Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 3 – agosto/setembro/outubro de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

DISCIPLINA JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA E O ACESSO ÀS REDES DE TELECOMUNICAÇÕES*

Prof. Alexandre Ditzel Faraco
Doutor em Direito pela USP.

1. INTRODUÇÃO

A ampla reforma do setor de telecomunicações no Brasil, assim como de outros setores de infra-estrutura básica, tem como elemento basilar a introdução da concorrência em um ambiente econômico antes monopolizado. Isso reflete não apenas um momento político no qual prevalecem programas liberais, mas também o esgotamento de uma forma de regulação da atividade econômica que não conseguia mais alcançar os resultados a que se propunha. Nela se observava, como linha diretriz, a centralização das decisões econômicas fundamentais em órgãos públicos. Subjacente a este modelo estava a percepção de que o controle das referidas decisões, a partir de um centro único, imprimiria uma organização racional capaz de conduzir à maior eficiência econômica, assim como possibilitar a implementação de certos objetivos sociais.

Não se pretende, aqui, promover uma ampla avaliação dos fundamentos teóricos das formas de regulação do setor de telecomunicações, mas ressaltar que aquela prevalecente hoje rompe com um modelo formulado em torno de um centro dirigente único. Diversas decisões significativas foram transferidas para a esfera dos próprios agentes econômicos (hoje privatizados) que desempenham as respectivas atividades. A concorrência aparece, neste contexto, como o vetor capaz de constranger estes agentes a agirem de forma eficiente e apta à realização de fins que ultrapassam o seu interesse privado. Através dela procura-

---

* Artigo originalmente publicado na revista *Interesse Público*, n. 18, março/abril 2003.

se garantir, por exemplo, a razoabilidade dos preços cobrados, a melhora na qualidade dos serviços e o estímulo à busca de inovações tecnológicas.

Todavia, não se espera, por certo, que a mera existência de concorrência possibilite suplantar todas as questões que tradicionalmente justificaram uma ação estatal intensiva sobre o setor. Em geral, as formas tradicionais de regular são eliminadas mas imediatamente substituídas por outras, as quais procuram trazer soluções para questões que não foram adequadamente resolvidas no modelo anterior, mas que também não serão equacionadas pela mera perspectiva de existirem inúmeros agentes privados concorrendo entre si. O problema da universalização dos serviços parece ser o exemplo paradigmático dessa situação.

Falar em concorrência, ademais, não implica um ambiente econômico completamente livre de quaisquer restrições estatais. Aquela jamais é um dado natural, que surge assim que excessivas intervenções estatais são eliminadas. Nas telecomunicações, certas características econômicas das atividades, assim como a posição dos antigos monopólios, tornariam inócua a mera revogação de proibições legais à entrada no mercado. Assim, a desregulação e a introdução da concorrência só se viabilizam, paradoxalmente,[1] com o desenvolvimento de uma regulação voltada de modo específico à geração de condições concorrenciais onde elas não se verificam.

Por conseguinte, a opção política pela introdução de concorrência nas telecomunicações envolve a criação e a aplicação de todo um novo conjunto normativo. Isso significa que o movimento de modificação institucional verificado neste setor não pode se limitar à eliminação de normas jurídicas. Esse processo vem acompanhando da edição de outras normas, sem as quais a reestruturação setorial seria impensável.

Aqui não se trata apenas da implementação de uma regulação assimétrica às atividades do antigo monopolista, visando conter o exercício por este do poder econômico que detém na passagem de uma estrutura monopolizada para outra baseada na concorrência.[2] Em um setor cuja organização se baseia na existência de uma rede unificada, a criação de um ambiente concorrencial depende diretamente do desenvolvimento de uma disciplina específica para o uso desta,

---

[1] O paradoxo é, obviamente, apenas aparente, pelas razões referidas no parágrafo anterior, isto é, uma ambiente concorrencial não existe sem regras jurídicas claras voltadas a sua criação ou preservação.

[2] Esta regulação assimétrica pode consistir, por exemplo, na restrição à possibilidade de o antigo monopolista fixar livremente os seus preços, ou na imposição de encargos relativos à universalização dos serviços. As duas hipóteses são encontradas no caso brasileiro. As empresas que integravam o Sistema TELEBRÁS, por prestarem os seus serviços em regime público, tem suas tarifas controladas, nos termos dos artigos 103 a 109 da Lei 9.472/97 (LGT). As denominadas “empresas-espelhos”, que tiveram autorizações licitadas após a privatização, assim como as futuras entrantes no mercado de telefonia, estão sujeitas a um regime de liberdade de preços. Estes podem ser livremente fixados, desde que não acarretem abuso de poder econômico. No tocante à universalização, às empresas privatizadas foram impostas diversas obrigações que deverão ser cumpridas sem a possibilidade de se recorrer às hipóteses legais de financiamento nos casos em que os custos da prestação dos serviços não puderem ser recuperados com sua exploração eficiente (cf. artigos 80 a 82 da LGT).

sem o que é absolutamente impossível se cogitar da prestação dos respectivos serviços em bases concorrenciais.

Diante desta circunstância, a disciplina jurídica das redes de telecomunicações aparece como o elemento central do novo modelo de regulação setorial. O objetivo deste estudo é oferecer uma análise das normas desenvolvidas com tal propósito.

2. CONCORRÊNCIA, EXTERNALIDADES E OS TIPOS DE ACESSO ÀS REDES DE TELECOMUNICAÇÕES

Os tipos de acesso às redes de telecomunicações não apresentam um propósito único, nem se manifestam de modo uniforme, embora, em sua essência, impliquem uma conexão à rede de forma a possibilitar sua utilização econômica por quem se conecta.[3] A hipótese mais óbvia de acesso é a do usuário final que tem o seu aparelho terminal conectado à rede, permitindo-lhe usufruir dos serviços prestados.

Por outro lado, o acesso pode se referir à ligação entre duas redes distintas, permitindo que os usuários conectados a uma delas alcancem os usuários e os serviços da outra. Trata-se, aqui, da interconexão,[4] através da qual é possível ampliar-se a utilidade de uma rede e melhor aproveitar as externalidades positivas características do setor. Isso aplica-se tanto em relação a redes relativas ao mesmo serviço, como àquelas destinadas a serviços com características diversas (é o caso da interconexão entre a rede de telefonia fixa e a de telefonia móvel).

A referência à viabilização do acesso também a serviços disponibilizados em outras redes é importante para apreender-se a efetiva dimensão da hipótese. Imagine-se, por exemplo, a interconexão entre uma rede local de telefonia e uma de longa distância. Esta não está, em geral, conectada diretamente a nenhum usuário, sendo que a interconexão apenas permitirá que os usuários da primeira utilizem-se dos serviços de longa distância para alcançar terceiros ligados a uma outra rede local que, por sua vez, também estará interconectada com a de longa distância.

---

[3] Cf. Ernst Georg Berger, *Netzzusammenschaltungen von Telekommunikationsunternehmen im nationalen, europäischen und internationalen Regelungszusammenhang*, Aachen, Shaker, 2000, p. 7.

[4] Nos termos da definição constante do parágrafo único do artigo 176, da LGT: "Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis". O conceito empregado na lei brasileira é bastante semelhante àquele constante do direito comunitário europeu, conforme dispõe a Diretiva 90/387 do Conselho ("Open Network Provision Framework Directive"). Nos termos desta, a interconexão é concebida como: "the physical and logical linking of telecommunications networks used by the same or a different organization in order to allow the users of one organisation to communicate with users of the same or another organisation or to access services provided by another organisations".

Um terceiro caso que pode ser identificado diz respeito não ao acesso à rede como um todo, mas a um de seus elementos constitutivos, tendo em vista a sua utilização para a formação de uma outra rede. Esse caso não deve ser confundido ou tido como espécie do gênero interconexão, apresentando um propósito diverso e recebendo, conseqüentemente, um tratamento jurídico específico.

Considere-se, com a finalidade de melhor ressaltar a diferença verificada entre as duas hipóteses, que aquele que obtém acesso a elementos de uma rede utilizará estes para formar e operar a sua própria rede, através da qual prestará serviços aos consumidores, assim como realizará a interconexão com os demais operadores. A interconexão envolve, assim, um caráter de reciprocidade que não está presente no outro caso (i.e., duas operadoras que se interconectam estão permitindo acessos recíprocos às suas redes).[5]

Estes dois últimos casos de acesso adquirem importância central na viabilização da organização do setor sob um regime concorrencial.[6] Ressalve-se, apenas, que isso não significa a ausência de tais situações no modelo anterior. É oportuno lembrar, por exemplo, que a interconexão encontra-se subjacente ao desenvolvimento da telefonia internacional. Esta baseou-se em acordos celebrados entre os monopólios que operavam dentro das fronteiras de cada país, interconectando duas redes de âmbito nacional.[7] Diante da existência de barreiras

---

[5] Nesse sentido, o artigo 61, do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (Resolução Anatel 73/98), estabelece que, quando uma prestadora contrata a utilização de recursos integrantes da rede de outra prestadora, para a constituição de sua rede de serviço, os recursos contratados serão considerados como parte integrante desta rede para fins de interconexão. A relação entre as duas situações é assim descrita por Willie Grieve e Stanford L. Levin: "[N]etworks providers may lease portions of their local networks to other service providers so that those service providers may 'construct' their networks through a combination of leased and owned facilities and other networks components. Having established their networks in this fashion, competitors then interconnect their networks with the other networks so that all customers may place calls to and receive calls from customers of all other providers and may have access to competitive services, including enhanced and toll services" ("Strategies and policy for local telecommunications competition", *in Industrial and corporate change*, vol. 4, n. 4, 1995, p. 686). Cf. também Christoph Engel e Günter Knieps, *Die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über den Zugang zu wesentlichen Leistungen*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 51.

[6] Distinguem-se claramente do primeiro, pois o seu propósito é possibilitar àquele que obtém o acesso a prestação de certos serviços de telecomunicações ao consumidor final. Tal distinção aparece de forma expressa, por exemplo, no § 35 da lei de telecomunicações alemã (TKG), o qual menciona duas hipóteses de acesso: o geral e o especial. O primeiro abrange aquele fornecido indistintamente a todos os usuários, o segundo aquele provido através de conexões específicas à rede, incluindo-se aqui a interconexão e o acesso a elementos da rede (cf. Peter N. Märkl, *Netzzusammenschaltung in der Telekommunikation*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 244 e ss.).

[7] No sistema tradicional de cobrança das chamadas internacionais, cabe ao operador do país no qual estas foram originadas cobrar do consumidor. Aquele torna-se, concomitantemente, devedor do operador que completa a ligação no outro país. O crédito deste é calculado a partir da fração (normalmente a metade) de uma taxa previamente acordada entre ambas as operadoras (a qual não tem qualquer relação com o preço cobrado dos consumidores em cada país). Obviamente que não será feito um pagamento a cada ligação. Como normalmente verifica-se na interconexão entre duas redes, os créditos e débitos mútuos serão compensados em determinado período de tempo e o saldo será pago ao operador que tiver originado o menor volume de ligações (sobre o tema, cf. Henry Ergas, "International trade in telecommunications services: an economic

legais à entrada em cada mercado, seria inconcebível organizar tal serviço de outro modo.

Da mesma forma, a utilização de elementos relativos à rede de telefonia para a formação de outras redes foi comumente verificada, em especial devido à escala associada à primeira, a qual viabiliza investimentos que não seriam possíveis no âmbito de outras redes que apresentam uma extensão ou um propósito mais limitado.

Mas, no contexto da organização do setor em torno da concorrência, a disciplina dessas duas hipóteses ganha uma outra dimensão. Um regime concorrencial nas telecomunicações manifesta-se com um caráter bastante peculiar em relação a outros setores. Para a oferta dos serviços aos consumidores não teria sentido, por certo, imaginar a utilização de redes concorrentes completamente distintas, incompatíveis e sem qualquer ligação.[8]

Ainda que controladas e administradas por agentes econômicos diversos, que podem estar concorrendo entre si, as redes precisam estar interconectadas. Sem isso seria inconcebível a ruptura com o modelo anterior de organização do setor, tanto diante das características econômicas inerentes à prestação dos serviços de telecomunicações, como em razão da impossibilidade prática, na maior parte dos casos, de um novo concorrente contrapor-se à posição do antigo monopolista.

Seria plausível presumir que, caso não houvesse uma diferença tão marcante entre a posição do antigo monopolista e a das novas empresas que entram no mercado, os acordos de interconexão acabariam sendo celebrados em decorrência do próprio interesse das partes em ter acesso a uma base maior de usuários. Isso permitiria não apenas ofertar serviços aos clientes conectados à

---

perspective", *in Unfinished business: telecommunications after the Uruguay Round*, Gary Clyde Hufbauer e Erika Wada (ed.). Washington, Institute for International Economics, 1997, p. 91 e ss.).

