



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA

Protocolado:	08012.003055/2009-91
Natureza:	Averiguação Preliminar
Representante:	Ministério Público Federal no Estado de São Paulo (MPF/SP) e Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas (TELCOMP).
Advogados:	Pedro Dutra e Eduardo Caminati Anders.
Representadas:	Telefônica e Oi/Tele Norte e Leste Participações S.A.
Advogados:	Caio Mário da Silva Pereira e outros.

Senhora Diretora,

I. RELATÓRIO

I.1 OBJETO DA PRESENTE NOTA TÉCNICA

Esta nota técnica tem por objeto analisar se há indícios suficientes nos autos a autorizar a abertura de processo administrativo ou se a presente averiguação preliminar deve ser arquivada pela insubsistência dos indícios de infração à ordem econômica, conforme tipificação dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94.

I.2 DEFINIÇÃO DE TERMOS

1. De modo a facilitar a compreensão desta nota, os termos abaixo têm as seguintes definições:

- a. **Serviço de Telecomunicações**: é o conjunto de atividades que possibilita a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza (art. 60, *caput* e

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

§1º – Lei nº 9472/97).

- b. **Serviço de valor adicionado**: é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações (art. 61 – Lei nº 9472/97).
- c. **Serviço de telecomunicações de interesse coletivo**: são aqueles passíveis de serem oferecidos a todos aqueles que se enquadrarem no regulamento específico, ou seja, o prestador não pode deixar de prestá-lo quando solicitado, desde que seja técnica e economicamente viável.
- d. **Provedor de Serviço de Conexão à Internet – PSCI**: é o prestador de Serviço de Valor Adicionado. Esse provedor deverá utilizar rede de telecomunicações de empresa que detenha concessão, permissão, ou autorização para explorar o serviço de telecomunicações como suporte à prestação do Serviço de Conexão à Internet.
- e. **Serviço de Comunicação Multimídia - SCM**: é o serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço (art. 3º do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia – Anexo à Resolução ANATEL nº 272 de 09.08.2001).

I.3 DOS REPRESENTANTES

1.3.1 Ministério Público Federal

2. Nos termos do art. 128, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público Federal integra o Ministério Público da União. É instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis¹. No presente caso, atua na defesa do consumidor do serviço de acesso à Internet via banda larga em diversos estados brasileiros.

1.3.2 TELCOMP – Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas

3. A TELCOMP – Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações

¹ De acordo com os artigos 127 da Constituição Federal e 1º da LC nº 75 de 1993.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Competitivas, com sede na Avenida Irai, nº 438, 4º andar, cjs. 44 a 47, Bairro Moema, São Paulo/SP, CNPJ/MF nº 03.611.622/0001-44, é pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos criada com a finalidade estatutária, dentre outras, de representar e orientar suas associadas nos assuntos de telecomunicações, sempre com vistas à proteção da ordem econômica, da livre concorrência e do respeito ao direito do consumidor.² Na presente averiguação preliminar, a TELCOMP atua na defesa de suas associadas, empresas autorizadas pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) a prestar serviços de telecomunicações de interesse coletivo, exceto as prestadoras de serviço telefônico fixo comutado modalidade local em regime público.

I.4 DAS REPRESENTADAS

1.4.1 Da Telecomunicações de São Paulo

4. A TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S.A., cuja denominação comercial é Telefônica São Paulo, CNPJ/MF nº 02558157000162, com sede à Rua Martiniano de Carvalho, nº 851, 21º andar, Bela Vista, São Paulo – SP, é empresa brasileira listada em bolsa de valores. É a maior prestadora de serviços de telecomunicações da Região III, de acordo com as informações divulgadas pela ANATEL e outras publicamente disponíveis.

5. No 2º Trimestre de 2009, a empresa registrou uma receita operacional líquida de R\$ 3.934,9 milhões, o que representou um crescimento de 1,1% em relação à receita alcançada no 2º Trimestre de 2008³. **A Representada justificou este aumento em sua receita operacional líquida principalmente devido ao crescimento dos serviços de TV por assinatura e banda larga, das receitas com cessão de meios, além do reajuste tarifário de 3,01% com vigência a partir de julho de 2008.**

6. A TELESP fornece a infra-estrutura necessária para o transporte de dados em alta velocidade na rede IP (Internet banda larga) por meio do produto chamado *Speedy Provider*. Segundo consta no seu Relatório Anual de 2008:

Os investimentos em banda larga são prioritários e reforçam o compromisso da Telesp com seus clientes em ampliar a oferta e qualidade de seus produtos e serviços, permitindo um atendimento cada vez melhor e tornando-a cada vez mais competitiva. Neste sentido, em fevereiro de 2008, a empresa lançou de forma pioneira no bairro dos Jardins, em São Paulo, o acesso à Internet através de fibra óptica (Fiber to the Home – FTTH) com velocidades de 8 e 30 Mbps.

7. O gráfico a seguir, retirado do Relatório Anual da TELESP de 2008, demonstra a

² Conforme “Estatuto Social da TELCOMP – Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas” – (fls. 123/139 dos autos).

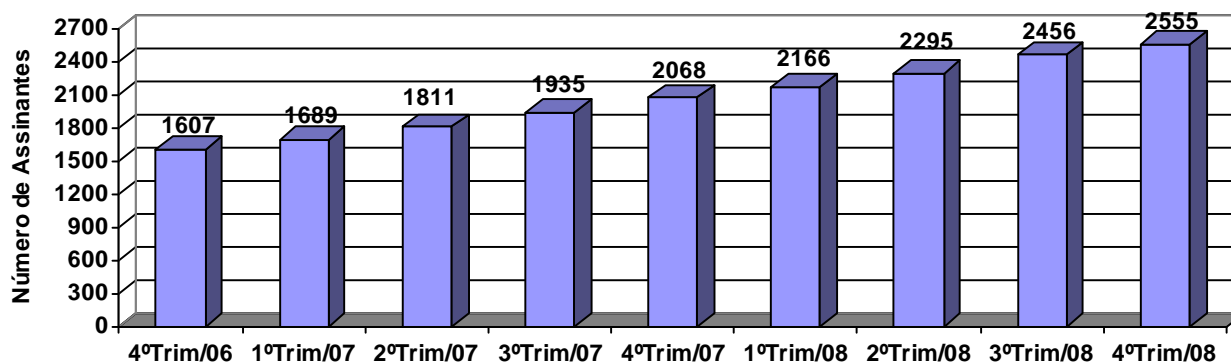
³Fonte: http://www15.telefonica.com.br/investidores/sp/download/tsp_pressrelease_2tr09_por.pdf Acesso em 19.10.2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

evolução de seus clientes banda larga. Vejamos:

GRÁFICO 1:

TELESP – EVOLUÇÃO DOS CLIENTES DO SERVIÇO DE BANDA LARGA
Em milhares



Fonte: Relatório Anual 2008 da Telesp apresentado à Comissão de Valores Mobiliários.

Adaptação: SDE.

1.4.2 Da Oi/Tele Norte e Leste Participações S.A. (Oi/Telemar)

8. A Tele Norte e Leste Participações S.A., CNPJ/MF nº 02558134000158, com sede à Rua Humberto Campos, 425, 8º andar, Leblon, Rio de Janeiro/RJ, é empresa de companhia aberta listada em bolsa de valores. É a maior prestadora de serviços de telecomunicações da Região I, de acordo com as informações divulgadas pela ANATEL e outras disponíveis publicamente, com base em dados de dezembro de 2008. Como resultado da aquisição da Brasil Telecom S.A. (“BrT”) em janeiro de 2009, a empresa tornou-se, também, a principal prestadora de serviços de telefonia fixa na Região II do Plano Geral de Outorgas (“PGO”), conforme dados disponibilizados pela ANATEL ⁴.

9. Segundo dados constantes no Relatório Anual apresentado pela empresa à CVM, a Telemar Norte e Leste S.A. e a BrT oferecem um amplo espectro de serviços integrados de telecomunicações que incluem, entre outros, serviços de: (i) telefonia fixa e móvel; (ii) transmissão de dados (inclusive acesso por banda larga); e (iii) provimento de Internet ou ISP

⁴ A operação foi apresentada ao CADE nos Atos de Concentração nº 53500.012477/2008 e 08012.005789/2008-23. Em 10.12.2008, o Plenário do CADE homologou a celebração de Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação (APRO) nos termos da proposta do então Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo. Os processos ainda aguardam julgamento.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

para clientes residenciais, para empresas de pequeno, médio e grande portes, bem como para órgãos estatais.

