a implementação desse modelo dever-se-ia seguir dois critérios básicos:

[...] com base no ambiente competitivo estruturado pela política pública e monitorado pela agência setorial, ao SBDC cabe ser ouvido na estruturação desse ambiente, compartilhando informações, experiências e oferecendo sugestões; e atuar, com base no princípio da subsidiariedade, no controle de condutas e estruturas, quando a ação regulatória não tiver esgotado ou abarcado todas as possibilidades de concorrência no setor.

Apesar desse modelo realmente ser capaz de instalar uma situação de complementaridade, ele também traz consigo traços de uma situação de competências concorrentes, conforme já fora mencionado no início da presente seção. Ao longo do presente estudo, na busca de se avaliar os conflitos entre o CADE e a ANATEL, constatou-se, em determinados momentos, as características do ambiente de competências concorrentes. Portanto, nesse modelo, melhor caracterizado como uma ponte entre a disputa e a cooperação, é possível se questionar sobre sua eficiência e efetividade na aplicação de uma política de concorrência.

Na tentativa de responder a esse questionamento, considerando o caso dos atos de concentração, é possível identificar dois problemas. Primeiro, conforme apontado no início dessa seção, tem-se a problemática da dupla regulação antitruste: a regulação prévia da ANATEL e a definitiva do CADE. Segundo, verifica-se uma dupla atuação da ANATEL, regulando previamente o ato de concentração e, posteriormente, instruindo o processo junto ao SBDC.

Quanto ao primeiro problema, não se vislumbra no curto prazo qualquer solução, já que as prerrogativas legais impõem a ocorrência da dupla regulação e uma solução prescindiria de alteração da LGT.

Em relação à segunda problemática, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, nos supracitados atos de concentração entre BrT e Telemar/Oi, entende que existe a possibilidade legal de uma alternativa para o atual arranjo institucional. A LGT, especialmente no seu art. 7º, somente determina que os atos de

concentração sejam encaminhados ao CADE e não impõe uma dupla atuação da ANATEL. Ademais, diante do fato de que, durante o processo de anuência prévia da operação junto à ANATEL, essa agência reguladora já realiza um estudo concorrencial, constata-se uma certa dispensabilidade de novamente ela realizar uma análise concorrencial da operação para a instrução do ato de concentração. É possível utilizar o processo de anuência prévia como sendo a instrução do AC no SBDC, já que as análises concorrenciais realizadas nessa anuência seguem os moldes propostos pelo Guia Para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE e da SDE. Desta feita, percebe-se que existe a possibilidade de que a ANATEL só atue, em termos de defesa da concorrência, na realização da anuência prévia, o que reduziria muito o tempo de tramitação do processo junto ao SBDC.

Em suma, as análises iniciais sobre a coerência entre o CADE e a ANATEL demonstraram uma taxa relativamente alta de consonância entre as autoridades, mas também mostraram que as divergências existem e ocorrem nas situações mais complexas. Essas situações seriam mais complexas, principalmente, por causa do rápido processo de inovações do setor de telecomunicações e devido ao fenômeno de convergência tecnológica e de serviços. Ao relacionar as análises iniciais com a previsibilidade e segurança jurídica, percebe-se a importância da adequação entre os entendimentos do CADE e da ANATEL, bem como para com a atual realidade do setor. Por último, para se alcançar um aprimoramento dos julgamentos, com melhorias para a concorrência no setor e para a previsibilidade e segurança jurídica do julgado, entende-se que alterações do atual arcabouço legal são necessárias e possíveis modificações do modelo institucional de análise de atos de concentração se mostrariam interessantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, buscou-se analisar a aplicação da política de defesa da concorrência no setor de telecomunicações, particularmente a atuação da ANATEL e do SBDC nos atos de concentração entre empresas desse setor. Nesse sentido, a primeira seção apresentou os modos de interação entre a regulação econômica e a política antitruste. Com base no que foi apresentado, verificou-se que os princípios que norteiam a regulação econômica e a política antitruste guardam significativa semelhança, de maneira que em vários momentos os seus objetivos se mostram os mesmos. No entanto, em outros casos, eles podem se posicionar contrariamente. Desse modo, é possível identificar modelos harmoniosos de interação entre as duas disciplinas e outros relativamente conflituosos.