[8] Não há como imaginar, o que seria bastante plausível em outras atividades econômicas, que a retirada das barreiras legais à entrada significará a possibilidade de novos agentes atuarem no setor exclusivamente a partir de seus meios e de sua base de clientes. O que faria sentido, por exemplo, na ruptura de um hipotético monopólio na produção de aço, mostra-se um completo despropósito nas telecomunicações. Se naquele caso a concorrência de fato envolverá agentes distintos, com linhas de produção e sistemas de distribuição próprios, que não se sobrepõem ou se relacionam, neste não haverá como estabelecer separações tão rígidas no que se refere a cada concorrente. Por tal motivo, todo processo mais amplo de introdução da concorrência redunda na discussão em torno de *um princípio fundamental* que pode ser sintetizado na idéia de *redes abertas*, ou seja, o fato de as redes, ou parte delas, passarem a ser controladas por diversos agentes, os quais concorrem entre si em relação a certos serviços, tem como contrapartida necessária a obrigatoriedade de garantir-se a todos os concorrentes e usuários o amplo acesso a tais redes. Nessa perspectiva, ao contrário do hipotético produtor de aço, que atuará apenas através de seus meios para atender os consumidores que com ele contratam, os concorrentes nas telecomunicações precisam, de modo recíproco, conceder-se o acesso aos seus sistemas de distribuição e prestação de serviços. Seria um completo disparate imaginar empresas de telecomunicações concorrendo a partir de redes fechadas, isto é, que permitissem o acesso apenas aos outros usuários servidos pelo mesmo agente. É praticamente intuitivo o absurdo de tal situação. A utilidade que um usuário pode auferir de uma rede de telecomunicação de mediação está diretamente vinculada ao número de outros usuários com os quais ele pode comunicar-se. Assim, o próprio sentido econômico dos respectivos serviços está ligado à organização de uma rede única para a sua prestação.

rede através de outras prestadoras, mas garantiria uma utilização mais significativa dos serviços em geral, estimulando a demanda como um todo, na medida em que os usuários poderiam alcançar um número maior de pessoas.

Verifica-se, porém, uma assimetria no tocante à interconexão, caracterizada pela disparidade entre as vantagens que essa representa para cada uma das partes envolvidas,[9] o que torna praticamente inevitável a existência de regulação específica impondo-a e disciplinando os seus termos.[10]

Quem até então detinha um monopólio tem todos os estímulos possíveis para opor-se às pretensões de interconexão de seus concorrentes. Estes apresentarão redes ainda incipientes e só poderão prestar o serviço e ingressar no mercado se tiverem como ligar-se à rede existente.[11] Já ao primeiro, a possibilidade de interconexão não traz qualquer benefício adicional imediato. É certo que poderá, por meio dela, alcançar os novos usuários que passam a utilizar-se do serviço através do concorrente. O número desses é, porém, quando comparado com sua base de consumidores, inicialmente insignificante e possivelmente insuficiente para compensar o volume de serviços que estará perdendo com a entrada de um outro prestador.

Em outras palavras, o monopolista poderia perfeitamente continuar prestando o serviço e auferir pelo menos o mesmo nível de receitas se deixasse de interconectar sua rede com aquela de quem ingressa no mercado. Já este teria sua estratégia de entrada completamente inviabilizada se não pudesse ter acesso à rede controlada pelo primeiro.

Nota-se, assim, uma situação bastante diversa daquela encontrada originalmente na telefonia internacional, na qual a interconexão representava um benefício claro às partes envolvidas. A interconexão entre redes servindo áreas geográficas distintas amplia a utilidade disponibilizada aos usuários de cada operadora, os quais passam a ter toda uma nova dimensão de alternativas de ligações que poderão fazer, o que tende a gerar receitas muito mais substanciais do que os custos adicionais associados ao estabelecimento e à manutenção da interconexão.[12]

Além dos aspectos ressaltados acima, para realmente compreender-se o significado da interconexão na organização do setor é preciso perceber que não há, aqui, apenas uma questão concorrencial referente à viabilização da entrada de novos concorrentes. Fundamentalmente, a interconexão está vinculada às

---

[9] Tal assimetria não ocorre, em princípio, quando cogita-se da interconexão entre dois novos concorrentes que se encontram em situação semelhante. Por essa razão, a possibilidade de conflitos concorrenciais nesses casos tende a ser reduzida.

[10] Cf. Peter N. Märkl, *Netzzusammenschaltung*, cit., p. 53.

[11] Cf. Ernst Georg Berger, *Netzzusammenschaltungen*, cit., p. 14.

[12] Cf. William H. Melody, "Interconnection: cornerstone of competition", *in Telecom reform - principles, policies and regulatory practices*, Lyngby, Technical University of Denmark, 1997, p. 58.

externalidades positivas relacionadas às redes de telecomunicações.[13]

Não apenas a utilidade econômica do serviço pressupõe a possibilidade de ser estabelecida uma ligação entre os usuários, mas também a adesão de cada novo usuário à rede aumenta tal utilidade para todos os demais, pois leva a uma ampliação do alcance do serviço. Como esse benefício trazido aos outros não apresenta nenhuma contrapartida direta à pessoa que o causa, diz-se que se está diante de uma externalidade positiva.

Assim, é a interconexão que permitirá o aproveitamento de tais externalidades positivas, decorrentes de características inerentes aos serviços, em um ambiente no qual o controle sobre as redes deixa de ser exercido por somente um único agente econômico.[14] Nessa perspectiva, a interconexão apresenta-se como necessária não apenas em razão daquele que pretende ingressar no mercado, mas por representar o núcleo essencial da organização concorrencial do setor, sem o qual a adoção desse modelo mostrar-se-ia economicamente impensável.

Esse aspecto não alcança a terceira hipótese de acesso referida acima, cuja disciplina própria reflete a necessidade de serem tomadas medidas voltadas de forma específica à viabilização da entrada de novos concorrentes. Nota-se que a mera garantia da interconexão, permitindo a quem ingressa no mercado alcançar a base de usuários já ligada à rede existente, pode se mostrar uma condição insuficiente em determinados casos para, efetivamente, gerar um ambiente concorrencial.

A construção de uma rede com uma cobertura significativa envolve altos investimentos em custos fixos específicos (i.e., irrecuperáveis no âmbito de outras atividades), colocando-se como uma relevante barreira à entrada e reduzindo a contestabilidade do respectivo mercado.[15] Essa circunstância, não obstante um

---

[13] Cf. Erns-Joachim Mestmäcker e Heike Schweitzer, *Netzwettbewerb, Netzzugang und 'Roaming' in Mobilfunk*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 32. Os autores expressamente destacam que o dever de interconexão não está voltado de forma imediata à concorrência entre as empresas de telecomunicações, mas ao aproveitamento das externalidades de rede ("Die Zusammenschaltungspflichten zielen nicht auf den Wettbewerb zwischen den beteiligen Telekommunikationsunternehmen, sondern auf die Nutzung von Netzexternalitäten").

[14] Dentro do Sistema TELEBRÁS, havia diversas prestadoras estaduais de serviço de telefonia, operando redes próprias no âmbito de suas áreas geográficas de atuação. Pode-se dizer que verificava-se uma interconexão entre as redes das distintas prestadoras, mas como praticamente todas estavam sujeitas ao controle da *holding* TELEBRÁS, não se colocavam os problemas que aparecem com o rompimento do modelo baseado no monopólio. Mesmo no tocante às operadoras independentes, o potencial de surgirem conflitos era contido em razão da atuação destas ocorrer apenas em áreas geográficas próprias.

[15] Sobre custos específicos como barreira à entrada cf. Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial - as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 157 e ss., especialmente no que se refere à teoria dos mercados contestáveis. Destaca aquele autor: "a probabilidade do investimento é função tanto do montante necessário para entrar em determinado negócio quanto do valor que pode ser recuperado ao sair. Evidentemente, um empresário prudente, ao avaliar os riscos de um empreendimento, verificará que montante de seu investimento é possível recuperar (através da venda de ativos) caso resolva mudar de ramo ou simplesmente abandonar aquela atividade" (idem, p. 157-158).

quadro legal favorável (refletido na inexistência de barreiras legais à entrada e em regras claras quanto à interconexão), poderia alongar excessivamente o momento da entrada de novos concorrentes aptos a gerarem condições concorrenciais no setor e a contraporem-se à posição dominante do antigo monopolista. É razoável supor, inclusive, que em determinados mercados relevantes, especialmente no âmbito da rede local de telefonia fixa, a entrada de outro prestador não ocorreria mesmo após o transcurso de um prazo mais longo.

A possibilidade de o novo concorrente valer-se das redes já existentes permite a redução dos seus custos específicos e, assim, estimula a entrada e a contestabilidade do mercado. Nessa perspectiva, para formar certos segmentos de sua rede ele contrata a utilização de elementos da rede de outro agente econômico, pagando apenas por esse uso e não incorrendo no custo específico envolvido na instalação daqueles. Sua eventual saída do mercado não lhe traria, assim, significativos prejuízos com relação a esta parte da rede que criou.[16]

Por conta disso, os riscos da entrada para um concorrente potencial podem ser substancialmente minimizados. Antes de fazer qualquer investimento mais significativo em determinada área, o interessado poderá iniciar sua operação e realizar maiores gastos com custos fixos específicos apenas após conseguir uma base de consumidores. Se constatar que a demanda por seus serviços naquele segmento é irrisória, poderá sair do respectivo mercado sem grandes perdas.[17]

Se a capacidade instalada relativa aos elementos da rede for suficiente para comportar a sua utilização por terceiros, haverá, por parte do detentor daqueles, um incentivo para permitir esse uso e obter a respectiva remuneração. Obviamente que tal incentivo desaparece quando o uso visa permitir a entrada de um novo operador no mesmo mercado em que atua o agente. Por essa razão editam-se regulações concorrenciais específicas que impõem, dentro de certos limites e condições, a obrigação de disponibilização desse tipo de acesso inclusive para potenciais concorrentes.

No tocante a essas normas, verifica-se a ênfase na necessidade de tal acesso ser provido da forma mais desmembrada possível (i.e., os elementos da rede devem ser colocados à disposição do interessado conforme a sua demanda). Assim, o concorrente poderá contratar apenas os elementos que de fato entende necessários para formar a rede que está planejando, combinando-os, então, com outros elementos que serão instalados por sua própria conta.[18]

Não se estabelecendo a obrigação nesses termos, o controlador da rede poderia pretender frustrar os propósitos concorrenciais da regulação impondo a contratação e o uso de elementos que a outra parte não teria realmente

---

[16] Cf. Gregory L. Rosston e David J. Teece, "Competition and 'local' communications: innovation, entry and integration", *in Industrial and Corporate Change*, vol. 4, n. 4, 1995, p. 809.

[17] Cf. Gregory L. Rosston e David J. Teece, "Competition", cit., p. 803, 804 e 809.

[18] Nesse sentido dispõe o § 2 da NZV, editada pelo governo alemão, com fulcro nos §§ 35(5) e 37(3) da TKG, para o propósito de regulamentar as hipóteses de acesso à rede previstas neste diploma legal. Da mesma forma, cf. também a seção 251(c) do *Telecommunications Act 1996,* considerada no tópico seguinte deste artigo.

necessidade de utilizar, mesmo quando fosse tecnicamente possível oferecê-los de forma desmembrada. A expressão inglesa "unbundling" (literalmente "desempacotamento") é largamente empregada para designar tal aspecto dessa obrigação de fornecimento de acesso.[19]

Cumpre notar, sob outra perspectiva, que o acesso a elementos de rede pode desempenhar uma função não relacionada ao seu aspecto concorrencial. Em um mercado monopolizado, a duplicação excessiva de infra-estruturas e equipamentos não se coloca como um problema, pois as decisões de investimento são centralizadas. Quando essas decisões passam a serem tomadas por mais de uma empresa, a duplicação torna-se uma possibilidade bastante plausível.

Assim, um prestador de serviço, para entrar no mercado, acabaria por investir na geração de capacidade mesmo quando aquela da rede já existente não estivesse sendo plenamente aproveitada. A alternativa oferecida pelo acesso a elementos dessa rede permitiria que a capacidade excedente fosse utilizada, representando um uso mais eficiente dos respectivos bens econômicos.

Na legislação brasileira que disciplina o serviço de televisão a cabo, reconheceu-se, de forma expressa, a utilização desse tipo de acesso como forma de evitar-se a duplicidade de investimentos em redes. A Lei 8.977/95 dispõe, em seu artigo 18, § 1°, que "as concessionárias de telecomunicações e as operadoras de TV a Cabo empreenderão todos os esforços no sentido de evitar a duplicidade de redes". O § 2°, desse dispositivo, também estabelece que "a capacidade das Redes Locais de Distribuição de Sinais de TV instaladas pela operadora de TV a Cabo não utilizada para a prestação deste serviço poderá, mediante ajuste prévio e escrito, ser utilizada pela concessionária de telecomunicações, atuante na região, para a prestação de serviços públicos de telecomunicações".[20]

Todavia, deve ser ressalvado que a imposição da obrigatoriedade de um acesso amplo com esse propósito pode ter um impacto concorrencial negativo, conforme será tratado no tópico seguinte. Ademais, a existência de uma certa capacidade excedente em mercados nos quais a concorrência mostra-se mais intensa pode ser vista como uma circunstância necessariamente associada ao regime criado. Tentativas de eliminar aquela através da regulação podem mostrar-se incompatíveis com este, restringindo a intensidade com que condições concorrenciais poderiam efetivamente desenvolver-se (cf. também o tópico seguinte).

Por fim, observa-se que a expressão "elemento de rede" tem uma abrangência bastante significativa, não devendo ser confundida apenas com os aspectos físicos a que remete (i.e., os equipamentos propriamente ditos). Inclui,

---

[19] Cf. Gregory L. Rosston e David J. Teece, "Competition", cit., p. 809. A seção 251(c) do *Telecommunications Act 1996* utiliza o termo com esse sentido.