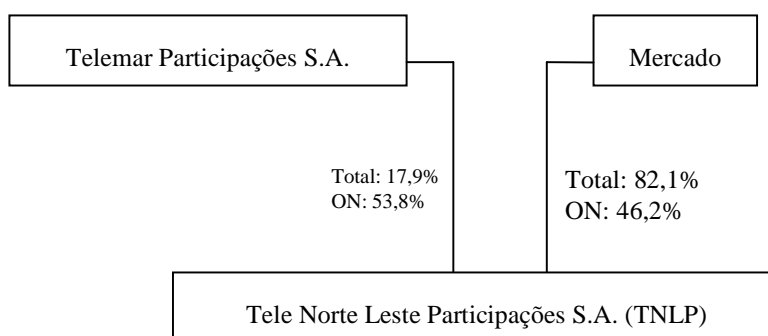
10. No que se refere ao serviço de provimento de acesso à Internet banda larga, este é oferecido pela empresa sob a marca “Oi Velox”, na Região I, e “Oi Turbo”, na Região II. Segundo dados do Relatório Anual da Tele Norte e Leste Participações apresentado à CVM:

“Em dezembro de 2008, a Companhia oferecia banda larga em 451 municípios da Região I e a BrT oferecia tais serviços em 1546 municípios da Região II. Nessa mesma data, a Companhia possuía 2,0 milhões de clientes ADSL, o que representava 14,1% do total de linhas fixas em serviço e a BrT possuía 1,8 milhões de clientes ADSL, o que representava 22,2 do total de linhas fixas em serviço.

Para o exercício findo em 31 de dezembro de 2008, os serviços de transmissão de dados da Companhia geraram R\$ 3,4 bilhões em receita operacional bruta, o que representou um aumento de 18,0% se comparado ao exercício findo em 31 de dezembro de 2007”⁵.

11. O esquema abaixo tem por objeto representar a estrutura acionária da Representada⁶:

FIGURA 1 – Estrutura Acionária da Tele Norte Leste Participações S.A.



⁵ Fonte: Relatório Anual da Companhia apresentado à Comissão de Valores Mobiliários.

⁶ Fonte: <http://www.novaoi.com.br/portal/site/RI/menuitem>. Acesso em 19.10.2009

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

I.5 DAS PRÁTICAS DENUNCIADAS

12. A presente investigação iniciou-se a partir de representações formuladas pelo Ministério Público Federal no Estado de São Paulo em face da Telesp e da Oi/Telemar e pela Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas (TELCOMP) em face da Oi/Telemar, sendo que nesta última foi formulado pedido de medida preventiva.

I.5.1 Da Representação do MPF/SP

13. A representação do MPF inicia-se com cópia de matéria veiculada no jornal Folha de São Paulo, em 17/08/2008, que afirma que a disputa entre as empresas de telecomunicações distorceu o preço do acesso à Internet no Brasil, tomando como base a diferenciação das cobranças praticadas pela OI/TELEMAR entre cidades próximas e pela TELEFÔNICA entre São Paulo capital e cidades do interior (fls. 06/07).

14. Em 17/09/2008, o MPF instaurou Procedimento Preparatório frente a denuncia de que haveria um possível prejuízo aos consumidores em face da distorção nos preços de acesso à Internet no Brasil, uma vez que o preço cobrado pelo serviço variaria cerca de 100% de uma cidade para outra (fls. 30).

15. A Telefônica foi oficiada para se manifestar sobre a prática investigada. Em resposta de fls. 35/40, afirmou que a variação de preços praticada na oferta de serviços de acesso à Internet ocorre apenas em nível regional e por razões muito específicas:

- Nos mercados “Área de Concorrência (AC)”, a competição entre diversos tipos de serviços de Internet é bastante alta, o que teve como consequência a perda de clientes para a TELEFÔNICA. Em resposta, a empresa passou a praticar preços mais atraentes para conseguir clientes novos e, assim, amortizar os custos de infra-estrutura.
- Nos mercados “Fora da Área de Concorrência (FAC)”, a competição seria menor, o que estimula a entrada da TELEFÔNICA nessas áreas. No entanto, nessas regiões, ela é obrigada a instalar novas infra-estruturas ou ampliar as existentes, o que justifica um preço mais alto.

16. O Ministério Público Federal solicitou manifestação da ANATEL sobre o assunto, que respondeu (fls. 45/47) afirmando que a tecnologia ADSL é suficientemente “madura”, de modo que os custos de implantação são semelhantes qualquer que seja o local de implantação. Assim, a prática de preços diferenciados para ADSL em um mesmo município não se justificaria pelas diferenças de custos de implantação da rede própria de dados, aquisição de equipamentos e de diferenças na capilaridade da infra-estrutura.

17. De acordo com a ANATEL, *“os esclarecimentos apresentados pela Telefônica também não foram de todo consistentes, pois demonstra haver diferenciação de preços na oferta do*

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Speedy, justificada pela Telefônica pelo custo da infra-estrutura que varia de acordo com a região assim como pela demanda [...] Sobre esses aspectos reafirmamos que a adoção de preços de acesso iguais deve ocorrer para um mesmo produto, ou seja, um mesmo plano de serviço dentro de um mesmo município, conforme explicitado anteriormente” (fls. 47).

18. A Telefônica veio aos autos do Procedimento Preparatório da ANATEL para afirmar que não haveria contradição entre as suas afirmações e o entendimento da ANATEL, uma vez que não há cobrança diferenciada dos indivíduos quando se trata de um mesmo tipo de serviço, dentro de um mesmo município ou região (fls. 57).

19. O MPF oficiou a ANATEL para que se manifestasse em relação à resposta da Telefônica. Em resposta, a ANATEL afirmou que (fls. 76 frente e verso):

- Em um mesmo município, não pode haver discriminação de preço entre usuários, na fruição de produto idêntico associado ao SCM.
- Para municípios distintos, é lícito à prestadora do Serviço a prática de preços diferenciados entre eles, haja vista a possível diferenciação de custos decorrente de investimentos necessários à ampliação e modernização da rede de telecomunicações e diferentes características de demanda pelos produtos existentes entre os diversos municípios.

20. A NET também foi oficiada pelo MPF para se manifestar sobre a prática de diferenciação de preços entre municípios vizinhos por parte das empresas representadas. Em resposta de fls. 82/90, afirmou que: *“as concessionárias assim agindo reduzem as margens do prestador de serviços entrante, através da prática de preços menores somente nas áreas onde existe concorrência. E, conseqüentemente, reduzem a rentabilidade do entrante, limitando a capacidade do mesmo de geração de caixa e de investimentos para ampliação da área de atuação. Por outro lado, a OI/TELEMAR mantém sua rentabilidade média estável em virtude dos preços abusivos praticados nas demais áreas, ou seja, através das altas margens dos produtos fora da área de competição”.*

I.5.2 Da Representação da Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas (TELCOMP)

21. Em sua representação, a TELCOMP afirma que a OI (Telemar Norte Leste S/A) discrimina seus consumidores, *“impondo-lhes preços excessivos para o serviço de Internet em banda larga que oferta a seus clientes situados em localidades nas quais é a única ofertante”* (fls. 110). Segundo a TELCOMP, a diferença de preços verificada não se explicaria por custos mais elevados.

22. Para exemplificar a conduta denunciada, a TELCOMP cita os preços cobrados pela representada em cidades vizinhas “com concorrência” (em que a representada sofre concorrência direta da NET) e “sem concorrência” (em que a representada está sozinha no mercado):

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Preços Cobrados pela OI pelo Acesso à Internet Banda Larga

(Velox 1 Mbps) em 05/05/2009:

Estado do Rio de Janeiro		Estado de Minas Gerais	
Mercado com Concorrência	Mercado sem concorrência	Mercado com concorrência	Mercado sem concorrência
Rio de Janeiro	Belford Roxo, Nova Iguaçu	Belo Horizonte	Betim
R\$ 68,90	R\$ 149,90	R\$ 69,07	R\$ 164,58

Fonte: Representação da TELCOMP.

23. Na representação, a TELCOMP também cita os preços cobrados nas cidades de Teresópolis/RJ e Juiz de Fora/MG.

24. A TELCOMP alega que a discriminação imposta pela OI apóia-se inteiramente no abuso que faz da sua posição monopolista. O mercado de acesso à banda larga requer a existência de uma rede de cabo subterrânea, que demanda vultosos investimentos com um longo prazo de maturação. Ou seja, há uma elevadíssima barreira à entrada de concorrentes, sendo que a conduta da OI reforça negativamente essa barreira, ao discriminar seus consumidores.

25. Para a TELCOMP, a caracterização de preço excessivo na conduta denunciada seria simples, pois a própria OI fornece o preço de referência, dado que o preço cobrado das áreas onde enfrenta concorrência pode ser facilmente comparado com o preço cobrado das áreas onde atua sozinha.

26. Ao final de sua representação, a TELCOMP solicitou:

- (i) seja instaurado processo administrativo ou, caso se entenda que essa medida não seja cabível no momento, seja promovida averiguação preliminar contra a OI por conduta passível de enquadramento no art. 20, incisos I, II, III e IV, c/c art. 21, incisos XII e XXIV, ambos da Lei nº 8.884/94;
- (ii) seja adotada medida preventiva para fazer cessar a infração ora descrita, a saber, a discriminação promovida pela OI a seus consumidores e a imposição de preços excessivos para a contratação de serviços de Internet banda larga

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

(Velox 1 MBPS) nas cidades de Belford Roxo, Nova Iguaçu, Teresópolis, Betim e Juiz de Fora; e

- (iii) sejam apurados os fatos ora denunciados para, ao final do processo administrativo, ser aplicada a sanção cabível à Representada pelo cometimento de infração à ordem econômica.