Ainda em relação às formas de interação das duas doutrinas, foi possível constatar que a regulação econômica e a política antitruste são duas formas de intervenção estatal sobre os mercados com origem na sociedade estadunidense e que já possuem uma história de convívio superior a um século nos EUA. No caso brasileiro, tal relação é relativamente recente, de modo que ambas só passaram a, efetivamente, interagir na década de 1990, com a abertura econômica e a instalação de um modelo regulatório e de intervenção antitruste bastante semelhante ao modelo norte-americano.

Na segunda seção, o intuito foi avaliar a coerência entre os posicionamentos do CADE e da ANATEL nos atos de concentração do setor de telecomunicações. Em seguida, analisou-se as implicações dessa análise sobre a previsibilidade e segurança jurídica no julgado. Por fim, buscou-se identificar as possíveis mudanças institucionais que poderiam auxiliar no aprimoramento dos julgamentos.

Com base nas análises dessa seção, constatou-se que o CADE e a ANATEL demonstraram uma relativa coerência entre seus posicionamentos na maioria dos atos de concentração. No entanto, divergências foram verificadas e elas ocorreram em maior quantidade nos processos mais complexos. As discordâncias ocorreram, geralmente, nos casos em que a influência da convergência tecnológica e de serviços era mais evidente.

Na sequência, foi possível compreender que, quanto mais os posicionamentos das duas autoridades forem consonantes e quanto maior for a adequação de suas análises à atual realidade do setor, maiores serão a previsibilidade e a segurança jurídica dos julgados. Nesse sentido, para se aprimorar os julgamentos, constatou-se que algumas modificações seriam interessantes. Primeiro, a revisão do arcabouço legal se mostra cada vez mais necessária para garantir uma maior aproximação para com o atual cenário do setor, o que, conseqüentemente, permitiria que as análises da ANATEL seguissem no mesmo sentido. Tal modificação também permitiria ao CADE se posicionar de modo menos conservador. A outra modificação se processaria em relação ao modelo institucional de análise dos atos de concentração. Neste caso, a possibilidade de acabar com a dupla atuação da ANATEL (na anuência prévia e no processo junto ao SBDC) poderia conferir uma melhora dos julgamentos.

Em suma, a partir do que foi analisado ao longo do trabalho, foi possível perceber um certo atraso do marco regulatório do setor de telecomunicações em relação à realidade e alguns entraves no modelo de análise de atos de concentração. Nesse sentido, uma revisão institucional da intervenção do Estado sobre o setor possibilitaria o incentivo direto à concorrência e um incentivo indireto por meio da melhoria dos julgamentos antitruste.

REFERÊNCIAS

AREEDA, P., TURNER, D. **Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application.** Boston: Little Brown, 1978.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995. Altera o art. 21 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Decreto nº 95.744, de 23 de fevereiro de 1988. Aprova o regulamento do Serviço Especial de Televisão por Assinatura – TVA. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995. Dispõe sobre os serviços de TV a Cabo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Portaria nº 254, de 16 de abril de 1997. Aprova a Norma nº 002/94-REV/97 – Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Portaria nº 321, de 21 de maio de 1997. Aprova a Norma nº 008/97 – Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por assinatura Via Satélite (DTH). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 393, de 22 de fevereiro de 2005. Aprova a adaptação da Norma nº 7/99 para adotar o procedimento sumário na análise dos atos que visem a qualquer forma de concentração econômica envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Fazenda; Ministério da Justiça. Secretaria de Acompanhamento Econômico; Secretaria de Direito Econômico. Portaria Conjunta