[20] Cf. também as normas tocantes ao projeto de instalação de um sistema de televisão a cabo, constantes do Regulamento do Serviço de TV a Cabo, aprovado pelo Decreto 2.206/97 (especificamente o artigo 48, § 5°).

por exemplo, as próprias funções possibilitadas pelos *softwares* utilizados nas redes, ou mesmo informações relacionadas à sua operação e ao provimento dos serviços. Imaginar o contrário poderia levar a resultados anacrônicos, tal como a pretensão de se garantir apenas o acesso à estrutura física em si, dissociada dos demais elementos que a tornam útil para o desenvolvimento de certa função relativa àquela rede.[21]

Ainda sob esse enfoque, o termo acaba por abranger até mesmo infra-estruturas que não realizam funções específicas às redes de telecomunicações, mas que podem vir a serem empregadas na sua construção. Assim, centrais de comutação ou linhas de transmissão desempenham um papel inerente a tais redes, o que já não acontece com postes ou dutos usados como suporte à colocação de cabos. Isso, porém, não afasta a possibilidade de serem estes últimos também caracterizados como elementos da respectiva rede em que aparecerem.

3. EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS DE UMA AMPLIAÇÃO EXCESSIVA DO DIREITO DE ACESSO ÀS REDES

No tópico anterior foi destacada a importância concorrencial do acesso a elementos das redes já existentes. Entretanto, uma garantia dessa forma de acesso em bases muito amplas não teria necessariamente efeitos concorrenciais positivos. Parte da doutrina observa que colocar tal acesso como um direito do concorrente pode produzir resultados ineficientes, desestimulando investimentos capazes de criar as condições necessárias ao estabelecimento efetivo da concorrência dentro de uma perspectiva de mais longo prazo.

O raciocínio baseia-se, em parte, na rápida transformação tecnológica característica do setor. Se o novo concorrente precisar construir integralmente a sua própria rede, terá que adotar a tecnologia existente no momento de sua entrada no mercado, afastando a opção futura de concentrar o seu investimento em um novo e mais avançado paradigma tecnológico (como o seu investimento em custo fixo será irrecuperável a curto prazo, ele estará preso à tecnologia empregada quando de sua entrada no mercado, pois não poderá simplesmente

[21] Nesse sentido, considere-se a definição adotada pela FCC na regulamentação dos dispositivos do *Telecommunications Act 1996* voltados ao desenvolvimento de condições amplas de concorrência no âmbito da rede local, os quais incluem aqueles acima mencionados relativos à disciplina concorrencial do acesso a elementos de rede: "[T]he term network element includes physical facilities, such as a loop, switch, or other node, as well as logical features, functions, and capabilites that are provided by, for example, software located in a physical facility such as a switch (...) The definition also includes information that incumbent[s] (...) use to provide telecommunications functions commercially, such as information required for pre-ordering, ordering, provisioning, billing, and maintenance and repair services" (*In re Implementation of the local competition provisions in the Telecommunications Act of 1996*, CC Docket nº 96-98, First Report and Order, *in Federal Communications Commission Record*, vol 11, p. 15632-15633). No Regulamento Geral de Interconexão (Resolução Anatel 40/98) a expressão também é empregada de forma bastante ampla, ainda que genérica, definindo-se “elemento de rede” como toda “facilidade ou equipamento utilizado no provimento de serviços de telecomunicações” (artigo 3º, III).

descartá-la e construir uma nova rede). A possibilidade de implementar sua rede a partir de elementos daquelas controladas por terceiros permite, porém, manter aquela opção futura, o que desestimula o seu investimento atual em infra-estruturas e meios alternativos.[22]

Concomitantemente, o reconhecimento de tal possibilidade também apresenta o potencial de desincentivar novos investimentos por parte daqueles que já estão no mercado. Haveria, para estes, um estímulo à redução dos seus investimentos na rede em razão da perspectiva de terem que, necessariamente, compartilhar os resultados benéficos com os concorrentes, enquanto assumiriam todos os riscos de um eventual fracasso.[23]

Acrescente-se que todos esses desincentivos à realização de investimentos tenderão a reduzir, também, a própria busca por novas tecnologias, cujo desenvolvimento coloca-se como o motivo subjacente à decisão de usar elementos de redes já existentes por parte daquele que entra no mercado. Isso acabaria por conter a efetiva viabilização de alternativas que permitam superar, de forma ampla, os limites relacionados às condições de acesso ao consumidor na rede local.

Poder-se-ia pretender que seria preferível aceitar a existência desses desincentivos do que correr o risco de limitar-se a concorrência no oferecimento dos serviços. Embora os argumentos considerados acima efetivamente destaquem um caráter anticoncorrencial decorrente da imposição de tal tipo de acesso, eles não oferecem qualquer alternativa para reduzir as barreiras à entrada representadas pelos altos custos específicos, nem afastam a circunstância de que a utilização de elementos da rede de terceiros pode mostrar-se como um importante fator de estímulo à concorrência no setor, pelo menos no período imediatamente subseqüente à quebra do monopólio.

Todavia, não é possível ignorar que a consolidação de condições concorrenciais efetivas depende da ampliação do número de agentes capazes de prestar serviços a partir de redes e infra-estruturas próprias.[24] Nessa linha,

---

[22] "Because the new TC [telecommunication carrier] can use unbundled elements in place of self-provisioning, the new TC can defer its investment in loops until it sees how the dust will settle on the new technologies. The new TC thereby retains the 'option value' by deferring a commitment to any particular technology (...) [T]he combination of the unbundling requirements of the Telecom Act, the demand for higher-speed access, and the multiplicity of promising technologies has created a set of circumstances for the new TCs that can be likened to having a call option on new access technologies. One factor that contributes to the development of the option is that there have to be some alternatives that, once invested in, become sunk – or at least significantly so" (Debra J. Aron, *et alli*, "Worldwide wait? How the Telecom Act's unbundling requirements slow the development of the network infrastructure", *in Industrial and Corporate Change*, vol. 7, n. 4, 1998, p. 616).

[23] Nesse sentido, destacam Thomas M. Jorde *et alli*: "Firms undertake innovative activities in the pursuit of higher returns through the development of products having either unique qualities or superior quality-to-price ratios. Any requirement to share those innovative developments will therefore reduce the incentives to create them in the first place" ("Innovation, investment, and unbundling", *in Yale Journal on Regulation*, vol. 17, n. 1, 2000, p. 11).

[24] Cf. Ernst-Joachim Mestmäcker e Heike Schweitzer, *Netzwettbewerb*, cit., p. 20; também Hanns Ullrich, "Zum Verhältnis von Sektorenregulierung, Wettbewerbsaufsicht, Technologieschutz

também deve-se ressaltar que a existência de concorrência não se confunde com a mera entrada imediata de novos ofertantes em dado mercado, mas envolve o desenvolvimento de certos aspectos estruturais capazes de realmente viabilizar a dinâmica concorrencial.[25]

Assim, simplesmente garantir e proteger a entrada de outros concorrentes pode mostrar-se inoportuno se isso for feito às custas daqueles fatores que podem efetivamente viabilizar as condições estruturais necessárias à consolidação da concorrência (i.e., o estímulo à busca de inovações e ao investimento em novas redes).

Não há dúvida de que a introdução da concorrência, em seu momento inicial, pode beneficiar-se da possibilidade de acesso aos elementos das redes existentes. Mas se o objetivo das mudanças legislativas introduzidas no setor é a consolidação de um ambiente verdadeiramente competitivo, deve-se buscar um equilíbrio entre a necessidade imediata de introdução da concorrência quando da abertura do mercado e a de incentivar investimentos na diversificação das redes a partir das quais os agentes concorrerão na prestação dos serviços.[26]

Essa circunstância é claramente identificável no direito comparado, onde observa-se o reconhecimento da importância do acesso a elementos de rede, mas também da necessidade de serem definidos limites para tanto. Esses podem ser referidos à perspectiva de que o acesso só deve ser imposto quando, na sua ausência, a entrada do novo concorrente no mercado for completamente inviável.

No *Telecommunications Act 1996*, o legislador norte-americano reconheceu que seria no âmbito dos serviços que dependem da rede local de telefonia que se verificariam os maiores óbices à concorrência. Em razão disso, a Seção 251 do ato impõe às operadoras locais, além do dever de interconexão, a obrigação de prover elementos de suas redes aos novos concorrentes, assim como a de vender em atacado os seus serviços para outras empresas, as quais

---

und Innovation in der Telekommunikation: Falsch gewählt oder falsch verbunden?", *in Innovation und Telekommunikation*, Wolfgang Hoffmann-Riem (ed.), Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 96-97. Se todos os agentes atuarem em grande medida a partir de uma única rede compartilhada, não desenvolvendo significativamente meios próprios, a intensidade da concorrência na prestação dos serviços será comprometida. Primeiramente, os concorrentes terão uma base de custo bastante semelhante, o que limita substancialmente a concorrência em preços. De igual modo, a qualidade dos serviços prestados tende a uniformizar-se, pois depende em grande parte da rede que está sendo utilizada.

[25] A simples presença de vários agentes em um mercado não reflete um ambiente concorrencial. Aqueles podem estar, por exemplo, atuando como um cartel, o que implicaria, diante de barreiras à entrada, estarem imunes a qualquer pressão competitiva. Tal enfoque é ressaltado pela teoria dos mercados contestáveis, a qual destaca a importância dos elementos estruturais, tais como as barreiras à entrada, na avaliação do caráter concorrencial de dado mercado. Nessa linha, basta a existência de concorrência potencial para limitar a ação de um agente econômico, ainda que este seja o único a atuar no mercado considerado.

[26] Diante disso, Ernst-Joachim Mestmäcker e Heike Schweitzer observam a existência de um conflito entre o fim de promover a concorrência a curto prazo e o de promover uma estrutura de mercado que garanta uma concorrência efetiva a longo prazo (“Zu beachten ist insbesondere der bereits erwähnte Konflikt zwischen dem Ziel einer kurzfristigen Förderung von Wettbwerb auf des Dienstleistungsebene und dem Ziel des Förderung einer Marktstruktur, die langfristig wirksamen Wettbewerb auf der Netzebene gewährleistet” - *Netzwettbewerb*, cit., p. 26).

poderão ingressar no mercado local apenas como revendedoras, sem sequer precisar montar uma rede própria.[27] Deve-se atentar à circunstância de que as duas hipóteses referidas não se confundem, não podendo a mera revenda de serviços ser caracterizada como um tipo de acesso à rede.[28]

Especificamente com relação aos elementos de rede, a leitura da Subseção 251(c)(3), acima citada, poderia dar a impressão de que o legislador teria descartado o estabelecimento de qualquer limite ao acesso no âmbito das redes locais. O concorrente poderia, assim, construir integralmente sua rede local a partir de elementos da rede já existente. Todavia, tal impressão é afastada pela Subseção 251(d)(2), nos termos da qual deve a FCC, ao determinar que elementos deverão ser disponibilizados para o propósito da Subseção 251(c)(3),

---

[27] Tais obrigações são estabelecidas nos seguintes termos pela Subseção 251(c): "In addition to the duties contained in subsection (b) of this section, each incumbent local exchange carrier has the following duties: (...) (3) Unbundled Access. The duty to provide, to any requesting telecommunications carrier for the provision of a telecommunications service, nondiscriminatory access to network elements on an unbundled basis at any technically feasible point on rates, terms, and conditions of the agreement and the requirements of this section and section 252 of this title. An incumbent local exchange carrier shall provide such unbundled network elements in a manner that allows requesting carriers to combine such elements in order to provide such telecommunications service. (4) Resale. The duty (A) to offer for resale at wholesale rates any telecommunications service that the carrier provides at retail to subscribers who are not telecommunications carriers; and (B) not to prohibit, and not to impose unreasonable or discriminatory conditions or limitations on, the resale of such telecommunications service, except that a State commission may, consistent with regulations prescribed by the Commission under this section, prohibit a reseller that obtains at wholesale rates a telecommunications service that is available at retail only to a category of subscribers from offering such a service to a different category of subscribers." Destaque-se, em linha com o observado no tópico anterior, a ênfase na exigência de que os elementos sejam ofertados de forma desmembrada e apta à utilização na construção de redes próprias. Jerry A. Hausman e J. Gregory Sidak observam que esta Seção e a subseqüente constituem os dispositivos centrais através dos quais o legislativo procurou abrir os mercados de telefonia local à concorrência (cf. "A consumer-welfare approach to the mandatory unbundling of telecommunications networks", *in Yale Law Journal*, vol. 109, 1999, p. 432-433); nesse sentido, cf. também Michael I. Meyerson, "Ideas of the marketplace: a guide to the 1996 Telecommunications Act", *in Federal Communications Law Journal*, vol. 49, n. 2, 1997, p. 255 e ss.