I.6 DAS MANIFESTAÇÕES DAS REPRESENTADAS EM SEDE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

27. Em 13.07.2009, a SDE oficiou as Representadas para que apresentassem manifestação sobre a prática de preços diferenciados entre municípios vizinhos para o provimento de acesso à Internet via banda larga. As manifestações foram juntadas às fls. 161/165 e fls. 188/231 dos autos.

1.6.1 Da manifestação da Oi/Tele Norte Leste S.A.

28. Em sua manifestação, a Representada afirma que realizou vultosos investimentos na sua rede de comunicação de voz para possibilitar a transmissão de dados com a qualidade e capacidade necessárias ao provimento de acesso à Internet banda larga. Devido à necessidade de realização desses investimentos, a Representada alega que apenas oferece o serviço de conexão à Internet banda larga em um número pequeno e limitado de localidades, onde entende haver demanda pelo serviço que viabilize e justifique a realização desses investimentos, embora possua rede de suporte à prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) em toda a Região I do Plano Geral de Outorgas.

29. De acordo com a Representada, a ausência de competidores que prestem o serviço de conexão à Internet banda larga via ADSL em determinada localidade não significaria que a Oi seja monopolista na prestação do serviço, uma vez que haveria vários concorrentes que utilizam tecnologias diversas para a transmissão de dados e para o acesso à Internet banda larga, tais como, por exemplo, o acesso via cabo, *wireless* e 3G. Neste sentido, destaca-se o seguinte trecho da manifestação da Oi/Telemar:

“Vale ressaltar que muitas vezes o acesso à Internet com utilização de elementos de rede sem fio demandam investimentos mais reduzidos do que os investimentos necessários para acesso via cabo ou com utilização de tecnologia ADSL. Por este motivo, em muitos municípios a Oi encontra como competidores pequenos provedores de acesso à Internet que prestam serviços de conexão wireless aos seus clientes.

Além disso, a prestação de acesso à Internet banda larga pelas prestadoras do Serviço Móvel Pessoal (SMP) com a utilização de tecnologia 3G constitui

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

importante competidor da Oi.

Por ocasião da licitação do direito de uso de radiofrequência 3G pela Anatel, a Agência Reguladora impôs compromissos de abrangência às prestadoras do SMP. Tais compromissos farão com que essas prestadoras passem a atuar em uma grande quantidade de localidades onde outrora não havia qualquer prestador de acesso à Internet banda larga” (fls. 163).

30. Em função da existência de diversas formas e tecnologias para a prestação de serviço de conexão de Internet banda larga, a Representada considera que a ausência de prestação do serviço por qualquer dos *players* do mercado em determinado município deveria ser atribuída exclusivamente à ausência de interesse comercial daquele prestador do serviço, seja pela necessidade de realização do investimento, seja pela ausência de demanda dos consumidores nas localidades.

31. No que tange à suposta diferenciação de preços por municípios, a Oi/Telemar esclarece que a prestação do serviço de acesso à Internet banda larga é realizada pela empresa por meio de autorização outorgada pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). A prestação deste serviço é regulamentada pela Resolução nº 272 de 09.08.2001, que não estabeleceu vedação para a cobrança de valores diferenciados para sua prestação em localidades diversas.

32. Além disso, segundo a Representada, existiriam diferenças importantes nos investimentos necessários para a prestação do serviço em grandes centros urbanos e nas demais localidades, ainda que vizinhas às capitais dos municípios. Nestas outras localidades, que não os grandes centros urbanos, o número de usuários seria significativamente menor, o que faria com que a cobrança individual para cada um deles seja maior.

33. A Representada conclui sua manifestação alegando que enfrenta diversos concorrentes que prestam serviço de acesso banda larga com a utilização das mais diversas tecnologias. Assim, para acompanhar o mercado, seria muitas vezes obrigada a reduzir seus preços em função das ofertas apresentadas pela concorrência. Esse movimento, segundo a Representada, implicaria no fato de que os clientes das capitais e cidades com maior concentração de demanda passassem a gozar de substancial redução de preços em função das promoções dos diversos *players*.

I.6.2 Da manifestação da Telecomunicações de São Paulo S.A. (Telesp)

34. A Representada alega que a diferenciação dos preços mencionada na Representação seria decorrente das características da topologia de rede do serviço “*Speedy*”, não havendo que se falar, em nenhum momento, em discriminação de preços. Segundo a Representada, tal fato pode ser comprovado em sua resposta protocolada junto ao Ministério Público Federal em 16.07.2009.

35. A manifestação da Telesp veio aos autos acompanhada dos seguintes documentos, dentre outros:

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

- a. Petições apresentadas pela Representada junto à Procuradoria da República de São Paulo no âmbito do Procedimento Administrativo nº 1.34.001.005711/2008-92 (fls. 191/202 e fls. 210/218).
- b. Informe nº 1459/2008/PVSTR/PVST produzido pela ANATEL acerca da cobrança de valores diferenciados por localidade de prestação do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) (fls. 204/209).
- c. Manifestação da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda no Procedimento Administrativo nº 1.34.001.005711/2008-92 do MPF/SP (fls. 220/230).

I.7 DA PROMOÇÃO DE AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR

36. Em Nota Técnica de fls. 251/280, o DPDE sugeriu a promoção de Averiguação Preliminar para investigar se as práticas denunciadas de discriminação de preços entre consumidores e de cobrança de preços excessivos poderiam configurar infração à ordem econômica, nos termos do art. 20, I, III e IV, c/c art. 21, XII e XXIV, da Lei nº 8884/94.

37. Em relação ao pedido de medida preventiva, o DPDE recomendou o seu indeferimento, uma vez que, até aquele momento, não havia nos autos elementos suficientes a demonstrar a presença dos requisitos legais autorizadores para a sua concessão. Em especial, não havia nos autos fortes indícios de que as condutas investigadas poderiam, ainda que potencialmente, prejudicar a livre concorrência, de forma a produzir os efeitos previstos no art. 20 da Lei nº 8.884/94.

38. Por meio do despacho de fls. 281, datado de 12.11.2009, a Sra. Secretária de Direito Econômico acolheu na íntegra os termos da nota técnica do DPDE, de forma que instaurou a presente Averiguação Preliminar em face das Representadas e indeferiu a adoção de medida preventiva.

1.8 DOS ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELAS REPRESENTADAS EM SEDE DE AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR

39. Com vistas a instruir o presente feito e com fulcro no art. 30, §1º, da Lei nº 8.884/94, foi feita a notificação das Representadas para que apresentassem seus esclarecimentos sobre a prática investigada. A tabela abaixo mostra as folhas dos autos onde se encontram os Avisos de Recebimentos das notificações realizadas e os esclarecimentos prestados:

REPRESENTADA	AR da NOTIFICAÇÃO	ESCLARECIMENTOS
Telecomunicações de São Paulo S.A.	FLS. 291	FLS. 394/422
Oi/Tele Norte e Leste Participações S.A.	FLS. 318	FLS. 326/356

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

1.8.1 Dos Esclarecimentos prestados pela Telemar Norte e Leste S.A e pela Telecomunicações de São Paulo S.A.

40. Inicialmente, insta salientar que os esclarecimentos prestados por ambas as Representadas são, no mérito, substancialmente iguais. Por esta razão, em observância aos princípios da economia processual e da eficiência que devem reger os atos da Administração Pública, os esclarecimentos recebidos serão relatados em conjunto.

41. Apesar de concordar com a definição de mercado relevante geográfico proposta pela SDE na nota técnica de instauração da presente averiguação preliminar, as Representadas entendem que é equivocada a definição preliminar da dimensão produto do mercado relevante. Isso porque, segundo as Representadas, trata-se de um mercado extremamente dinâmico, em constante mutação, havendo diversas tecnologias capazes de oferecer um produto similar ao usuário. Assim, o provimento de Internet por meio das tecnologias cabo, 3G e *Wi-Max* faria parte de um mesmo mercado relevante na dimensão produto.

42. Segundo as Representadas, baseando-se na análise da regulamentação aplicável e no entendimento da ANATEL, o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) é submetido ao regime privado, sendo que a prestadora deste serviço detém liberdade de atuação não só quanto às áreas em que deseja prestar o serviço, mas também quanto à formação do preço que entende adequado para remunerá-lo.

43. As Representadas argumentam que a regulamentação do serviço veda a concessão de tratamento discriminatório na oferta de SCM. Contudo, esclarecem que tal vedação se estende apenas àquela ocorrida dentro de um mesmo município no qual sejam homogêneas as condições econômicas e de rede, razão pela qual as prestadoras estariam claramente autorizadas a fixar valores de serviços diferenciados para localidades distintas.

44. No que tange à conduta de discriminação de preços, as Representadas, após discorrerem sobre a doutrina e jurisprudência aplicáveis ao tema, alegam que no Brasil há uma proibição de tratamento *per se* para a análise da prática de discriminação de preços uma vez que há diversas justificativas plausíveis e de diferentes naturezas capazes de justificar a diferenciação de preços, tais como, por exemplo: (i) diferenças entre vigências contratuais; (ii) rentabilidade comercial distinta do produto ou do serviço em condições adversas; (iii) volumes de venda e crédito, dentre outros.