SEAE/SDE n. 50, de 1 de agosto de 2001. Guia para análise de atos de concentração horizontal. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. Ministério da Fazenda; Ministério da Justiça. Secretaria de Acompanhamento Econômico; Secretaria de Direito Econômico. Portaria Conjunta n. 001, de 18 de fevereiro de 2003. Estabelece o procedimento sumário para a análise de atos de concentração. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.007079/2001. Requerente: Qualcomm Inc., Vésper S/A e Vésper São Paulo S/A. Conselheiro-relator: Cleveland Prates Teixeira. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.001162/2002. Requerente: TNL PCS S/A. Conselheiro-relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.002423/2003. Requerentes: Hughes Electronics Corporation, General Motors Corporation e The News Corporation Limited. Conselheiro-relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.000595/2004. Requerentes: Albra Telecomunicações Ltda, Alecan Telecomunicações Ltda, Americel S/A, ATL - Algar Telecom Leste S/A, BCP S.A., BSE S/A., Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel, Stemar Telecomunicações Ltda, Telet S/A e Tess S/A. Conselheiro-relator: Paulo Furquim de Azevedo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.010407/2004. Requerentes: MCI International, MCI WorldCom Brazil, LLC, MCI WorldCom International, Inc, Teléfonos de México S/A de C.V. e Worldcom, Inc. Conselheiro-relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.019422/2004. Requerentes: Globopar Comunicações e Participações S/A e Teléfonos de México S/A. Conselheiro-relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.029160/2004. Requerentes: Globo Comunicações e Participações S/A, The DIRECTV Group e The News Corporation Limited. Conselheiro-relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.022515/2006. Requerentes: CLIC - Clube de Investimentos dos Empregados da CEMIG, Diários Associados Ltda., Brasil Telecomunicações S/A, Empresa de Infovias S/A, TNL PCS Participações S.A e Way TV Belo Horizonte S.A. Conselheiro-relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.012487/2007. Requerentes: Assicurazioni Generali S.p.A, Intensa Sanpaolo S.p.A, Mediobanca - Banca di Credito Finanziario S.p.A, Sintonia S/A e Telefónica S.A. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Ragazzo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.022892/2007. Requerentes: Telpart Participações S/A e Vivo Participações S/A. Conselheiro-relator: Paulo Furquim de Azevedo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.000478/2008. Requerentes: Telemar Norte Leste S/A e Vivo Participações S/A. Conselheiro-relator: Paulo Furquim de Azevedo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.008391/2008. Requerentes: ITSA-Intercontinental Telecomunicações Ltda e Sky Brasil Serviços Ltda. Conselheiro-relator: Fernando de Magalhães Furlan. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.012477/2008. Requerentes: Telemar Norte Leste S.A. "Oi", Brasil Telecom S/A, Invitel S.A. e Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. Conselheiro-relator: Vinícius Marques de Carvalho. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.005789/2008-23. Requerentes: Telemar Norte Leste S/A, Brasil Telecom S/A, Invitel S.A. e Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. Conselheiro-relator: Vinícius Marques de Carvalho. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 53500.025332/2008. Requerentes: ESC 90 Telecomunicações Ltda. E Net Serviços de Comunicações S.A. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato

de Concentração nº 53500.010496/2009. Requerentes: INTELIG Telecomunicações Ltda., JVCO Participações Ltda., Tim Brasil Serviços e Participações S.A.. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Relatório de gestão 2009-2010**. 2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

CARLTON, D. W.; PICKER, R. C. **Antitrust and regulation**. National Bureau of Economic Research Working Paper Series, Cambridge, n. 12902, fev. 2007.

CARVALHOSA, M. S. B. **Poder econômico: a fenomenologia, seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: RT, 1967.

FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS, M. L. Defesa da concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição. In: POSSAS, M. L. (Coord.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Segurança jurídica e normas gerais tributárias. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, RT, n. 17-18, p. 51-56, 1981.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Direito: tempo que passa, tempo que fica.. **Revista USP**, São Paulo, n. 81, p. 40-49, mar./mai. 2009.

FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, M. T. **Regulação e defesa da concorrência: interação conflitos e critérios de solução**. Rio de Janeiro: ANPEC, dez. 2003.