[28] A distinção pode mostrar-se um tanto sutil quando cogita-se, por exemplo, da ampla possibilidade de acesso a elementos desmembrados da rede, permitindo que o interessado construa sua rede exclusivamente a partir daquela já existente. Todavia, mesmo nessa hipótese permanecerá a oportunidade de tais elementos serem empregados de forma a viabilizar a oferta de serviços que se distinguem daqueles ofertados pela empresa já instalada. Tal alternativa não existe para aquele que está apenas revendendo os serviços disponibilizados por outrem. A FCC enfatizou tal diferença ao disciplinar as respectivas hipóteses legais: "The principal distinction between sections 251(c)(3) and 251(c)(4), in terms of the opportunities each section presents to new entrants, is that carriers using solely unbundled elements, compared with carriers purchasing services for resale, will have greater opportunities to offer services that are different from those offered by incumbents. More specifically, carriers reselling incumbent (...) services are limited to offering the same services an incumbent offers at retail. This means that resellers cannot offer services or products that incumbents do not offer. The only means by which a reseller can distinguish the service it offers from those of an incumbent is through price, billing service, marketing efforts, and to some extent, customer service. The ability of a reseller to differentiate its products based on price is limited, however, by the margin between the retail and wholesale price of the product" (*In re Implementation of the local competition provisions*, First Report and Order, cit., p. 15666). A preocupação da FCC em ressaltar essa circunstância visava afastar a idéia de que os dispositivos acima citados só permitiriam o acesso a elementos de rede por parte daqueles que já detivessem redes ou elementos próprios.

considerar pelo menos (i) se o acesso é necessário; e (ii) se o não provimento do acesso compromete a capacidade de a empresa oferecer os serviços que pretende.[29]

A interpretação que a FCC fez deste dispositivo, porém, parece conduzir a uma conclusão em sentido inverso (i.e., de que sua aplicação não traria uma limitação à amplitude da obrigação de fornecer acesso a elementos de rede). Ao regulamentar a Seção 251, a agência partiu da premissa de que a Subseção 251(c)(3) obrigaria o fornecimento de acesso a qualquer elemento, desde que tecnicamente possível. A Subseção 251(d)(2) apenas atribuiria uma discricionariedade ao órgão no sentido de poder limitar a obrigação geral contida na outra Subseção.[30]

Essa orientação, verificada na regulamentação inicial à Seção 251, foi seguidamente contestada no judiciário, já tendo sido objeto de apreciação pela Suprema Corte daquele país, a qual, ao decidir sobre a questão, enfatizou a necessidade de a obrigação de fornecer acesso a elementos de rede precisar estar sujeita a limitações.[31]

A Suprema Corte inverteu a interpretação que estava subjacente à posição da FCC sobre esse ponto. Assim, concluiu que a obrigação constante da Subseção 251(c)(3) só existiria com relação àqueles elementos de rede que se enquadrassem na hipótese da Subseção 251(d)(2). Não haveria, portanto, uma discricionariedade da agência para criar exceções à obrigação geral, mas um dever de estabelecer quais elementos de rede deveriam ser oferecidos, considerando os objetivos do diploma legislativo e os parâmetros da subseção 251(d)(2).

A decisão menciona que tais parâmetros exigiriam, por exemplo, que se considerasse a existência, ou não, da possibilidade de acesso a tais elementos a partir de outras redes já instaladas. Também foi destacada a circunstância, enfatizada acima, de que a imposição de um acesso obrigatório irrestrito conduziria ao desincentivo ao investimento nas redes e, conseqüentemente, restringiria a possibilidade de consolidação de um ambiente concorrencial.[32]

---

[29] O texto da Subseção é o seguinte: “In determining what network elements should be made available for purposes of subsection (c)(3) of this section, the Commission shall consider, at a minimum, whether (A) access to such network elements as are proprietary in nature is necessary; and (B) the failure to provide access to such network elements would impair the ability of the telecommunications carrier seeking access to provide the services that it seeks to offer.”

[30] Cf. *In re Implementation of the local competition provisions*, First Report and Order, cit., p. 15683 e ss.

[31] *AT&T Corp. et al. v. Iowa Utilities Board et al.,* 525 US 366 (1999).

[32] Esta observação é feita de forma expressa na opinião emitida pelo *Justice* Breyer, que dissentiu em parte da opinião majoritária da Corte (seu dissentimento não se refere ao ponto que está sendo aqui discutido, mas a uma das outras questões sob análise, relativa à amplitude dos poderes da FCC em relação aos serviços de âmbito intra-estadual). É interessante destacar a seguinte passagem de seu voto: “A totally unbundled world - a world in which competitors share every part of an incumbent’s existing system, including, say, billing, advertising, salesstaff, and

O que transparece dessa decisão é o entendimento de que os parâmetros constantes da Subseção 251(d)(2) tornam o acesso obrigatório apenas em relação a elementos de rede cuja não disponibilização inviabilizaria o aparecimento de concorrência.[33] Sob esse enfoque, a interpretação dada àquela Subseção aproxima-se do resultado que seria alcançado com a aplicação da doutrina das *essential facilities* no âmbito do direito concorrencial geral. Na própria decisão menciona-se a semelhança entre esta e o texto legal (apesar de evitar-se o reconhecimento expresso de que a doutrina das *essential facilities* deveria ser adotada na interpretação da Subseção).

Não deve ser olvidado, por fim, que a discussão acima aplica-se com matizes diversos conforme o segmento do setor de telecomunicações que esteja sendo considerado. Isso depreende-se do próprio texto legislativo norte-americano antes comentado. O dever em questão é colocado em relação às prestadoras de telefonia fixa local. A estrutura de custos específicos desta não será necessariamente verificada em outros segmentos como, por exemplo, na telefonia de longa distância ou na telefonia móvel.

Assim, enquanto no âmbito relacionado à telefonia fixa local o acesso a elementos de rede pode ser tido como relevante, dentro de certos limites, para a criação de um ambiente concorrencial; em outros, como no da telefonia móvel, tende a produzir apenas efeitos concorrenciais ambíguos, quando não negativos (i.e., o desincentivo ao investimento em redes próprias pelos prestadores do serviço).

4. A DISCIPLINA JURÍDICA DA INTERCONEXÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Para garantir a interconexão pode-se imaginar um modelo normativo que deixe a implementação daquela inteiramente a cargo dos agentes econômicos, buscando apenas reprimir eventuais abusos destes com base no direito concorrencial.[34] Mais comum, porém, tem sido o estabelecimento de normas

---

work force (and in which regulators set all unbundling charges) - is a world in which competitors would have little, if anything, to compete about" (cf. 525 US 366).

[33] Cf. Jerry A. Hausman e J. Gregory Sidak, "A consumer-welfare approach to the mandatory unbundling of telecommunications networks", cit., p. 463 e ss.

[34] Questões relativas à interconexão tendem a mostrar-se, porém, de difícil solução sob este modelo: "Experience has revealed (...) that parties remained unable to agree on particularly contentious issues such as conditions of interconnection. In many cases, the parties were unable to come to an agreement without first going to court. In other situations, agreements previously made were later contested and modified. Even where parties did reach agreements, it was only after lengthy, time-consuming negotiations, and Telecom's competitors often expressed dissatisfaction with the results. (...) In the absence of negotiated agreements, interconnection disputes went to court, and the judicial proceedings were both lengthy and costly. Furthermore, the judicial decisions failed to be specific enough to put an end to the disputes" (Michel Kerf e Damien Geradin, "Controlling market power in telecommunications: antitrust vs. sector-specific regulation - an assessment of the United States, New Zealand and Australian experiences", *in Berkeley Technology Law Journal*, 14, 1999, p. 980). Cf. o tópico abaixo sobre a questão do preço de

reguladoras específicas quanto à questão, impondo-se e delimitando-se um dever expresso nesse sentido, assim como prevendo-se formas de resolução de eventuais conflitos.

No sistema jurídico brasileiro a LGT tratou expressamente do tema, assim como conferiu poderes à Anatel para especificar as condições e os termos sob os quais devem ocorrer a interconexão.[35] Com base em tal competência a agência editou o RGI. Destaque-se, também, o Regulamento aprovado pela Resolução Anatel n° 33/98, o qual estabelece o valor da remuneração pelo uso das redes das prestadoras do STFC para as hipóteses de interconexão envolvendo estas.

Juridicamente, a interconexão manifesta-se sob a forma de um contrato entre as partes que controlam as respectivas redes. Todavia, na maior parte dos casos, a LGT afasta a possibilidade de decidir-se quanto à celebração, ou não, de tais acordos, ainda que aspectos significativos do seu conteúdo possam ser livremente determinados pelos agentes envolvidos. Estes têm, portanto, um dever recíproco de vincularem-se por meio de um contrato que disciplinará a interconexão entre suas redes.

A circunstância de a interconexão ser estabelecida através de contratos, celebrados caso a caso pelas partes interessadas, e não ser simplesmente imposta em cada situação concreta por um ato de autoridade determinando todos os seus aspectos, reflete diretamente a nova concepção que se procura imprimir ao setor. São ampliados, nessa perspectiva, os âmbitos de liberdade dos agentes econômicos, ao mesmo tempo em que se busca conter a necessidade de atuação do agente público.

Para identificar-se as hipóteses nas quais a interconexão coloca-se como obrigatória é preciso considerar de forma sistemática os dispositivos da LGT que tratam da matéria, assim como, concomitantemente, verificar de que modo a questão é tratada nas normas editadas pela Anatel.

Inicialmente, o artigo 145 restringe a disciplina prevista no respectivo Título às redes utilizadas para a prestação de serviços de interesse coletivo,[36] admitindo, em seu parágrafo único, que a Anatel também dispense redes utilizadas para a prestação de serviços em regime privado (ainda que de interesse coletivo) da observância de tais normas.

---

acesso, no qual são considerados os problemas específicos verificados nesse sentido na Nova Zelândia.

[35] Nesse sentido, o artigo 150 da LGT outorga uma competência genérica à Anatel para que esta edite normas voltadas à implantação, ao funcionamento e à interconexão das redes de telecomunicações. Conforme será visto na seqüência, a sistemática adotada pela LGT permite, ainda, que a Anatel restrinja as hipóteses em que a interconexão apresenta-se como obrigatória.

[36] A não inclusão dos serviços de interesse restrito é compreensível, na medida em que redes utilizadas exclusivamente como suporte para esses poderão ser classificadas como “fechadas” ou “corporativas”. Estão voltadas, portanto, à troca de informações no âmbito de uma organização ou ao atendimento de um grupo determinado de usuários, sendo os respectivos serviços destinados exclusivamente aos seus membros e às suas especificidades (cf. a definição de serviço de interesse restrito constante do artigo 18 do RST).

Em seguida, o artigo 146, I, estabelece como obrigatória a interconexão entre as redes alcançadas pelo *caput* do artigo 145, mas na "forma da regulamentação".[37] O artigo 147 refere-se a tal obrigação de um modo não apenas confuso e, em princípio, desnecessário diante do que já dispõe o artigo 146, I, mas também contraditório em relação ao que dispõe o artigo 148.

Nos termos do artigo 147, será obrigatória a interconexão quando esta for solicitada por prestadora de serviço no regime privado. A letra do dispositivo conduz ao entendimento anacrônico de que aquela solicitada por prestadora que atua em regime público poderia não ser tratada como obrigatória. Mais ainda, parece não fazer sentido ao considerar-se que o artigo 148 estabelece que será "livre a interconexão entre redes de suporte à prestação de serviços de telecomunicações no regime privado".

Nota-se, na verdade, um excesso de dispositivos confusos, todos remetendo a normas infra-legais a serem editadas pela Anatel, para expressar, em síntese, que a interconexão entre redes destinadas a dar suporte a serviços de interesse coletivo é obrigatória, podendo a regulamentação dispensar de tal dever apenas aquelas operadoras que atuam em regime privado, mas não as que atuam em regime público. Em relação àquelas para as quais não é imposta a obrigação em questão, garante-se a possibilidade de interconectarem-se com a rede das empresas que têm essa obrigação (artigo 147). Todavia, exclusivamente entre as primeiras, a celebração, ou não, de contratos de interconexão é deixada ao livre arbítrio das partes interessadas (artigo 148).

Para não chegar a um resultado hermenêutico absurdo, é preciso reconhecer que os artigos 147 e 148 estão fazendo referência às prestadoras de serviço no regime privado que foram dispensadas da observância do dever de interconexão, nos termos do parágrafo único do artigo 145.

Nessa perspectiva, o artigo 147 apenas estabelece a estas o direito de solicitarem (e obterem) a interconexão à rede daquelas que continuam submetidas integralmente à disciplina referida no artigo 145. Estas, por sua vez, apesar de estarem obrigadas pelo artigo 147 a interconectarem-se na hipótese referida, não têm garantida a mesma pretensão (i.e., poderão solicitar a interconexão às primeiras, mas não têm garantida a celebração de um contrato).

Nota-se que no âmbito do RGI não foi prevista qualquer exceção nessa linha.[38] Assim, o seu artigo 12 estabelece, como regra geral, que as prestadoras

---

[37] O dispositivo refere-se às redes sem qualquer qualificativo. Mas é óbvio que remete àquelas abrangidas pelo *caput* do artigo 145, na medida em que todas as normas deste Título da LGT estão tratando dessas.