45. As Representadas consideram que suas condutas de diferenciações de preços de conexão à Internet têm efeitos pró-competitivos. Assim, qualquer limitação à liberdade de fixação de preços poderia levar a relevantes ineficiências, quais sejam: (i) desincentivo para o atendimento de localidades mais distantes e de custos mais elevados; (ii) distorção de mecanismos de mercado que sinalizam para a existência de novos entrantes em localidades onde eventualmente podem ser mais eficientes que os incumbentes; e, (iii) necessidade de monitoramento e de arbitramento de preços pelas autoridades concorrenciais, com todos os custos e riscos que isso

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

implica.

46. De acordo com as Representadas, além da razoabilidade para as práticas de diferenciação de preços, as características da suas políticas comerciais são plenamente justificadas economicamente e válidas do ponto de vista concorrencial. Assim, seria tendenciosa a afirmação da SDE de que grande parte dos custos do serviço de ADSL já estaria amortizada pela empresa uma vez que a Oi teve que realizar adequações técnicas para encurtar as distâncias entre os terminais dos assinantes e o primeiro equipamento de rede associado ao ADSL, além de ter que promover melhorias dos fios de cobre utilizados.

47. Além disso, as Representadas destacam que foi necessário também implantar um conjunto de novos elementos de rede dedicados à banda larga, antes inexistentes na rede STFC. Dentre esses elementos, as Representadas citaram como exemplos: (i) filtros seletivos de frequência que permitem a separação do sinal de voz da chamada telefônica do tráfego de dados da banda larga ADSL; (ii) DSLAM – equipamento concentrador do tráfego de dados das várias linhas de assinantes que contrataram a banda larga por meio de ADSL; (iii) rede de dados para conectar o DSLAM à Internet, composta por rotas e anéis de fibra ótica, equipamentos de transmissão SDH ou DWDM, Roteadores IP e Switchs IP, necessários para o transporte da informação dos DSLAMs até o nó concentrador da rede IP; (iv) Serviço de Acesso Remoto de Banda Larga utilizado para a autenticação dos clientes à rede IP; e, (v) ampliação da capacidade dos *Backbones IP* regionais, nacionais e internacionais, com a contratação de Links IP de outros provedores internacionais.

48. Neste contexto, as Representadas esclarecem que os custos incorridos pela prestadora do serviço não são uniformes em diferentes localidades e não se limitam àqueles referentes à infraestrutura de provimento de STFC. Segundo as Representadas:

“Um importante elemento de custos na prestação do serviço de comunicação de dados, seja com a utilização de tecnologia ADSL seja com qualquer outra tecnologia, é a transmissão de dados. Os núcleos de Backbone IP das prestadoras ficam geralmente localizadas em grandes centros urbanos, o que faz com que existam diferenças nos custos de transmissão para essas localidades em relação às localidades mais afastadas dos núcleos do Backbone IP.

As cidades que já possuem uma rede Metro Ethernet instalada também provocam a incidência de custos inferiores para a prestação do serviço e comunicação de dados banda larga. Quanto mais simples e econômica for a transmissão dos dados, maior a possibilidade de oferta de preços reduzidos para clientes finais. Como exemplo, citamos as localidades em que se faz necessária transmissão de dados via satélite. Nessas localidades, o custo de transmissão aumenta sensivelmente e, conseqüentemente, os preços cobrados dos usuários finais também são mais altos.

Além disso, nos grandes centros urbanos a concentração de clientes permite uma economia de custos em função da escala. Quanto mais clientes ligados a uma

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

mesma central telefônica a prestadora tiver contratado, mais diluído pode ser o custo fixo para a disponibilização do ADSL naquela central. A concentração geográfica de clientes também permite economias no custo de atendimento para instalação, reparo e manutenção, vez que os técnicos utilizados para a prestação desses serviços precisam de um menor deslocamento.

Afeta também os custos a verticalização das construções de terminada área geográfica. Quanto mais vertical uma determinada região, maior o número de clientes efetivos e potenciais que utilizarão o ADSL a partir de uma mesma central. Assim, os riscos dos investimentos de disponibilização do ADSL naquela central são reduzidos e o retorno do investimento é mais provável. Vale ressaltar que a existência de construções verticais com alta demanda pela prestação do serviço também impacta nos custos de transmissão, já que a mesma será comum para uma gama maior de clientes” (fls. 347/348).

49. Por fim, em relação à denúncia de preço excessivo, as Representadas alegam que a nota técnica de instauração da presente averiguação preliminar não traz nenhum indício da prática de preços excessivos. Nesse ponto, as Representadas alegam que a Representação da TELCOMP não apresentou qualquer indício ou demonstração de que a prática de preços distintos em diferentes cidades tenha o efeito de excluir concorrentes do mercado.

50. Ao final dos seus esclarecimentos, as Representadas afirmaram que há critérios sólidos que embasam cobranças diferenciadas entre diferentes municípios, mencionando também que as dinâmicas concorrenciais distintas e o número de assinantes potenciais diversos entre os municípios afetam diretamente o comportamento da demanda pelos serviços de banda larga.

51. Por fim, as Representadas requereram o arquivamento da presente Averiguação Preliminar tendo em vista a insubsistência das acusações formuladas.

52. Os esclarecimentos das Representadas vieram aos autos instruídos com os documentos de fls. 357/393 e 423/458.

53. Este é o relatório, no que interessa à presente análise.

II ANÁLISE

54. O objeto desta nota técnica é analisar se os fatos trazidos ao conhecimento da Secretaria de Direito Econômico pelos Representantes constituem fortes indícios de práticas infringentes à ordem econômica a autorizar a abertura de processo administrativo, nos termos da Lei nº 8.884/94.

55. De acordo com o art. 20 da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, há que se verificar se o fato suscitado pelos Representantes tem por objeto ou aptidão a produção de quaisquer dos efeitos previstos no seu art. 20, quais sejam: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens e serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou ainda exercer de forma abusiva posição dominante.

56. Feita estas considerações iniciais, em primeiro lugar será feita a análise do mercado relevante afetado pelas práticas em investigação, tanto em sua dimensão produto quanto na geográfica. Após, será feita a análise da existência de fortes indícios de infração à ordem econômica a autorizar a abertura de processo administrativo.

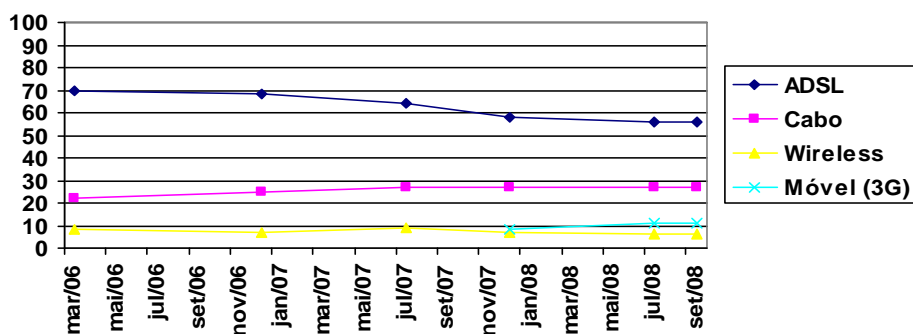
II.1 DO MERCADO RELEVANTE

II.1.2 Do mercado relevante em sua dimensão produto

57. Para fins de definição do mercado relevante, em sua dimensão produto, cabe tecer algumas considerações sobre a substitutibilidade do acesso à Internet banda larga pela utilização da rede de fibras óticas da concessionária de STFC (ADSL) frente às outras tecnologias de acesso disponíveis no mercado.

58. Os gráficos abaixo mostram a evolução da participação de mercado do provimento de acesso à Internet banda larga por tipo de tecnologia de acesso:

PARTICIPAÇÃO DE MERCADO NO BRASIL
TIPO DE PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET BANDA LARGA

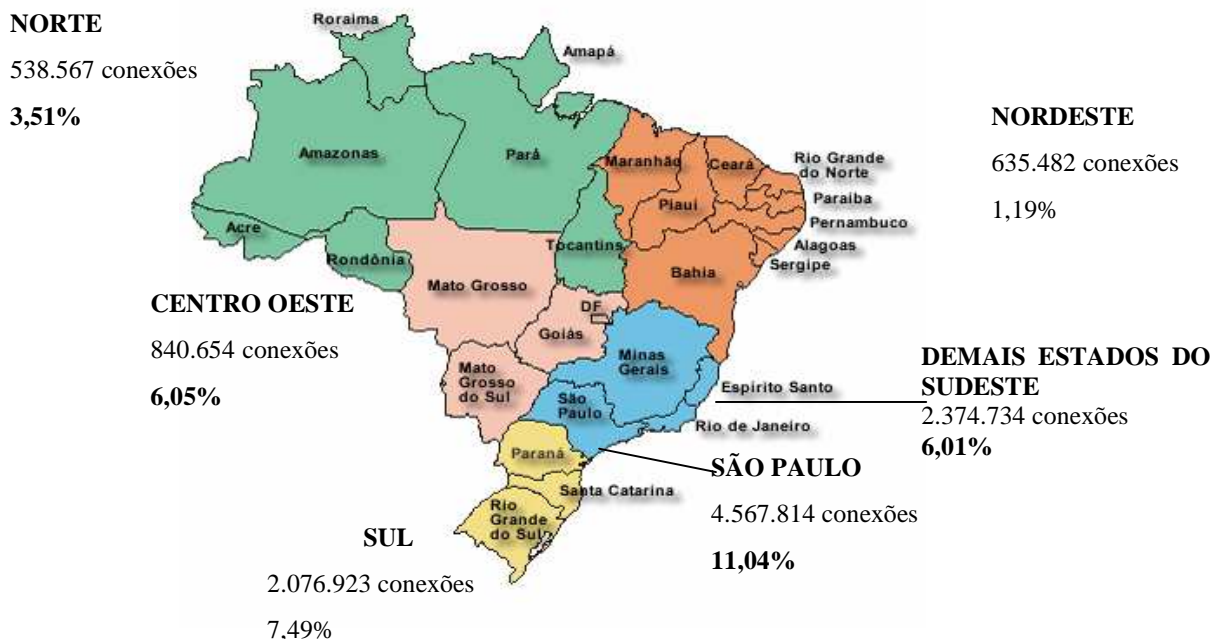


Fonte: <<http://www.cisco.com/web/BR/barometro/barometro.html>>. Acesso em 19.10.2009