OLIVEIRA, G.; FUJIWARA, T.; MACHADO, L. E. A experiência brasileira com agências reguladoras. In: SALGADO, L. H.; MOTTA, R. S. **Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. **Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. **Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. 2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

PITOFISKY, R. The political content of antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 124, n. 4, 1979.

POSNER, R. **Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework**. National Bureau of Economic Research, revisado em jan. 2010.

Disponível em: <<http://www.nber.org>>. Acesso em: 15 out. 2010

POSNER, R. The chicago school of antitrust analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 127, n. 4, 1979, pp. 925-1033.

SALGADO, L. H. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997.

SHAPIRO, C.; KAPLOW, L. **Antitrust**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, Working Paper Series, n. 12867, jan. 2007.

SOUZA, C. A. M. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996.

SULLIVAN, E. T. ; HARRISON, J. L. **Understanding antitrust and its economics implications**. 5. ed. New York: Lexis Publishing/Matthew Bender, 2009.

UNITED STATES. Department of Justice; Federal Trade Commission. Horizontal merger guidelines. 1992. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/index.shtml>>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. Department of Justice; Federal Trade Commission. Horizontal merger guidelines. 2010. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/index.shtml>>. Acesso em: 15 out. 2010.

VALÉRIO, M. A. G. **Antitruste em setores regulados**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

ANEXO A – Atos de concentração escolhidos (104)

2009

53500.010496/2009; 53500.009187/2009

2008

53500.031750/2008; 53500.012477/2008; 53500.008391/2008; 53500.001477/2008;
53500.000248/2008

2007

53500.022892/2007; 53500.020532/2007; 53500.020216/2007; 53500.019250/2007;
53500.012556/2007; 53500.012487/2007; 53500.010030/2007; 53500.009352/2007;
53500.007669/2007

2006

53500.031210/2006; 53500.029599/2006; 53500.028344/2006; 53500.022515/2006;
53500.001212/2006

2005

53500.032382/2005; 53500.023883/2005; 53500.022275/2005; 53500.014636/2005;
53500.013624/2005; 53500.007772/2005; 53500.006805/2005; 53500.004613/2005;
53500.000753/2005; 53500.000607/2005

2004

53500.032779/2004; 53500.029160/2004; 53500.017008/2004; 53500.013498/2004;
53500.013396/2004; 53500.013183/2004; 53500.010407/2004; 53500.009502/2004;
53500.002956/2004; 53500.002955/2004; 53500.002400/2004; 53500.001591/2004;
53500.001484/2004; 53500.000595/2004; 53500.000180/2004

2003

53500.005856/2003; 53500.005473/2003; 53500.005471/2003; 53500.005055/2003;
53500.004738/2003; 53500.003745/2003; 53500.003744/2003; 53500.002710/2003;
53500.002423/2003; 53500.002089/2003; 53500.001229/2003; 53500.000544/2003;
53500.000350/2003; 53500.000330/2003; 53500.000298/2003; 53500.000249/2003;
53500.000204/2003; 53500.000183/2003; 53500.000101/2003; 53500.000100/2003

2002

53500.006612/2002; 53500.006442/2002; 53500.005049/2002; 53500.004348/2002;
53500.003287/2002; 53500.002885/2002; 53500.002819/2002; 53500.001346/2002;
53500.001162/2002; 53500.000655/2002; 53500.000288/2002

2001

53500.006568/2001; 53500.007079/2001; 53500.005109/2001; 53500.002734/2001;
53500.002364/2001; 53500.001898/2001; 53500.001742/2001; 53500.001592/2001;
53500.001555/2001; 53500.001054/2001; 53500.001002/2001; 53500.000321/2001

2000

53500.005688/2000; 53500.004950/2000; 53500.004183/2000; 53500.001990/2000;
53500.001856/2000; 53500.001447/2000; 53500.000487/2000; 53500.000315/2000

1999

53500.005503/1999; 53500.002189/1999

1998

53500.003750/1998; 53500.002187/1998