[38] O RGI apenas procurou distinguir as diversas hipóteses abrangidas pelo dispositivo legal estabelecendo uma classificação em cinco classes de interconexão: entre redes de telecomunicações de suporte de STFC nas modalidades local, longa distância nacional e longa distância internacional (classe I); entre redes de telecomunicações de suporte de STFC e redes de telecomunicações de suporte de serviço de telecomunicações móvel de interesse coletivo (classe II); entre redes de telecomunicações de suporte de STFC ou de serviço de telecomunicações móvel de interesse coletivo, com redes de telecomunicações de suporte a outro serviço de telecomunicações de interesse coletivo (classe III); entre redes de telecomunicações de suporte

de serviços de telecomunicações de interesse coletivo são obrigadas a tornar suas redes disponíveis à interconexão quando solicitadas por outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Cabe enfatizar que a obrigação em questão não está limitada, apenas, a um dever de negociação entre as partes. A LGT determina de forma clara que o resultado final das tratativas deve ser, necessariamente, a celebração de um contrato, sendo que a falta de acordo tem como resultado a intervenção da Anatel, a qual arbitrará as condições de interconexão no que se refere ao ponto objeto de litígio (artigo 153, § 2º). Para que se verifique a atuação da agência, nesses casos, basta que haja a provocação de uma das partes (i.e., não é necessária que ambas acordem em submeter o conflito à Anatel).[39]

Por outro lado, a delimitação da obrigação nesses termos, associada à inexistência de qualquer previsão expressa na LGT ou no RGI de situações que admitiriam uma recusa de interconexão, não significa que esteja completamente afastada a possibilidade de um contrato não vir a ser celebrado. Embora com um caráter bastante excepcional, este resultado pode mostrar-se justificado em hipóteses específicas.

Estas estão limitadas aos casos em que a interconexão puder claramente prejudicar a utilização da rede, tal como quando verificar-se a possibilidade de efetivo comprometimento da sua integridade ou segurança. Não seria razoável, além de contrariar o artigo 146 da LGT, assegurar um direito à interconexão àquele agente que pudesse inviabilizar a própria operação integrada das redes.

É interessante constatar, também, que as regras aplicáveis à interconexão obrigatória alcançam os respectivos agentes de modo uniforme, independentemente do poder econômico detido. É claro que a possibilidade de excepcionar tal dever apenas em relação àqueles que operam em regime privado significa, como resultado prático, pelo menos no mercado de telefonia fixa, que a interconexão sempre será obrigatória ao agente que atualmente possui a parcela mais relevante de poder econômico (i.e., às empresas originárias do Sistema TELEBRÁS).

Mas o dever não se manifesta de forma diversa, nem envolve procedimentos distintos, a depender do poder econômico detido pelo agente. Isso reflete, em certo sentido, a perspectiva de que a interconexão justifica-se não apenas por questões concorrenciais, mas para assegurar as externalidades positivas decorrentes da existência de redes integradas.

---

de serviço de telecomunicações móvel de interesse coletivo (classe IV); entre redes de telecomunicações de suporte a outro serviço de telecomunicações que não o STFC ou o serviço de telecomunicações móvel de interesse coletivo (classe V).

[39] A composição administrativa do litígio pela Anatel nesses casos não deve ser confundida, apesar da utilização do termo "arbitragem" nas normas infra-legais aplicáveis, com uma arbitragem convencional propriamente dita. A decisão quanto ao litígio em âmbito administrativo, portanto, não produz entre as partes os efeitos típicos de uma sentença arbitral (cf. nesse sentido o próprio teor do artigo 19, XVII, da LGT).

Observa-se no direito comparado, porém, casos em que há um tratamento diferenciado das hipóteses que envolvem agentes com posições dominantes nos respectivos mercados, tendo em vista a expectativa, conforme referido no tópico inicial deste artigo, de que os conflitos concorrenciais tenderão a desenvolver-se de forma mais significativa quando houver uma assimetria de poder entre cada uma das partes.

Esse tipo de distinção aparece notadamente na disciplina da interconexão constante da TKG. O seu § 35 estabelece um dever aos agentes que são detentores de uma posição dominante no sentido de permitirem o amplo acesso às suas redes ou parte delas,[40] colocando-se a interconexão como uma das espécies desse acesso obrigatório.[41] As empresas que não ocupam uma posição dominante são abrangidas apenas pelo § 36, o qual impõe somente o dever de fazer-se uma oferta de interconexão, mas não a obrigatória conclusão de um acordo, sempre que houver solicitação nesse sentido por parte de outra prestadora. O § 37, por sua vez, estabelece a possibilidade de ser solicitada à autoridade setorial a imposição de uma ordem determinando a interconexão sempre que um acordo não for alcançado pelas partes envolvidas.

Poderia-se observar que, em termos práticos, a diferença de tratamento não implica um resultado diverso daquele pretendido pela LGT. Todavia, a existência de uma disciplina diferenciada já fez com que aparecesse na doutrina entendimento no sentido de que o § 37 não imporia à autoridade setorial a obrigação de emitir uma ordem de interconexão em qualquer caso, mas apenas naquelas hipóteses abrangidas pelo § 35. Nas demais caberia uma avaliação a ser feita a partir de cada situação concreta.[42] Essa conclusão não teria como ser alcançada com base no texto legal brasileiro, no qual a interconexão é tratada de forma unívoca, independentemente da posição econômica dos agentes.

O fato de haver uma obrigação legal de contratar, assim como todo um conjunto de normas disciplinando-a, não implica descaracterizar a existência de um contrato privado entre as partes. Como já referido acima, remanesce uma

---

[40] A TKG adota, como critério para determinar a existência de uma posição dominante, aquele estabelecido pela legislação concorrencial, remetendo expressamente ao § 19 da GWB. Nos termos deste, uma empresa ocupa uma posição dominante em determinado mercado quando: (i) atua sem ter concorrentes ou sem concorrência significativa (*wesentlichen Wettbewerb*); ou (ii) ocupa uma posição no mercado que se sobressai em relação à de seus concorrentes (*überragende Marktstellung*), devendo-se considerar nesta avaliação fatores como participação no mercado, capacidade financeira, entrada em outros mercados, relações com outras empresas, existência de concorrência potencial e de barreiras legais ou naturais à entrada. Note-se que o primeiro critério, especificamente no que se refere à ausência de concorrência significativa, remete a uma análise do comportamento das empresas, enquanto o segundo considera os aspectos estruturais do mercado (cf. Michael Baron, *Das neue Kartellgesetz*, Köln, Bundesanzeiger, 1998, p. 27). O dispositivo estabelece, ainda, uma presunção quanto à existência de posição dominante diante da verificação de um participação no mercado superior a um terço.

[41] Cf. Peter N. Märkl, *Netzzusammenschaltung*, cit., p. 246; Bernd Holznagel *et alli Grundzüge des Telekommunikationsrechts*, Münster, Lit, 2000, p. 108; e Martina Etling-Ernst, *TKG, Telekommunikationsgesetz - Kommentar*, Ratingen, Eutelis Consult, 1996, p. 230.

[42] Cf. Peter N. Märkl, *Netzzusammenschaltung*, cit., p. 251-252; em sentido contrário, destacando que a sistemática dos §§ 36 e 37 implica concluir que há, também nesses casos, um dever implícito de interconexão, cf. Ernst Georg Berger, *Netzzusammenschaltungen,* cit., p. 101.

margem de exercício à autonomia privada no estabelecimento das condições em que se verificará a interconexão. A regra é que estas sejam objeto de livre negociação (nesse sentido dispõe expressamente o artigo 153 da LGT e o artigo 7º do RGI), intervindo a Anatel apenas em caso de impasse e por provocação de uma das partes. A atuação da agência assume, assim, um caráter subsidiário.

Em princípio, cabe às partes definir inclusive o preço a ser pago pela utilização de suas respectivas redes, ressalvados, entretanto, os casos em que a própria Anatel tiver estabelecido esse valor (cf. artigo 68 do RGI). Efetivamente, na hipótese mais relevante, relativa ao uso das redes de telefonia fixa, a agência fixou tal remuneração por meio da Resolução Anatel n° 33/98, limitando o âmbito de negociação livre entre as partes no que diz respeito a esse ponto.[43]

Observe-se, porém, que a interconexão envolve não apenas o pagamento pelo uso da rede de cada uma das partes. É necessário acordar, também, como serão distribuídos os custos relativos à sua implementação e manutenção. É possível que as prestadoras optem por compartilhar equipamentos, infra-estruturas e outros meios necessários à implementação da interconexão, assumindo cada parte uma parcela correspondente do custo. Por outro lado, todos os equipamentos utilizados para esse propósito podem ser de apenas uma das partes, a qual precisará, então, ser remunerada pela outra em razão do uso e operação dos bens que estará disponibilizando nos pontos de interconexão.

Ambas essas hipóteses são referidas pelo RGI nos artigos 33 a 38. Tais dispositivos não trazem uma restrição no tocante às condições que podem ser negociadas pelas partes, apresentando apenas um caráter permissivo. Assim, é previsto que os meios necessários ao estabelecimento da interconexão, quando não forem compartilhados pelas duas empresas, poderão ser instalados e operados por apenas uma delas, devendo as partes acordarem a eventual remuneração a ser percebida por conta disso. Somente o artigo 34 impõe um claro dever às prestadoras, no sentido de observarem, no planejamento de suas instalações, a necessidade de disporem de infra-estrutura para a instalação de equipamentos de terceiros utilizados para a interconexão.

Além dos aspectos destacados acima, o contrato de interconexão deverá especificar, nos termos do artigo 68 do RGI: (i) modo, forma e condições em que a interconexão será provida; (ii) direitos, garantias e obrigações das partes; (iii) formas de acerto de contas entre as partes; (iv) condições técnicas relativas a implementação e qualidade da interconexão; (v) multas e demais sanções; (vi) foro e modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

Uma vez celebrado, o contrato deverá ser apresentado à Anatel, ficando sua eficácia dependente da homologação da agência, nos termos do § 1º, do artigo 153, da LGT. Essa homologação ocorrerá de forma tácita se a Anatel não se manifestar em trinta dias, conforme dispõe o § 3º, do artigo 41, do RGI.

---

[43] Isso justifica-se porque é em relação a essas redes que se verificam as maiores assimetrias (e, portanto, uma maior probabilidade de conflitos), especificamente no que se refere àquelas controladas pelas empresas originárias do Sistema TELEBRÁS.

No tocante às condições técnicas e aos padrões de qualidade que devem ser oferecidos, usualmente destaca-se a necessidades de esses apresentarem um caráter não discriminatórios, ou seja, devem corresponder aos parâmetros verificados nos serviços prestados pelo próprio controlador da rede ou nos outros contratos de interconexão que tiver celebrado.[44]

O oferecimento da interconexão em condições não discriminatórias é imposto de forma expressa na própria LGT, no artigo 152. A formulação desse dever em tais termos é necessária para afastar os efeitos anticoncorrenciais que poderiam ser causados pela imposição, por parte daquele que ocupa uma posição dominante, de condições iníquas de acesso à rede. Nesse sentido, a recusa de interconexão, considerada sob um enfoque mais amplo, manifesta-se também pela imposição de condições abusivas capazes de prejudicar a competitividade da outra empresa.

Poderia-se pretender que a vedação à discriminação, nos termos da legislação brasileira, diria respeito apenas às condições ofertadas aos solicitantes da interconexão (i.e., não discriminar entre estes), não alcançando aquelas relativas aos serviços do próprio controlador da rede. Essa afirmação é possível dado o teor do artigo 11, I, do RGI, o qual veda o tratamento discriminatório, mas referindo-se apenas àqueles que solicitam a interconexão.

Sob tal enfoque, observada a exigência constante do § 1º do artigo 16, do RGI, nos termos do qual os padrões de qualidade na interconexão entre redes de prestadoras do STFC devem permitir o cumprimento das metas de qualidade estabelecidas, seria admissível o oferecimento de um grau de qualidade inferior àquele que a empresa usufrui em suas próprias operações, desde que isso não implicasse uma discriminação em relação aos outros contratos de interconexão.

Todavia, essa conclusão é equivocada. O artigo 152, da LGT, não faz referência apenas aos “solicitantes”, como faz o artigo 11, do RGI. O dever de não discriminar é estatuído de forma genérica, devendo alcançar inclusive os padrões usufruídos por aquele que disponibiliza a interconexão à sua rede. Esse parece ser o entendimento mais adequado dos dispositivos, especialmente considerando-se que a oferta de condições diferenciadas de interconexão teria um impacto concorrencial claramente negativo.

Nesse sentido, o próprio RGI afastaria uma interpretação do artigo 11 nos termos vistos acima. O seu artigo 8º estabelece, ainda que sem maior especificidade, uma vedação a comportamentos prejudiciais à livre, ampla e justa competição. Também o artigo 41, § 1º, dispõe que a Anatel não homologará os acordos que forem prejudiciais à ampla, livre e justa competição.

Cabe notar, por fim, que a obrigatoriedade da interconexão representa a imposição de um limite à amplitude que pode alcançar o direito de propriedade sobre as redes de telecomunicações. Isso poderia levar à questão da necessidade de indenizar-se o respectivo proprietário por conta dessa restrição.

---

[44] Cf. Peter N. Märkl, *Netzzusammenschaltung*, cit., p. 61.

Tal espécie de questionamento, porém, deve ser descartada. Primeiramente, porque a interconexão não compromete o uso econômico que se pode fazer da rede. Continua sendo possível ao seu titular empregá-la na oferta de serviços próprios. Da mesma forma, é devida uma remuneração pelo uso da rede decorrente da interconexão. Apenas limita-se a possibilidade de recusar-se o transporte de informações originadas a partir da rede de terceiros ou o acesso dos usuários de outros prestadores aos serviços oferecidos.