59. A figura abaixo tem por objetivo mostrar a distribuição geográfica do mercado de banda larga no Brasil, conforme estimativas do mês de junho do corrente ano. Vejamos:

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

MERCADO DE BANDA LARGA NO BRASIL
(exceto Banda Larga Móvel)



Fonte: <http://www.cisco.com/web/BR/assets/docs/Barometro_BR_1H09_Site_v1.pdf>. Acesso em 19.10.2009 Adaptação: SDE

60. Pela análise dos dados, **percebe-se uma clara predominância da tecnologia ADSL no provimento de acesso à Internet banda larga no país. No entanto, nota-se também rápido crescimento do acesso por cabo e pela tecnologia 3G, o que mostra o dinamismo desse mercado.**

61. Estudos como o da empresa de consultoria IDC Brasil, intitulado “Barômetro Cisco de Banda Larga 2005/2010”, com resultados do mês de junho de 2009, aponta que o cabo consegue oferecer uma Internet banda larga com velocidade e preços competitivos frente ao acesso via tecnologia ADSL. Assim, com base nas informações disponíveis no mercado, **percebe-se que a prestação de serviços de acesso à Internet por meio das tecnologias ADSL e cabo podem ser considerados substitutos entre si visto que estas tecnologias oferecem produtos com características semelhantes tanto de qualidade quanto de preço.**

62. No entanto, na atualidade, não se pode afirmar que o serviço de acesso à Internet via ADSL e cabo guarda a mesma relação de substitutibilidade com as tecnologias de acesso móvel à Internet (SMP), tais como, por exemplo, “3G” e “Wi Max”.

63. Isso porque tem sido observado que, em geral, os consumidores utilizam-se destas tecnologias de acesso móvel à Internet juntamente com o ADSL e/ou *cable modem*. Ou seja, o

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

“consumidor médio” não tem lançado mão da utilização da tecnologia ADSL em detrimento da tecnologia 3G, valendo-se, portanto, da utilização destas tecnologias de forma complementar e não de forma substituta uma da outra. Esta conclusão está baseada em duas premissas. Vejamos.

64. Em primeiro lugar, no Brasil, as tecnologias de acesso móvel à Internet, além de estarem acessíveis a um número limitado de municípios, têm sido oferecidas em qualidade e velocidade bastante inferiores àquelas oferecidas pelas operadoras ADSL ou *cable modem* aos consumidores. Isso porque, embora a grande vantagem desta tecnologia seja a mobilidade, tem sido observada uma significativa piora no atendimento do serviço em localidades distantes de grandes centros urbanos, ou seja, ainda falta mobilidade à banda larga móvel. Mesmos nos grandes centros urbanos, as operadoras não têm garantido cobertura plena em todos os bairros, havendo também que se levar em conta a existência das chamadas “áreas de sombra”, ou seja, regiões onde as ondas de rádio provenientes de outro lugar não se propagam ou ainda locais com grande degradação de sinal, deixando o *host* móvel incomunicável.

65. Em segundo lugar, não se pode deixar de mencionar também que a grande maioria das operadoras de 3G e afins oferecem este serviço ao consumidor impondo significativos limites à velocidade da conexão ou da quantidade de dados que podem ser enviados ou recebidos pelo usuário. Esta limitação restringe a utilização destas tecnologias pelo usuário para a execução de atividades corriqueiras, que não implicam na transferência de considerável volume de informações em um curto espaço de tempo. Ao contrário, note-se que o grande diferencial do provimento à Internet via ADSL reside no fato de justamente ter a característica de ser um serviço que possibilita o acesso em altas velocidades, possibilitando a transferência de grandes quantidades de dados em espaços de tempos relativamente reduzidos. Nesse sentido, colaciona-se a recente matéria jornalística publicada no jornal “O Estado de São Paulo” em 06.02.2010. Vejamos:

“No Brasil, internet móvel quase não tem mobilidade

Consumidores reclamam que 3G é ruim fora das capitais

Renato Cruz

A banda larga móvel, em que as pessoas usam um minimodem que liga o computador à rede de telefonia celular de terceira geração (3G), tem apresentado um crescimento explosivo. Em 18 meses, partiu de zero para chegar a 4,5 milhões de acessos no País. Essa expansão desenfreada, no entanto, não deixou de ser acompanhada por problemas. O acesso nem sempre funciona, e tudo fica pior fora das capitais.

O que, pensando bem, é um contrassenso. A grande vantagem da tecnologia é a mobilidade, mas não foram poucos os consumidores decepcionados ao perceber que o acesso não funciona na casa de campo ou na praia. Ou seja, ainda falta mobilidade à banda larga móvel. "Fizemos uma pesquisa no ano passado que mostrou que o cliente avalia bem a cobertura, mas considera ruim o roaming (capacidade de usar o serviço fora da cidade em que foi contratado)",

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

*aponta o analista Júlio Püschel, da consultoria The Yankee Group.
(...)*

O caso de Renato Pires da Silva Filho é diferente, mas também mostra como a cobertura ainda deixa a desejar no interior. Ele comprou um minimodem da TIM em Ribeirão Preto (SP), com velocidade de até 600 quilobits por segundo (Kbps). Nos melhores momentos, conseguia menos de 10% da velocidade prometida, o que é próximo de uma linha discada. "Havia dias em que a velocidade de baixar arquivos era de 7,2 kbps", reclama Silva Filho, que trabalha na prefeitura. "Lentidão total."

(...)

*Segundo a TIM, "não constava nenhuma irregularidade com a conexão do plano TIM Web do cliente". A empresa afirmou ainda, em comunicado, que "investe constantemente na ampliação e melhoria da capacidade de sua rede para tráfego de dados em todo o Brasil e que a velocidade de conexão pode sofrer oscilações em razão de fatores externos que possam vir a interferir no sinal". Para Flávia Bittencourt, diretora de Marketing da Oi, **os consumidores ficaram com uma ideia errada do serviço de banda larga móvel no seu lançamento. "Ele é um complemento do ADSL (banda larga fixa), não um substituto", diz a executiva. "Essa confusão chegou a manchar a imagem do 3G; ele não foi feito para download de vídeo e música"**.*

FIXO VERSUS MÓVEL

Segundo Flávia, no lançamento do 3G as operadoras esperavam que a demanda maior estaria nas regiões onde já existe banda larga fixa, porque as pessoas comprariam os minimodems como um segundo acesso. "As vendas aconteceram mais rápido nas regiões mais afastadas, em que não havia outra opção de acesso", aponta a diretora da Oi. A operadora tem atualmente 3G em 88 municípios.

*Por conta do comportamento inesperado do cliente, a TIM está revendo sua estratégia de comercialização do 3G. De acordo com Rivo Manhães Soares, gerente de Marketing da operadora, **a tendência é acabar com os planos ilimitados. "Quinze por cento dos usuários consomem 50% da capacidade da rede e acabam prejudicando a qualidade do acesso de todo mundo"**, diz Soares. Estela Guerrini, advogada do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), aponta que a própria comunicação das operadoras acaba induzindo o consumidor a ter uma ideia errada do serviço. **"A propaganda diz que a velocidade é alta e funciona em qualquer lugar. Colocam foto de alguém na praia ou na montanha", diz Estela. "Em vários lugares, nem existe sinal."** Outro problema, segundo a advogada, é a velocidade. Normalmente, a garantia contratual é de 10% do contratado, isentando a operadora dos problemas causados por excesso de usuários. "Isso é de responsabilidade delas", explica Estela. "A empresa não pode prometer alguma coisa que sabe de antemão que não pode cumprir."*

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Estela aponta que, se a empresa não entregar o serviço que prometeu, o consumidor pode cancelar o contrato sem que tenha de pagar multa.”
(Grifamos)⁷

66. Assim, **a existência destas limitações implica no fato de que, atualmente, sob a ótica da demanda, ainda não se pode considerar que estas tecnologias móveis de acesso à Internet sejam substitutas das tecnologias ADSL e cabo.** Registra-se, todavia, que esta definição de mercado relevante em sua dimensão produto não é permanente, tendo em vista o grande dinamismo do setor, que força os órgãos de defesa da concorrência a sempre reavaliar seu entendimento sobre as relações de concorrência existentes, de forma a não ficarem atrelados a uma definição de mercado relevante que não mais reflete verdadeiramente as relações de concorrência no setor.