A imposição de um dever nesses termos seguramente não representa uma subtração do direito de propriedade. Caracteriza apenas um condicionamento que o adequa ao preenchimento da função social a ser atendida por uma rede de telecomunicações. Não se trata, portanto, da supressão de um direito, mas apenas da fixação dos seus limites nos termos dos princípios constitucionais que fundamentam sua própria legitimidade no ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, a disciplina das redes de telecomunicações trazidas pela LGT reflete uma concretização do princípio da função social da propriedade sobre bens de produção consagrado no artigo 170, III, da CF. Referência a tal circunstância é feita de forma expressa no artigo 146, III, da LGT, segundo o qual "o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social", o qual aparece vinculado, nos termos do *caput* do dispositivo, à organização das redes "como vias integradas de livre circulação".

Ademais, depende diretamente dessa forma de organização, baseada na interconexão das redes existentes, a realização de certos direitos básicos que a LGT atribui aos usuários dos serviços de telecomunicações, especialmente o direito à liberdade de escolha da prestadora do serviço e o de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço (artigo 3º, II e III, LGT).

5. A REGULAÇÃO CONCORRENCIAL DO ACESSO A ELEMENTOS DESMEMBRADOS DAS REDES NO DIREITO BRASILEIRO

No primeiro tópico, destacou-se a significativa abrangência daquilo que pode ser caracterizado como elemento de uma rede, o qual abrange todo meio, função, infra-estrutura ou equipamento utilizado na implementação e operação de uma rede de telecomunicações. Dentro dessa perspectiva, a LGT trata expressamente da questão em dois momentos.

No seu artigo 73, estabelece que "as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis".

Por outro lado, no fundamental tópico sobre a disciplina das redes, no qual estão as já citadas regras sobre interconexão, o artigo 154 prevê que "as redes de telecomunicações poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de

serviço a ser prestado por outrem, de interesse coletivo ou restrito". Refere-se, portanto, ao tipo de acesso aqui considerado, mas de forma meramente permissiva (i.e., sem impor qualquer obrigação nesse sentido).

Já o artigo 155, com um caráter claramente concorrencial, admite que a possibilidade referida no artigo anterior seja imposta como um dever por norma específica, desde que isso coloque-se como necessário à efetivação da concorrência. Dispõe, assim, que "para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo".

Verifica-se, a partir da leitura dos três dispositivos, que a LGT não estabelece, como faz no caso da interconexão, uma obrigação ampla de disponibilização de acesso a elementos de rede. O dever existe apenas: (i) nos casos referidos no artigo 73; e (ii) em outras situações definidas especificamente pela agência. Na hipótese dos postes, dutos, condutos e servidões existe um direito expresso e não condicionado à edição de normas posteriores.[45]

No tocante aos demais elementos de rede, o acesso só coloca-se como um dever para as prestadoras nos casos que vierem a ser fixados subseqüentemente pela Anatel. Esses, ademais, devem conter, sob pena de ilegalidade, um claro propósito concorrencial. Assim, a agência deve, necessariamente, considerar a situação particular de cada mercado e só impor o dever de fornecimento do acesso quando este mostrar-se indispensável ao desenvolvimento da concorrência.

Note-se que nestes casos há um dever para a autoridade. O artigo 155 não atribui à Anatel uma competência discricionária, no sentido de poder decidir se irá ou não agir quando o acesso for fundamental ao desenvolvimento de condições concorrenciais. Trata-se aqui de competência vinculada. Embora isso possa não estar explícito no texto do dispositivo citado, é a interpretação mais apropriada diante do dever imposto ao poder público pelo artigo 2°, III, nos termos do qual devem ser adotadas medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços.

Considerando os efeitos adversos que um amplo direito de acesso a elementos de rede pode ter sobre a concorrência, a opção do legislador brasileiro mostra-se equilibrada. Houve um reconhecimento de que isso merece um tratamento mais casuístico, variando conforme os segmentos do setor que forem considerados e as peculiaridades de cada situação concreta.

A alternativa adotada também é adequada frente à dinâmica tecnológica do setor. Seria inapropriado tentar, no plano geral de uma lei, especificar os elementos de rede cuja disponibilização mostrar-se-ia necessária. A rápida evolução da tecnologia empregada nas telecomunicações pode, abruptamente,

[45] O parágrafo único do artigo estabelece apenas que as condições para o adequado atendimento desse acesso deverão ser estabelecidas pelo órgão regulador. Trata-se, por certo, de normas que deverão viabilizar o exercício do respectivo direito, mas a existência deste não depende daquelas.

fazer com que o acesso a um elemento de rede deixe de ter o efeito de eliminar uma barreira à entrada, tornando-o apenas um fator de desincentivo ao investimento.

O que parece questionável, na sistemática adotada na LGT, é o condicionamento do direito ao acesso aqui considerado a uma atuação da Anatel. Sem essa, não obstante o caráter essencial que o elemento de rede possa apresentar à existência da concorrência, o artigo 155 não garante ao interessado a pretensão de obter o acesso.

Teria sido mais oportuno adotar-se uma disciplina semelhante àquela do próprio artigo 73. Assim, estabelecer-se-ia de forma genérica a existência de um direito de acesso nas situações nas quais a concorrência não pudesse desenvolver-se sem a utilização de certos elementos da rede de outrem. Caberia à Anatel, então, especificar as condições para o adequado exercício desse direito, podendo inclusive arbitrar, na esfera administrativa, a efetiva verificação da hipótese legal em determinado caso concreto.

6. A REGULAÇÃO CONCORRENCIAL DO ACESSO ÀS REDES E O COMPARTILHAMENTO DE INFRA-ESTRUTURAS NO DIREITO BRASILEIRO

A hipótese referida no artigo 73, da LGT, tem sido identificada no plano infra-legal pelo termo "compartilhamento de infra-estrutura". Como visto, o dispositivo não abrange apenas os prestadores de serviços de telecomunicações, mas também outros agentes que ofereçam “serviços de interesse público”. É interessante constatar como a plausibilidade da utilização de infra-estruturas de outros setores, na implementação de uma rede de telecomunicações, pode influir na perspectiva de ampla efetivação de um ambiente concorrencial.

Empresas que atuam no setor de energia, por exemplo, podem vir a ser colocadas como potenciais concorrentes em certos mercados de telecomunicações. Isso ocorre em razão de tais agentes, na implementação das redes inerentes às suas próprias atividades, já terem investido em infra-estruturas que podem reduzir os custos de sua entrada em um mercado de telecomunicações.

Por outro lado, não é incomum que, já na implantação da infra-estrutura específica a sua atividade, a empresa opte por instalar, concomitantemente e para o fim de reduzir os custos envolvidos em razão de economias de escopo existentes, a infra-estrutura necessária à futura prestação de serviços de telecomunicações. Assim, por exemplo, uma transportadora de petróleo, seus derivados ou gás natural pode, ao construir um oleoduto ou um gasoduto, decidir colocar fibras óticas junto a esse ao longo de todo o respectivo percurso.

Para especificar as condições do acesso a elementos de redes intersetoriais, previsto no artigo 73 da LGT, foi editado pela Anatel, Aneel e Anp um "Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo".

Esse reconheceu às empresas ampla liberdade no tocante à definição das condições nas quais o compartilhamento deve ocorrer, inclusive no que se refere ao preço a ser cobrado (cf. artigo 21),[46] sendo que eventuais impasses nas negociações serão arbitrados pelas agências dos setores envolvidos. Ao contrário do que se verifica no RGI, o procedimento relativo a essa "arbitragem" não é disciplinado, fazendo-se apenas remissão a regulamento específico sobre a matéria (cf. artigo 23).

A eficácia do contrato celebrado é condicionada à sua homologação pela agência do setor de atuação daquele que controla a infra-estrutura, precedida de análise prévia e aprovação por parte da agência do setor daquele que solicitou o compartilhamento (cf. artigo 16). Prevê-se, expressamente, a possibilidade de as agências solicitarem alterações ao contrato, hipótese em que as partes terão até trinta dias para realizá-las e encaminhar a nova versão para análise e homologação (cf. artigo 18).

Os termos empregados no dispositivo relativo a este último ponto são tão genéricos que, com base neles, seria possível admitir uma atuação das agências com caráter bastante restritivo, permitindo sua sistemática intervenção no conteúdo dos respectivos contratos. É evidente, porém, que tal intervenção só é justificada quando for necessária para afastar situações que contrariem condições diretamente relacionadas ao modo sob o qual deve ocorrer o compartilhamento (tal como a obrigação de não discriminação expressamente referida pelo artigo 73 da LGT). As agências precisam agir tendo em perspectiva que a liberdade de negociação dos agentes, nos termos do que dispõe o próprio regulamento, deve ser tida como a regra geral.

Um aspecto que tende a mostrar-se especialmente problemático diz respeito à capacidade da infra-estrutura que se deseja compartilhar. O agente não poderia pretender obter o compartilhamento quando a capacidade instalada estiver sendo integralmente utilizada pelo seu controlador. O regulamento, ademais, é expresso ao dispor que o compartilhamento dar-se-á por meio da utilização da capacidade excedente (cf. artigo 8°). Todavia, não é incomum que uma empresa tenha investido em capacidade excedente na perspectiva de ampliação futura de suas atividades ou prevendo um aumento da demanda.

Quando a existência de tal capacidade excedente puder ser tida como consistente com um plano de desenvolvimento futuro que a empresa envolvida, de boa-fé, pretende efetivamente implementar, a imposição irrestrita de seu compartilhamento mostrar-se-ia desarrazoada e teria o efeito negativo de desincentivar tais investimentos. O direito estabelecido no artigo 73 não pode ser compreendido numa extensão capaz de prejudicar a própria atividade do controlador da infra-estrutura.

---

[46] No tocante aos preços, não há, em princípio, o seu controle ou fixação prévia pela autoridade como verifica-se em algumas das hipóteses de interconexão. O regulamento estabelece, apenas, parâmetros gerais que devem ser considerados pelas partes. Assim, o artigo 21 dispõe em seu parágrafo único que os preços pactuados devem assegurar a remuneração do custo alocado à infra-estrutura compartilhada e demais custos percebidos pelo detentor, além de serem compatíveis com as obrigações previstas no contrato de compartilhamento.

Uma forma de compatibilizar o exercício desse direito com o direito que a outra parte tem de explorar a sua própria atividade econômica, é admitir-se a utilização da capacidade excedente pelo interessado até o momento em que aquela passe efetivamente a ser demandada pelo seu detentor para uso próprio. Em verificando-se essa situação, seria garantida ao primeiro a oportunidade de manter o compartilhamento, desde que assumisse os custos necessários à expansão da capacidade ao ponto capaz de acomodar o uso adicional pretendido pelo segundo.[47]

É oportuno ressaltar que as normas referidas neste tópico apresentam uma preocupação com o uso mais eficiente da infra-estrutura existente, indicando que o dispositivo legal não reflete exclusivamente um caráter concorrencial, mas abrange também a preocupação de conter-se a duplicação desnecessária de investimentos. Nesse sentido, o regulamento expressamente dispõe que se "deve estimular a otimização de recursos, a redução de custos operacionais, além de outros benefícios aos usuários dos serviços prestados" (cf. artigo 6°).

Todavia, o caráter concorrencial é inegável e a existência desse tipo de acesso efetivamente possibilita uma redução das barreiras à entrada. A preocupação central do artigo 73 está voltada à escassez e aos *custos de transação* relacionados ao que pode ser genericamente referido como direitos de passagem para a construção de redes.

Estas manifestam-se, fisicamente, sempre de modo peculiar. Estendem-se por vastas áreas geográficas e, para tanto, demandam um espaço físico bastante específico (i.e., que não tem outra utilidade econômica além daquela relacionada à implementação de uma rede). Considere-se uma linha férrea, por exemplo, que deve ser construída sobre uma faixa de terreno de alguns metros de largura mas com vários quilômetros de extensão. Seria difícil imaginar utilidade econômica alternativa à construção de uma rede para uma propriedade ou um direito de passagem apresentando tal configuração.

Ao mesmo tempo, os custos envolvidos na sua criação, além de específicos, tendem a ser consideráveis, compreendendo, em princípio, não apenas a negociação com inúmeros proprietários e agentes econômicos, mas também diversos procedimentos administrativos concernentes às autorizações exigidas pelas autoridades locais. Nessa perspectiva, a possibilidade de compartilhar direitos de passagem já estabelecidos, assim como as infra-estruturas que lhes são associadas, reduz substancialmente os custos de implementação de uma rede (e, portanto, as barreiras à entrada existentes).

[47] Solução nessa linha chegou a ser adotada pela FCC na disciplina de questão semelhante; cf. *In re Implementation of the local competition provisions*, First Report and Order, cit., p. 16078.

7. CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO DO PREÇO DE ACESSO ÀS REDES: UMA ANÁLISE ESPECÍFICA A PARTIR DO CASO *TCNZ V. CLEAR COMMUNICATIONS LTD.*

Enfatizou-se acima, em mais de uma oportunidade, que a imposição de um dever de permitir o acesso precisa abranger, também, o seu fornecimento em condições adequadas. No tocante a essas, especialmente complexa é a questão do preço a ser cobrado. Se parâmetros mínimos de qualidade podem, em tese, ser aferidos a partir das condições usufruídas pelo controlador da rede na prestação de seus serviços, o que seriam preços adequados a um ambiente concorrencial não apresenta, no momento em que se está buscando gerar condições de concorrência, qualquer critério concreto de comparação.

Verifica-se, aqui, não apenas uma dificuldade prática decorrente da assimetria de informações entre regulador e empresa regulada, mas também uma divergência conceitual quanto aos elementos que devem ser considerados na fixação de tais preços.

O significativo debate doutrinário em torno dos problemas verificados no início do processo de introdução da concorrência na Nova Zelândia confirma tal ponto. Considerar as particularidades desse caso concreto permite não só compreender a dimensão que alcança esse tema, mas também ilustrar os obstáculos à implantação de um modelo setorial baseado na concorrência sem que haja uma regulação específica das condições de acesso.[48]

Até o final da década de oitenta, o setor de telecomunicações na Nova Zelândia estava organizado sob um modelo tradicional baseado no monopólio de um único prestador. Em 1990 o governo privatizou a TCNZ, vendendo toda a participação que detinha na empresa, a não ser por uma única ação especial que passou a ser conhecida como *Kiwi Share*, através da qual procurou garantir que a empresa continuaria atendendo certas metas e parâmetros relacionados à universalização do serviço telefônico fixo.[49]

Logo após a privatização, a *Clear Communications Ltd*. tomou as providências necessárias para ser reconhecida como prestadora de serviços de telecomunicações, visando atender inicialmente o mercado de telefonia fixa

---

[48] Para uma descrição do processo de abertura do setor na Nova Zelândia, cf. Michel Kerf e Damien Geradin, “Controlling market power in telecommunications", cit, p. 980 e ss; William B. Tye e Carlos Lapuerta, "The economics of pricing network interconnection: theory and application to the market for telecommunications in New Zealand", *in Yale Journal on Regulation*, vol. 13, n. 2, 1996, p. 419 e ss.; Luiz Ferreira Xavier Borges, “O processo de privatização do setor de telecomunicações na Nova Zelândia e algumas analogias com o Brasil”, *in Revista do BNDES*, n. 8, 1997; cf. também o relatório da decisão de última instância do *Privy Council* no caso *TCNZ v. Clear Communications Ltd.*, cuja íntegra foi publicada no *New Zealand Law Reports*, 1995, vol. 1, p. 385-410. É com base nesta fonte, igualmente, que são feitas a seguir referências às duas decisões das instâncias inferiores e as citações de trechos da decisão definitiva.

[49] As respectivas obrigações nesse sentido foram introduzidas no próprio estatuto da TCNZ, o qual também estabelece que o não atendimento daquelas só poderá ocorrer com a concordância do acionista detentor da *Kiwi Share*.

voltado a consumidores empresariais, no que se colocaria em concorrência direta com a TCNZ.

A viabilidade da sua entrada no mercado dependia, obviamente, da interconexão da sua rede com a da TCNZ, observando-se aqui uma clara assimetria na posição ocupada pelas duas partes, na medida em que a TCNZ não tinha incentivo algum para interconectar-se com a *Clear*. Entretanto, o modelo de abertura setorial adotado pelo governo não trazia qualquer disciplina específica quanto aos termos em que a interconexão deveria ocorrer, assim como não previa qualquer procedimento ou órgão voltado à solução de conflitos. Houve uma opção por deixar tais questões exclusivamente ao livre arbítrio das partes, as quais estavam sujeitas apenas à proibição geral de abuso de posição dominante constante do direito concorrencial.[50]

Nesse contexto, não é surpreendente que a negociação tenha chegado a um impasse quanto ao preço que deveria ser pago à TCNZ por conta da interconexão. Após meses de tratativas, em outubro de 1991, data em que a *Clear* contratara com certos usuários o início da prestação de seus serviços, as empresas ainda não haviam alcançado qualquer acordo. Diante disso, a *Clear* tomou medidas judiciais com base na legislação citada acima.

Subseqüentemente, a TCNZ apresentou uma proposta de preço baseada no que passou a ser denominado de regra de Baumol-Willig, em referência aos dois economistas acadêmicos norte-americanos que a formularam, no âmbito da assessoria que prestaram à TCNZ no caso. Aquela, em síntese, procurava indicar como seria estabelecido o preço a ser cobrado pelo acesso em um mercado perfeitamente contestável. A observância desse parâmetro significaria que nenhum abuso de posição dominante teria ocorrido, pois apenas refletiria o comportamento de qualquer empresa em um contexto concorrencial.

A regra de Baumol-Willig estatui que o preço de um insumo (especificamente o acesso e uso da rede da TCNZ) deve ser equivalente ao custo incremental médio de fornecê-lo,[51] destacando que este deve incluir todo e qualquer custo de oportunidade (i.e., toda e qualquer redução de receita que o seu fornecedor sofrerá com a venda de tal insumo). Nessa perspectiva, a *Clear* deveria pagar não apenas pelo uso da rede da TCNZ, mas pelas receitas que esta deixaria de auferir porque o consumidor, ao invés de utilizar os seus serviços, estaria utilizando aqueles oferecidos pela *Clear*.[52]

---

[50] Tal vedação é expressa nos seguintes termos na Seção 36 do *Commerce Act 1986*: "36. Use of dominant position in a market - (1) No person who has a dominant position in a market shall use that position for the purpose of - (a) Restricting the entry of any person into that or any other market; or (b) Preventing or deterring any person from engaging in competitive conduct in that or in any other market; or (c) Eliminating any person from that or any other market". O dispositivo não apresenta, portanto, qualquer caráter mais específico no tocante ao setor de telecomunicações ou às atividades prestadas com suporte em redes.

[51] O custo incremental médio refere-se ao custo variável médio acrescido dos custos fixos incorridos em razão do produto considerado.

[52] Para uma descrição da regra e uma defesa de seus fundamentos, cf. o artigo escrito por um de seus formuladores, William J. Baumol, juntamente com J. Gregory Sidak, considerando a

O raciocínio subjacente a tal concepção é que, em um mercado no qual haja concorrência, o preço sempre incluirá o custo de oportunidade da empresa, ou seja, o agente só aceitará fornecer determinados serviços ou insumos a terceiros se a receita a ser auferida for suficiente para remunerar não só os custos inerente à disponibilização daqueles, mas também aquilo que estará deixando de receber por conta disso.[53]

A aplicação da regra, ressaltam os seus defensores, também garantiria que só empresas pelo menos tão eficientes quanto o antigo monopolista seriam capazes de entrar no mercado.[54] Considere-se um esquema simplificado do que ocorreria em uma rede de telecomunicações, na qual o monopolista controla exclusivamente o acesso aos consumidores finais, representado pela ligação desses (ponto A) a uma central local (ponto B). O novo concorrente pretende oferecer serviços entre o ponto C e o ponto B.

Supondo que o preço cobrado pelo monopolista de seus usuários para uma ligação entre ABC seja igual a 10, do qual 5 seriam referentes ao custo no segmento AB, 2 ao custo no segmento BC e 3 ao seu ganho final, a aplicação da regra de Baumol-Willig teria como resultado a exigência de um valor equivalente a 8 do novo concorrente pela terminação da ligação entre A e B (i.e., a soma do custo no segmento AB e do ganho que o monopolista deixaria de auferir por conta do consumidor que deixou de usar os seus serviços).

Com um preço de acesso estabelecido nesse nível, só conseguiria entrar no mercado aquele que tivesse um custo no segmento concorrencial (i.e., BC) no mínimo igual a 2 (i.e., igual ao do monopolista). Um custo maior inviabilizaria a cobrança de um preço competitivo, na medida em que este não pode ser fixado acima de 10.[55]

O resultado a que se chega pode parecer, à primeira vista, um completo disparate. Deve-se reconhecer, porém, que a consideração do custo de oportunidade efetivamente está subjacente a toda decisão que um agente toma com relação ao emprego que dará a determinado bem econômico. A simples decisão de investir capital em certa atividade significa que o investidor espera obter um retorno maior do que os juros que estará deixando de auferir.

---

sua aplicação ao caso concreto aqui referido ("The pricing of inputs sold to competitors", *in Yale Journal on Regulation*, vol. 11, n. 1, 1994, p. 171-202). Na mesma edição do periódico que originalmente publicou o artigo, aparece um extenso comentário de William B. Tye criticando a aplicação da regra e enfatizando o seu potencial anticoncorrencial ("The pricing of inputs sold to competitors: a response", *in Yale Journal on Regulation*, vol. 11, n. 1, 1994, p. 203-224).

[53] Cf. William J. Baumol e J. Gregory Sidak, "The pricing of inputs sold to competitors", cit., p. 178.

[54] Cf. William J. Baumol e J. Gregory Sidak, "The pricing of inputs sold to competitors", cit., p. 179 e ss.

[55] Cf. Nicholas Economides e Lawrence J. White, "Access and interconnection pricing: how efficient is the *efficient componente pricing rule*?", *in Antitrust Bulletin*, vol. 40, 1995, p. 559 e ss. Cabe lembrar que a referência ao custo, na perspectiva de um economista, sempre abrange uma remuneração adequada ao capital investido.

Mas, por outro lado, e é aqui que está o problema do critério apontado, é algo completamente distinto assumir que o mercado sempre estará disposto a remunerar o custo de oportunidade que um determinado indivíduo associa a um bem, ou que sua exigência não possa ter um caráter anticoncorrencial, na medida em que inclua uma receita que é obtida por meio do exercício abusivo de uma posição dominante em virtude da ausência de condições concorrenciais.

É exatamente este último ponto que se destaca na crítica à aplicação da regra de Baumol-Willig. O custo de oportunidade de um monopolista incluirá, por óbvio, o ganho abusivo que pode ser auferido por conta do controle exercido sobre determinado mercado. Embora se possa afirmar que em um ambiente concorrencial o preço abranja o custo de oportunidade, este, em razão da existência de concorrência, não refletirá qualquer sobre-preço que um monopolista poderia pretender impor. A consideração deste último valor para orientar o preço de acesso à rede, em um contexto de abertura do setor, implica exigir que o novo concorrente remunere toda receita que o controlador da rede possa estar auferindo apenas por conta de sua posição de monopólio.

Os próprios autores da regra acabaram por reconhecer esse efeito, ressalvando, entretanto, que sua aplicação teria sido idealizada precipuamente para mercados nos quais verifica-se uma ação reguladora mais significativa sobre o preço final, o que impediria a imposição de um preço abusivo. Destacam, portanto, que o problema não seria a regra em si, mas o fato de não se ter controlado o preço do monopolista.[56]

Todavia, pretende-se, nessa linha, não apenas que haja um controle de preços, mas que esse seja efetivo. Os autores parecem ignorar que um dos motivos pelos quais busca-se criar condições concorrenciais no mercado é exatamente o reconhecimento de que tal tipo de ação reguladora apresenta limites.

Aliás, o enfoque adotado simplesmente ignora todos os efeitos benéficos que podem ser associados à criação de um ambiente concorrencial, os quais verificar-se-iam mesmo diante de entradas "ineficientes" segundo os parâmetros dos autores.

É bastante plausível, por exemplo, que inclusive a entrada de um concorrente menos eficiente seja capaz de provocar uma redução do preço do monopolista, suficiente para compensar a eventual ineficiência alocativa decorrente da transferência de parte da atividade para um agente que apresenta custos maiores.[57] Por outro lado, a necessidade de remunerar o monopolista pelos ganhos que esse deixa de auferir impede a transferência aos consumidores

[56] Cf. William J. Baumol e J. Gregory Sidak, "The pricing of inputs sold to competitors", cit., p. 195 e ss.

[57] Cf. Nicholas Economides e Lawrence J. White, "Access and interconnection pricing", cit., p. 565 e ss.

de todos os benefícios relativos a tecnologias alternativas e eficiências nos custos que o novo concorrente pode oferecer.[58]

Note-se, ainda, que situações concretas nunca são tão simplórias quanto a hipótese acima formulada para descrever o efeito da regra. O novo concorrente nem sempre buscará apenas oferecer um serviço igual ao do monopolista. Pode pretender disponibilizar serviços e tecnologias diversas, com estruturas de custo específicas. A demanda por esses, entretanto, poderia ser reduzida ao ponto de inviabilizar a sua oferta caso o preço precisasse incluir o custo de oportunidade do monopolista.

Imagine-se, nesse sentido, que uma empresa pretenda entrar no mercado para oferecer um serviço de qualidade mais limitada, mas a um preço mais baixo, existindo consumidores suficientes dispostos a adquirir tais serviços, desde que o preço cobrado reflita o custo marginal do ofertante. Todavia, este estará impossibilitado de cobrar apenas tal valor se tiver que remunerar o custo de oportunidade do outro.[59]

Não obstante os aspectos falhos acima apontados, o juiz da *High Court* que pronunciou a primeira decisão na ação iniciada pela *Clear*, entendeu que a aplicação da regra de Baumol-Willig seria razoável, destacando que incentivaria uma concorrência eficiente e não representaria um abuso de posição dominante (ressalve-se que parte significativa da discussão doutrinária em torno dos argumentos vistos nos parágrafos anteriores só intensificou-se após a decisão).

No recurso interposto contra essa decisão, a *Court of Appeal* entendeu ser inaceitável a exigência do custo de oportunidade e que a proposta da TCNZ com base na regra de Baumol-Willig constituía um abuso de posição dominante. Enfatizou-se o caráter anticoncorrencial da regra e a circunstância de que sua utilização implicaria garantir ao monopolista os ganhos abusivos que estivesse auferindo em razão do seu controle sobre o mercado.

O caso foi finalmente apelado ao *Privy Council*, o qual, em outubro de 1994, reverteu a decisão da *Court of Appeal* no que se refere à caracterização de um abuso de posição dominante pela exigência de um preço determinado a partir da regra de Baumol-Willig. Os argumentos desenvolvidos nessa última decisão refletem, de forma implícita, certa preocupação dos julgadores em não transformar o judiciário em uma instância de controle de preços (o que acabava sendo o resultado do modelo de abertura adotado).