67. Diante desse cenário, entende-se que **o mercado relevante em sua dimensão produto é o de provimento de acesso à Internet banda larga por meio das tecnologias ADSL e cabo.**

II.1.2 Do mercado relevante em sua dimensão geográfica

68. Em seu âmbito geográfico, deve-se levar em conta que a Oi/Telemar Norte Leste é concessionária de Serviço Telefônico Fixo Comutado na Região I do Plano Geral de Outorgas sendo que a Telecomunicações de São Paulo é concessionária na Região III do mesmo Plano Geral de Outorgas⁸.

69. Saliente-se aqui que a operação de aquisição do controle acionário da Brasil Telecom pela Oi/Telemar ainda não foi julgada pelo CADE, tendo sido celebrado o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação em 10.12.2008. Por esse motivo, entende-se, por bem, não considerar como parte do mercado relevante a Região II do Plano Geral de Outorga, na qual a BrT é concessionária de telefonia fixa.

70. Cabe observar que o alcance da penetração das tecnologias de acesso à Internet banda larga aqui consideradas (ADSL e cabo) varia de município para município, o que afeta diretamente o padrão de competição que aí se estabelece. Por esse motivo, **define-se o mercado relevante geográfico como sendo cada um dos municípios nos quais as Representadas atuam como prestadoras de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) dos Estados da Federação que participam das Regiões I e III do Plano Geral de Outorgas.**

⁷ Disponível em “http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100207/not_imp507502,0.php”. Acesso em 08.03.2010.

⁸ O Plano Geral de Outorgas foi aprovado pelo Decreto n.º 2.534, de 02 de abril de 1998. (publicação - D.O.U. de 03/04/98).

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

II.3 DAS CONDUTAS DENUNCIADAS

71. As Representações que deram origem à presente investigação versam sobre possível abuso de poder de mercado tanto da Telesp quanto da Oi/Telemar consistente na discriminação de preços entre consumidores de diferentes municípios e na cobrança de preços abusivos para a prestação do serviço de provimento de acesso à Internet via tecnologia ADSL. Estas condutas podem configurar infração aos incisos I e IV do art. 20 c/c incisos XIV e XXIV do art. 21, todos da Lei nº 8884/94. *In verbis*:

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

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

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

XII –discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços.(...)

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

72. Passa-se agora à análise de cada uma das condutas investigadas na presente Averiguação Preliminar.

II.3.1 Da Discriminação de Preços entre consumidores

73. Em consonância com o parecer da SEAE/MF emitido na Averiguação Preliminar nº 08012.005307/2002-40 ⁹, cabe mencionar, primeiramente, que *discriminação de preços* é a situação em que uma firma fixa preços distintos para produtos idênticos distinguindo por cobrador. Assim, pode-se afirmar que a discriminação de preços ocorre quando uma empresa vendedora “A” vende um produto ou serviço a um consumidor “B” a um preço “x” e vende o mesmo produto ou serviço, levando-se em conta todas as variáveis que compõem os produtos para que sejam considerados produtos idênticos, a uma empresa “C” a um preço “y”. De acordo

⁹ Representantes: Amadeus Global Travel Distribution S/A e Amadeus Brasil Ltda. Representada: Sabre International Inc.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

com o Anexo I da Resolução nº 20/99 do CADE, a discriminação de preços é definida como¹⁰:

*“o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar **preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros**”.*

74. Embora tipificada no inciso XII do art. 21 da Lei nº 888/94, é importante mencionar que a prática de preços discriminatórios junto a compradores de um determinado produto não é por si só um ilícito concorrencial. Ao contrário, a teoria econômica mostra que nem sempre a prática de preços diferenciados produz um resultado socialmente indesejável. É conhecido o resultado segundo o qual um discriminador de preços perfeito, por exemplo, aumenta o bem estar geral da sociedade, ainda que extraindo a totalidade do excedente do consumidor.

75. O próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já se manifestou nesse sentido em resposta à Consulta nº 52/00, de 24.08.2000, formulada pelo PROCON do Estado de Amazonas acerca da legalidade da prática de venda de gasolina a preços diferenciados para taxistas. Conforme resposta do Conselheiro Relator Mércio Felsky, a discriminação de preços é prática comum na economia, sendo que nem toda discriminação provém de monopólios, tais como, por exemplo, a cobrança de entradas de cinema com preços diferenciados para estudantes e idosos.

76. Na oportunidade, considerou-se, ainda, que a discriminação de preços apenas constitui violação antitruste se: (i) configurada posição dominante; (ii) a discriminação não possa ser justificada de forma afirmativa, tais como, por exemplo, pela redução de custos, existência de diferentes custos de negociação entre diferentes clientes ou ainda como estratégia de concorrência diferenciada para disputar diferentes nichos de consumidores. Ressalte-se que, mesmo nesses casos, é necessário que se configure algum tipo de prejuízo à concorrência.

77. Portanto, a atuação da autoridade antitruste no combate à discriminação de preços deve-se restringir aos possíveis efeitos nocivos à concorrência decorrentes de tal prática uma vez que, conforme já ressaltado, há justificativas lícitas para tal conduta. Dessa forma, para que haja a ilegalidade de discriminação de preços é imprescindível a comprovação de potencialidade de dano à concorrência, nos termos do art. 20 da Lei nº 8.884/94.

78. No presente caso, não há evidências que a alegada conduta de discriminação de preços tenha indícios de infração à ordem econômica, conforme se verá abaixo.

79. De acordo com o art. 63 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), somente a exploração do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) foi definida em regime público, sendo

¹⁰ Disponível em:

<http://www.cade.gov.br/upload/Resolucao%20n%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>. Acesso em 19.10.2009

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

que, por exclusão, a prestação do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) é submetida a regras de regime privado, sendo sujeita, portanto, aos princípios constitucionais da atividade econômica.¹¹

80. Por conseguinte, ao contrário do Serviço Telefônico Fixo Comutado, a remuneração dos agentes econômicos ao prestarem o Serviço de Comunicação Multimídia é definida de acordo com as regras da livre iniciativa e da livre concorrência. Sendo assim, é natural que os agentes econômicos, ao formarem seus preços, levem em consideração, dentre outros fatores, os custos incorridos, o comportamento natural da oferta e demanda, além da existência de outros concorrentes na prestação deste serviço.

81. Além disso, para a análise da conduta de discriminação de preços das Representadas, deve-se pontuar que **a existência de preços diferentes entre localidades com concorrência e localidades sem concorrência, desde que não fruto de estratégias predatórias visando eliminar concorrentes efetivos ou potenciais, é fruto da própria dinâmica do livre mercado.** É racional que o agente econômico tenha o incentivo de ofertar preços mais baixos em lugares em que há concorrência em detrimento das localidades em que não há concorrência.

82. Ainda, note-se que o oferecimento da tecnologia banda larga exigiu das Representadas a realização de consideráveis investimentos de infra-estrutura a fim de possibilitar a prestação do serviço de acesso à Internet por meio da tecnologia ADSL. Com efeito, além da necessidade de modernizar a infra-estrutura da rede de STFC objeto de privatização do sistema TELEBRÁS, faz-se também necessário implantar um conjunto de novos elementos de rede específicos da banda larga.

83. Conforme demonstrado nos esquemas de fls. 390/393, o provimento de acesso à Internet banda larga por meio da tecnologia ADSL necessitou da realização de investimentos na compra de outros componentes que até então eram inexistentes, tais como: (i) instalação de filtros seletivos de frequência; (ii) implementação de uma rede de dados para conectar o DSLAM, equipamento concentrador de tráfego de dados das várias linhas de assinantes que contratam a banda larga por ADSL à Internet; (iii) ampliação da capacidade dos *Backbones* IP regionais, nacionais e internacionais com a contratação de links IP de outros provedores internacionais, dentre outros.

84. Ainda, segundo as Representadas, os custos não se limitam apenas àqueles referentes ao desenvolvimento de infra-estrutura de provimento de acesso ADSL, existindo também os relativos à transmissão de dados. Segundo as Representadas:

“Um importante elemento de custos na prestação do serviço de comunicação de dados (seja com a utilização de tecnologia ADSL ou qualquer outra tecnologia) é a transmissão de dados. Os núcleos do Backbone IP das prestadoras ficam

¹¹ Neste sentido dispõe o art. 126 da Lei Geral de Telecomunicações. *In verbis*: “A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.”

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

geralmente localizados em grandes centros urbanos, o que faz com que existam diferenças nos custos de transmissão para essas localidades em relação às localidades mais afastadas nos núcleos do Backbone IP.

As cidades que já possuem uma rede de Metro Ethernet instalada também provocam a incidência de custos inferiores para a prestação do serviço de comunicação de dados banda larga. Quanto mais simples e econômica for a transmissão dos dados, maior a possibilidade de oferta de preços reduzidos para os clientes finais. Como exemplo, citamos as localidades em que se faz necessária transmissão de dados via satélite. Nessas localidades, o custo de transmissão aumenta sensivelmente e, conseqüentemente, os preços cobrados dos usuários finais também são mais altos”.

85. Além desses fatores, há que se considerar que existem diferenças significativas na demanda de um município para outro, havendo localidades em que a demanda por Internet banda larga é mais substancial e concentrada do que em outras, ainda que eventualmente próximas geograficamente. Essa estrutura de demanda traz conseqüências tanto para a estrutura de custos dos serviços quanto para a existência ou não de uma competição mais efetiva via preços, o que é economicamente racional.

86. Note-se por fim que a ANATEL, em seu Informe 1459/2008/PVSTR/PVST de 11.12.2008, reconheceu a possibilidade da cobrança de preços diferentes para a prestação do serviço de acesso à Internet por meio da modalidade ADSL em municípios distintos. Vejamos:

“Cabe esclarecer, ainda, que a adoção de preços de acesso iguais deve ocorrer para um mesmo produto, ou seja, um mesmo plano de serviço dentro de um mesmo município. Isso porque para realizar o atendimento em determinados municípios, a prestadora poderá necessitar de uma rede de transporte mais extensa para atender o assinante. A prestadora tem a liberdade de implantar sua rede definindo, a seu critério, a localização dos pontos de concentração mais adequados ao escoamento do tráfego, de tal modo que, em não havendo concentrador em determinado município, a prestadora poderá encaminhar o tráfego gerado no terminal do assinante não somente até a central do município, mas até o ponto de concentração de tráfego mais próximo.

Ou seja, o preço final do acesso poderá ser composto apenas pelo preço da última milha ou pelo preço da última milha somado a parte do backhaul necessário para chegar até o concentrador mais próximo. Essa diferença na topologia de rede da prestadora deve ser considerada ao se comparar os preços praticados para a verificação de um possível descumprimento ao art. 45 do RSCM.” (fls. 46v)

87. De todo o exposto, entende-se que é perfeitamente racional do ponto de vista econômico a prática de diferenciação de preços entre municípios, dependendo do nível de competição enfrentado pelas Representadas. Além disso, as Representadas lograram trazer aos autos

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

justificativas de diferenças de custos dos serviços de forma a justificar a prática de preços diferenciados.

88. Além das diferenças de custos decorrentes da prestação do SCM em municípios diversos que foram alegadas pelas Representadas, deve-se admitir também que a cobrança de preços mais elevados em localidades onde não há concorrência, em relação aos valores praticados nas localidades em que há concorrência, segue a dinâmica do próprio livre mercado. Isso porque, em se tratando de um serviço cujo preço é definido pelos próprios agentes econômicos, sem interferência do órgão de regulação setorial, é racional que o agente econômico tenha incentivo para praticar preços maiores em localidades em que é o único ofertante do serviço de acesso à Internet ADSL.

89. **Nesta lógica, recomenda-se que a ANATEL, órgão de regulação setorial responsável pelas concessões de Serviços de Comunicação Multimídia no Brasil, estimule a entrada de novos entrantes neste mercado por meio da promoção de mais autorizações de exploração deste serviço em um mesmo município.** Esta medida, inegavelmente, geraria importantes efeitos positivos para a sociedade e para os consumidores uma vez que, com um maior número de agentes econômicos haverá a promoção da concorrência, com todos os seus efeitos positivos de bem-estar social (preços mais baixos, serviços com maior qualidade, entre outros).

II.3.2 Da prática de preços abusivos

90. Entre os anos de 1996 a 1998, as acusações de aumento abusivo de preços situaram-se dentre as condutas anticompetitivas mais julgadas pelo CADE, chegando a representar 50% das condutas apreciadas pelo Conselho.

91. A jurisprudência firmada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica acerca da conduta objeto de investigação na presente Averiguação Preliminar foi no sentido de rejeitar as acusações, quer por reconhecer a ausência de posição dominante das empresas Representadas no mercado relevante investigado; quer por motivos de *princípio*, sob o entendimento de que o controle antitruste não deve se confundir com o controle de preços. Vejamos:

“O aumento abusivo de preços é um indício de infração a ordem econômica, mas não uma infração per se. Ou seja, em um mercado competitivo, pode não haver abuso de preço, já que qualquer aumento acima do preço de equilíbrio teria efeito imediato sobre o volume de venda da empresa, tornando inviável a sustentabilidade desse aumento. Portanto, não pode haver um caso antitruste de mero aumento de preço, mas apenas um caso em que tal aumento de preço foi possível, em decorrência do uso abusivo de poder de mercado. Este (sic) é a situação, por exemplo, de um aumento de preço para um concorrente não integrado, efetuado por uma empresa integrada. Ou ainda, do aumento realizado através da ação coordenada entre concorrentes.”¹²

¹² Processo Administrativo n. 08012.005559/1999-21. Representantes: Secretaria de Acompanhamento Econômico

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

(Grifamos)

“O inciso XXIV do art. 21 da Lei 8.884/94 que trata da imposição de “preços excessivos, ou de aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço, é peculiar, no sentido de que, diferentemente dos demais incisos, não encontra respaldo na teoria econômica.

Estabelecer que um preço é excessivo envolve elevada arbitrariedade. O preço de monopólio é o preço mais alto que uma firma pode cobrar, e que é, ao mesmo tempo, lucrativo. Seria esse o preço “excessivo”?

A firma pode ter obtido tal posição de mercado (único fornecedor de um produto) por meio de investimentos, inovações, diferenciação de seu produto. O preço cobrado acima de seus custos marginais (para se comparar com a situação em que a firma opera em concorrência perfeita) representa a recompensa para o investimento bem sucedido. Impedir que a firma realize seus lucros de monopólio, nesse caso, teria o efeito de desestimular que o empresário assumira riscos intrínsecos a qualquer investimento, o que é um resultado indesejável sob qualquer perspectiva. Mais indesejável, ainda, tomando como parâmetro os objetivos da defesa da concorrência. (...)

*Se os preços de monopólio obtidos por meio da legítima “concorrência” não podem ser considerados arbitrários do ponto de vista da racionalidade econômica, também não o poderiam ser no sentido ordinário do termo, isto é, **que não tem fundamento lógico, que apenas depende da vontade ou do arbítrio daquele que age** (Dicionário Eletrônico Houaiss).*

Da mesma forma que em monopólio, preços de equilíbrio em mercados concentrados caracterizados pela interdependência das ações entre concorrentes (oligopólios) também não serão excessivos nem arbitrários. Resultam da interação estratégica, guiada pela racionalidade econômica, entre concorrentes que tomam decisões de maneira autônoma, embora interdependentes e, novamente, das escolhas dos consumidores, não podendo, portanto, esse preço ser considerado excessivo ou anticompetitivo. (...)

*O preço excessivo seria mais propriamente uma **conseqüência** de infrações cometidas pelo agente econômico que pretende alcançar e exercer o poder de mercado, do que uma infração em si. Trata-se de aplicar, aqui, o sentido jurídico do termo “arbitrário”: que procede do livre arbítrio de alguém e viola as normas legais.*

Portanto, só faz sentido a preocupação com preços excessivos se esses forem decorrentes de alguma outra estratégia anticompetitiva, que estará caracterizada também em outros incisos do art. 21 da Lei 8.884/94. Assim, se o preço excessivo é

do Ministério da Fazenda e CPI dos Medicamentos. Representada: DM Indústria Farmacêutica. Relator o Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Acórdão publicado no DOU em 30/10/2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

obtido por meio de ação coordenada com os rivais, estaria caracterizado o comportamento descrito nos incisos I, II e/ou III, dependendo da forma com que se origina o cartel; se os preços excessivos decorrem do cerceamento ao acesso a alguma infra-estrutura essencial, a conduta estaria disposta também no inciso VI; se consequência de domínio de uma relação vertical tal qual o agente econômico produza, por meio do controle que detém no mercado, uma eliminação de concorrente de maneira artificial, esta também seria prática condenável por conduta diversa do inciso XXIV. Assim, não vejo como a prática de um preço excessivo estritamente possa ser considerada uma infração antitruste.”¹³ (grifamos)

92. Os entendimentos citados acima retratam a preocupação do Conselho em enfatizar que o antitruste deve debruçar-se sobre o processo competitivo, e não sobre o seu resultado – o preço. Em outras palavras, o preço ou aumento excessivo *per se* não pode ser considerado uma prática lesiva à concorrência; ele o será apenas na medida em que for decorrente de infração, ou se for apto a causar efeito anticompetitivo.

93. A interpretação do CADE quanto à conduta em exame converge com a tese doutrinária da distinção entre duas modalidades diferentes de imposição de preços excessivos: (i) os preços meramente excessivos, ou “exploratórios” (*exploitative prices*), decorrentes do poder de mercado. Nesse caso, a firma dominante pratica altos preços para seus consumidores finais, com os quais a firma não concorre; e (ii) preços abusivos ditos “excludentes” (*exclusionary abuse*), praticados com o intuito de excluir competidor do mercado (praticado por empresas verticalmente integradas).

94. Nesse sentido, defende-se a atuação da autoridade antitruste no combate aos preços abusivos excludentes, de modo a propiciar as condições necessárias ao funcionamento do mercado, corrigindo suas eventuais falhas, não lhe cabendo substituir os mecanismos de mercado ou imiscuir-se no papel do agente privado no processo de tomada de decisões, dentre as quais destaca-se a formação de preços¹⁴. Isto é, entende-se que a atuação das autoridades antitruste

¹³ Voto-Vogal da Presidente do CADE, Elizabeth Farina, no Processo Administrativo n. 08012.007514/2000-79. Representante: CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados. Representado: Laboratório Teuto-Brasileiro. Relator: Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva. Acórdão publicado no DOU em 01/02/2007.

¹⁴ Ainda sobre a confusão de papéis entre o Estado e o agente econômico, anota Luís Roberto Barroso:

“Como se pode singelamente constatar, o regular exercício de suas atividades pelas empresas privadas – como tal entendido o que observa os princípios de funcionamento da ordem econômica – já viabiliza uma parte importante do bem-estar social. O que o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa. Isto seria dirigismo, uma opção por um modelo historicamente superado. O Poder Público não pode supor, e.g., que uma empresa esteja obrigada a admitir um número x de empregados, independentemente de suas necessidades, apenas para promover o pleno emprego. Ou ainda que o setor privado deva compulsoriamente doar produtos para aqueles que não têm condições de adquiri-los, ou que se instalem fábricas obrigatoriamente em determinadas regiões do País, de modo a impulsionar seu desenvolvimento. Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimular práticas redistributivas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais,

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

deve se dar sobre o processo competitivo, de forma a garantir que a disputa por fatias de mercado seja uma disputa lícita, e que o eventual poder de mercado dela resultante seja legítimo, sob os auspícios da Lei n. 8.884/94.

95. Admitir a competência da autoridade da concorrência para analisar a prática de preços excessivos ou de aumentos arbitrários de lucros, *per se*, significaria atribuir à autoridade a dicção do preço justo, não abusivo, o que significa supor que tem o administrador conhecimento do funcionamento do mercado, da estrutura de custos da empresa, dos investimentos realizados pelo agente, o que não é razoável, dada a natural assimetria que existe entre o agente econômico e a autoridade antitruste. Ademais, *“a simples ordem para baixar o preço não assegura que a concorrência será restabelecida naquele mercado, e cria para a autoridade o dever de supervisionar constantemente o cumprimento de sua decisão”*¹⁵.

96. *In casu*, conforme já sublinhado na nota técnica de instauração da presente Averiguação Preliminar, deve-se de plano ressaltar que a prestação do serviço de comunicação multimídia é regulada por regras de direito privado. Por conseguinte, tratando-se de mercado competitivo, o agente econômico fixa o valor a ser cobrado de acordo com as regras da livre concorrência, não sendo tal variável, portanto, objeto de regulação estatal direta.

97. Neste contexto, deve-se reconhecer que a prática de preços maiores em localidades em que não há concorrentes diretos é decorrência da própria dinâmica do mercado. A prática de preço acima dos custos marginais em localidades em que a prestadora do serviço é monopolista representa, em última instância, a recompensa por um investimento bem sucedido, já que a prestação do serviço de acesso à Internet via ADSL é, conforme visto, regida pelas normas de direito privado.

98. Ainda, com base no posicionamento da Dra. Elizabeth Farina, então presidente do CADE, no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.007514/2000-79, pode-se afirmar que o preço que vigora em um mercado caracterizado como monopólio, tais como naqueles municípios em que a prestação do serviço de acesso à Internet por meio da tecnologia ADSL é realizada por um único agente econômico, traduz a disposição do consumidor a pagar pelo serviço. Portanto, trata-se de preço compatível com as escolhas tanto dos consumidores quanto dos ofertantes.

99. Além disso, não há indícios de que esta eventual prática de preço excessivo tenha sido

financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividade, dentre outras formas de fomento.” Ob. Cit.

¹⁵ MELLO, M.T.L., *Ob. Cit.*, pág. 481. E continua a autora:

“A imposição da ordem para baixar um preço constitui um remédio comportamental que tem como consequência o dever de a autoridade monitorar posteriormente, de forma contínua, o cumprimento de sua decisão, o que exige uma estrutura administrativa/burocrática de acompanhamento e controle de preço, ao mesmo tempo em que não é suficiente para assegurar a concorrência no mercado afetado.

Pode-se concluir, assim, que, embora a preocupação com preços não deva estar ausente da análise antitruste, há dúvidas sobre a adequação e eficácia dos instrumentos desse sistema legal para combate de preços/aumentos abusivos, ao menos de forma generalizada.” (pág. 482)

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

decorrente de alguma outra estratégia anticompetitiva praticada pelas Representadas com o intuito de excluir concorrentes.

100. Ressalte-se que os preços praticados pelas Representadas são impostos aos consumidores finais, com os quais a firma não concorre. Ou seja, não poderiam ser considerados preços exclusionários no sentido antitruste, que seria a hipótese que mereceria atenção das autoridades de defesa da concorrência.

101. Por fim, cabe reiterar que, em se tratando de um serviço cujo preço é definido pelos próprios agentes econômicos, sem interferência do órgão de regulação setorial, é racional que o agente econômico tenha incentivo para praticar preços maiores em municípios nos quais é o único ofertante do serviço de acesso à Internet ADSL em relação àqueles praticados em município aonde exista efetiva concorrência.

102. Neste sentido, reitera-se a necessidade de que a ANATEL estimule a entrada de novos entrantes neste mercado por meio da promoção de mais autorizações de exploração deste serviço em um mesmo município. Esta medida geraria importantes efeitos positivos para a sociedade e para os consumidores uma vez que, com a concorrência, haveria incentivo para os agentes econômicos praticarem preços mais baixos do que aqueles praticados em situação de monopólio e, sobretudo, oferecerem serviços com maior qualidade.

103. Feitas tais considerações, entende-se que não há indícios de prática de infração à ordem econômica na conduta das Representadas conforme tipificação dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94.

II.4 DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA PREVENTIVA

104. Neste item, analisa-se o cabimento da adoção da medida preventiva pleiteada pela Telcomp, considerando sempre que a medida preventiva na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência não tem em vista a proteção direta de um concorrente e sim do bem-estar coletivo, ou seja, do interesse público. Ressaltado esse ponto, passa-se a analisar se estão presentes os requisitos legais para a concessão da medida preventiva no presente caso: (i) a aparência do bom direito (*fumus boni iuris*) e (ii) o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado (*periculum in mora*).

105. Segundo a TELCOMP, a fim de acautelar o interesse público agravado e de fazer cessar a infração ora descrita, faz-se necessária a concessão de medida preventiva para fazer cessar a discriminação promovida pela Oi/Telemar a seus consumidores e a imposição a eles de preços excessivos para a contratação de serviços de Internet em banda larga (*Velox 1 Mbps*) nas cidades de Belford Roxo, Nova Iguaçu, Teresópolis, Betim e Juiz de Fora.

106. Contudo, conforme analisado na presente nota técnica, entende-se que são insubsistentes os indícios de infração contra a ordem econômica nas condutas praticadas pelas Representadas, o que evidencia a ausência do requisito legal da “*fumaça do bom direito*” a autorizar a concessão

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

da medida preventiva. Por conseguinte, uma vez que não há no presente caso *fumus boni iuris*, não há também que se falar na presença do *periculum in mora*.

107. Portanto, entende-se pelo indeferimento do pedido de concessão de medida preventiva por falta de amparo legal.

III CONCLUSÃO

108. Ante o exposto, pela insubsistência dos indícios de infração contra a ordem econômica suficientes à instauração de um Processo Administrativo, recomenda-se o arquivamento da presente Averiguação Preliminar, recorrendo-se de ofício ao CADE, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.884/94 e do art. 50 da Portaria MJ nº 4/2006. Sugere-se o encaminhamento de cópia desta nota técnica ao Dr. Cláudio Gheventer, Procurador da República no Estado do Rio de Janeiro a fim de instruir Procedimento Investigatório desenvolvido naquela instância. Por fim, sugere-se também o encaminhamento de cópia da presente nota técnica para a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) com a sugestão de que a agência estimule a entrada de novos agentes no mercado de provimento de acesso à Internet banda larga via ADSL e cabo por meio da emissão de mais concessões, permissões ou autorizações de exploração deste serviço em um mesmo município. Esta medida propiciará evidentes ganhos para a sociedade uma vez que haveria estímulo aos agentes econômicos tanto para a cobrança de preços mais baixos quanto para a prestação do serviço de provimento à Internet via ADSL aos consumidores com maior qualidade.

109. Estas as conclusões.

À consideração superior
Brasília, 24 de março de 2010.

ANDRÉ LUIZ PEREIRA DE OLIVEIRA
Chefe de Divisão da CGSI

De acordo. À consideração da Senhora Diretora do DPDE.
Brasília, 24 de março de 2010.

ALESSANDRA VIANA REIS
Coordenadora Geral da CGSI

De acordo. À consideração da Senhora Secretária de Direito Econômico.
Brasília, 24 de março de 2010.

ANA PAULA MARTINEZ
Diretora do DPDE