Observou-se que, se a TCNZ estivesse agindo como agiria em um mercado competitivo, não seria possível falar-se em abuso de posição dominante. Nesse sentido, a regra de Baumol-Willig ofereceria um modelo teórico para avaliar como a empresa teria hipoteticamente atuado em tal contexto, demonstrando que o custo de oportunidade teria sido incluído no preço. Considerou-se, também,

---

[58] Cf. William B. Tye e Carlos Lapuerta, "The economics of pricing network interconnection", cit., p. 462.

[59] Cf. Nicholas Economides e Lawrence J. White, "Access and interconnection pricing", cit., p. 571.

que, se ganhos decorrentes de uma posição de monopólio estavam sendo efetivamente auferidos pela TCNZ, tal circunstância não teria sido comprovada na instrução do feito.

Ademais, o propósito da Seção 36, que veda o abuso de posição dominante, não seria a eliminação de tais ganhos, mas a garantia do desenvolvimento de concorrência em dado mercado. Com o objetivo de afastar a cobrança de preços excessivos por uma empresa com posição dominante, o próprio *Commerce Act 1986* previa procedimentos específicos em sua Parte IV, nos termos da qual o governo poderia instituir um controle administrativo de preços em setores nos quais fossem verificados abusos.[60]

Assim, a decisão final do caso não conclui que o critério de fixação do preço de acesso utilizado não implicaria os problemas antes destacados. Considerando que a regra efetivamente não impede que novas entradas ocorram no mercado (ainda que as limite), o *Privy Council* apenas encontrou uma justificativa para afastar a caracterização de um abuso de posição dominante, evitando ter que decidir sobre o critério que deveria ser adotado para a determinação do preço de acesso.

Enfim, o resultado a que se chegou, mais de três anos após o início dos procedimentos, motivados pela necessidade da *Clear* de atender compromissos assumidos com usuários, foi bastante inconclusivo no tocante aos parâmetros de acesso que os novos concorrentes poderiam pretender obter da TCNZ, além de insatisfatório sob a perspectiva mais ampla de consolidação de condições efetivas de concorrência (na medida em que se reconheceu a utilização de um critério de fixação de preços que, não obstante possibilitasse novas entradas, tenderia a impor limites ao desenvolvimento mais significativo da concorrência).

Com relação a este último ponto, destaque-se que em agosto de 1995 o governo da Nova Zelândia publicou um relatório considerando a decisão acima e questionando severamente a validade da regra de Baumol-Willig para a criação de um ambiente concorrencial no setor. Note-se que foi somente após a edição desse relatório (e não da decisão do *Privy Council*), sob a perspectiva de uma

---

[60] O seguinte trecho da decisão ilustra bem a conclusão alcançada: "The introduction of efficient competition (by such anti-trust legislation as s 36) does not in itself instantly remove the evils of the monopolist's overcharging: it produces the conditions which, by market forces, eventually force the monopolist to operate efficiently (and therefore more cheaply) and to abandon policies of excessive charging. Such legislation is neither effective nor apt to take the place of a regulatory proceeding which, after detailed investigation of the efficiency of the monopoly system, can set a maximum price for goods or services to be supplied having regard to economies that could be affected and a resonable rate of return. The Commerce Act, inter alia, directed itself to both these processes: s 36 is designed to produce the competition which will, it is hoped, in due course compete out monopoly rents: Part IV of the Act enables immediate price restriction to be imposed by regulation" (cit., p. 407-408). Acrescenta-se, ainda, em passagem que deixa claro o propósito de afastar-se do judiciário a responsabilidade por um controle direto de preços: "Since the Commerce Act contains the machinery for dealing with the monopoly rents in both ways, it would, in Their Lordships' view, be wrong to construe s 36 so as to extend its scope to produce a quasi-regulatory system which the Act expressly provides for, with all the necessary powers [atribuídos ao poder executivo] and safeguards, in another part of the Act. The consequences of so doing could be unjust and would be impractible" (idem, p. 408).

eventual ação do governo no sentido de estabelecer um controle de preços, que a TCNZ e a *Clear* chegaram efetivamente a um acordo sobre as condições nas quais dar-se-ia a interconexão entre suas redes.[61]

O caso considerado demonstra que, na ausência de regulação mais específica, negociações baseadas apenas na expectativa genérica de aplicação de uma regra vedando o abuso de posição dominante tenderão a um impasse quando houver uma assimetria significativa entre as partes. Esse problema poderia, futuramente, ser contornado com o desenvolvimento e a consolidação de uma jurisprudência sobre abuso de posição dominante no setor de telecomunicações, delimitando parâmetros mais específicos para orientar a negociação das partes, assim como para gerar uma expectativa concreta de punição àquele que está em condições de atuar de forma abusiva. Todavia, não há como esperar que tais parâmetros existam no momento inicial da abertura do setor.

A regra de Baumol-Willig não veio a ser questionada apenas pelo governo da Nova Zelândia, mas, pelas razões antes apontadas, tem sido sistematicamente afastada ou ignorada pelas regulações que procuram orientar a fixação do preço de acesso no setor de telecomunicações (mesmo aquelas editadas por autoridades que, em outras situações, admitiram sua aplicabilidade, conforme será referido abaixo). Reconhecido que este terá um impacto direto nas condições concorrenciais do setor como um todo, procura-se enfatizar a necessidade de serem adotados preços competitivos (i.e., correspondentes àqueles que seriam verificados caso houvesse concorrência também no tocante ao acesso).

Assim, os critérios que têm ganhado maior destaque são aqueles que pretendem considerar o preço de acesso que seria efetivamente verificado em um ambiente concorrencial, abrangendo apenas os elementos que seriam levados em conta em tal contexto (os quais não incluiriam o sobre-preço que um monopolista poderia impor por conta de sua posição dominante).

Isso chega a ser positivado de forma expressa em âmbito legislativo, como pode ser observado na TKG. Esta, ao definir os critérios para a fixação das tarifas dos serviços, os quais são, nos termos do § 39, igualmente aplicáveis às tarifas de acesso, estabelece que não poderão ser considerados quaisquer valores que prevaleçam exclusivamente em razão da posição dominante ocupada pelo agente em um mercado de telecomunicações (cf. o § 24).

Também nessa linha, a FCC enfatizou que a metodologia a ser adotada na fixação do preço deve basear-se no custo incremental futuro de longo prazo que possa ser associado ao acesso, o qual, por definição, exclui qualquer custo de oportunidade relacionado às receitas atuais da empresa.[62]

---

[61] Cf. William B. Tye e Carlos Lapuerta, "The economics of pricing network interconnection", cit., p. 467.

[62] Cf. *In re Implementation of the local competition provisions*, First Report and Order, cit., p. 15813 e ss.

A aplicação deste critério significa considerar exclusivamente o custo adicional que possa ser atribuído ao acesso à rede.[63] A adoção de uma perspectiva futura implica, ainda, desconsiderar os custos históricos que poderiam ser associados à prestação da respectiva utilidade. Deve-se, assim, levar em conta os custos atuais do investimento necessários para viabilizar a atividade (o que implica estimar o investimento com base no preço atual dos insumos e equipamentos exigidos para o desenvolvimento da atividade).

Segundo a FCC, a fixação de um preço que observe a sistemática acima permite melhor reproduzir, na medida do possível, as condições de um mercado competitivo. Se o agente fosse estabelecer um preço de acesso em concorrência com outras empresas, levaria em consideração os elementos antes referidos, os quais refletem os custos de sua permanência no mercado provendo a respectiva utilidade (i.e., as decisões dos agentes econômicos são tomadas com base em uma perspectiva futura, e não histórica, de gastos e receitas).[64]

Cabe notar, porém, que a própria FCC, embora tendo afastado de forma expressa a aplicação da regra de Baumol-Willig na determinação do preço de acesso no caso da interconexão e dos elementos das redes locais, utilizou-a em outra circunstância relativa a serviços de distribuição de sinais de vídeo.

Nesta, todavia, estava sendo considerada a forma de fixação do preço de acesso à rede de um novo concorrente, o qual entraria no mercado já enfrentando a concorrência de outras empresas (especificamente aquelas de televisão a cabo), o que o impediria de obter o ganho abusivo que seria preservado pela aplicação da regra de Baumol-Willig.[65]

---

[63] Por isso a consideração do custo de "longo prazo". Este corresponde a um período de tempo suficiente para que todos os custos possam ser tratados como variáveis, de forma a permitir determinar especificamente em que medida estes podem ser associados exclusivamente ao acesso. Cf. *In re Implementation of the local competition provisions*, First Report and Order, cit., p. 15851.

[64] A FCC destacou esse enfoque nos seguintes termos: "In dynamic competitive markets, firms take action based not on embedded costs, but on the relationship between market-determined prices and forward-looking economic costs" (*In re Implementation of the local competition provisions*, First Report and Order, cit., p. 15813). Na seqüência observou que: "Adopting a pricing methodology based on forward-looking economic costs best replicates, to the extent possible, the condition of a competitive market" (idem, p. 15846). Isso não significa que o critério proposto limita-se a considerar os custos relativos às despesas operacionais correntes da empresa. A FCC expressamente enfatizou a necessidade de ser considerado também o custo para obtenção do capital necessário, só que sempre em uma perspectiva futura (idem, p. 15854). Ainda nesse sentido, a adoção de um período de tempo longo o suficiente para tornar variável todos os custos implica que serão considerados aqueles associados aos equipamentos e outros ativos que, num prazo menor, teriam um caráter fixo.

[65] O *Telecommunications Act 1996* afastou expressamente a vedação à entrada das telefônicas nos mercados de distribuição de vídeo, em concorrência com as televisões a cabo. As empresas que entrarem neste mercado observando certas exigências de não-discriminação e outros requisitos impostos pela FCC serão submetidas ao regime de regulação do *open video system*, o qual é mais flexível do que o regime comum aplicável às televisões a cabo. Basicamente, para qualificar-se como uma operadora de *open video system* a empresa precisa concordar em distribuir a programação de provedores não afiliados "on just, reasonable and non-discriminatory rates and terms" (cf. Seção 653). A FCC entendeu que se o valor demandado

Tratava-se, portanto, de uma situação completamente distinta daquela que se verifica na interconexão e no acesso a elementos da rede de uma empresa que ocupa uma posição de monopólio,[66] tendo a FCC considerado que, diante da existência de condições concorrenciais, a utilização dessa regra seria uma forma de evitar desincentivos à entrada de novos concorrentes.[67]

O reconhecimento de que o preço de acesso precisa, em certa extensão, ser regulado, abrangendo pelo menos o uso da rede fixa local do antigo monopolista, coloca-se possivelmente como o ponto mais limitador da perspectiva subjacente ao novo modelo de regulação do setor. De forma um pouco paradoxal, a própria viabilização de condições amplas de concorrência acaba dependendo da efetividade de um mecanismo de regulação bastante presente no modelo anterior: o controle de preços.

Não obstante este seja implementado com uma outra perspectiva, orientando-se por critérios como aqueles destacados acima, os quais refletem uma nítida preocupação de caráter concorrencial, os problemas quanto às limitações desse tipo de ação reguladora continuarão presentes. Essa constatação não é completamente alterada pela expectativa de que tais limites possam ser superados a partir de uma regulação centrada na criação de condições concorrenciais, na medida em que a regulação concorrencial baseada no acesso às redes também acaba tendo que abranger algum controle sobre os preços.

Esse tipo de limitação indica que a reorganização do setor com base na concorrência, embora permitindo equacionar certos aspectos subjacentes à crise do modelo anterior, não deve ser idealizada no sentido de ser capaz de superar todas as dificuldades associadas às formas tradicionais de regulação estatal. Essas não deixaram de ser verificadas, podendo sua ineficácia inclusive comprometer a viabilidade plena do modelo desejado.

Por outro lado, não é possível ignorar que a nova maneira de conceber o setor e a sua regulação permite o desenvolvimento de uma dinâmica que pode vir a oferecer as respostas a tais problemas. A possibilidade de surgirem alternativas de acesso ao consumidor final, impulsionada pela pressão produzida pela perspectiva de oferta e demanda de novos serviços, pode produzir as condições

---

nesses casos incluir os custos de oportunidade, a exigência legal não deixará de ser atendida (cf. *In re Implementation of Section 302 of the Telecommunications Act of 1996 - Open Video Systems*, CS Docket nº 96-46, Second Report and Order, *in Federal Communications Commission Record*, vol 11, 1996, p. 18223-18392).

[66] Nesse sentido, observou a FCC quanto à regra de Baumol-Willig: "[It] generally protects the provider's profits and provides opportunities for third parties to use the provider's inputs. [It] does not provide a mechanism to drive retail prices to competitive levels, however. In *Open Video System*, we wanted to encourage them to have incentives to open their systems to unaffiliated programmers. Here, our goal is to ensure that competition between providers, including third party providers using interconnection and unbundled elements, will drive prices towards competitive levels" (*In re Implementation of the local competition provisions*, First Report and Order, cit., p. 15860).

[67] Cf. *In re Implementation of Section 302 of the Telecommunications Act of 1996*, cit., p. 18290.

que venham a tornar a existência da concorrência menos dependente de formas tradicionais de regulação.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FARACO, Alexandre Ditzel. Disciplina Jurídica da Concorrência e o Acesso às Redes de Telecomunicações. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível