

Regulação responsiva em contratos de compartilhamento de infraestrutura de Serviço Móvel Pessoal: entre a regulação setorial de telecomunicações e a política antitruste

Responsive Regulation in Personal Mobile Service infrastructure sharing contracts: Between regulation of the telecommunications sector and antitrust policy

Submetido(submitted): 5 May 2022

Parecer(revised): 17 May 2022

Aceito(accepted): 25 May 2022

Luiz Guilherme Ros*

<https://orcid.org/0000-0002-6413-1144>

*Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)
Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International*

Abstract

[Purpose] *To investigate the nature of responsive regulation of agreements regarding shared infrastructure for personal mobile service, which can be evidenced both by the regulatory framework of the Brazilian ICT regulator (ANATEL), under Law no. 9.472/1997, the General Telecommunications Law (LGT), and the change in approach undertaken by the Administrative Council for Economic Defense in the analysis of Concentration Acts related to this type of contractual arrangement (CCI). Thus, CADE's a narrower decisory criteria in the treatment of Personal Mobile Service agreements seems to indicate an escalation in a pyramid of incentives and sanctions established by ANATEL's regulatory provisions on the subject - of a broadly authoritative nature, although with clear indications of desirable and undesirable behaviors by the regulated agents -, given the growing threats to consumer well-being (art. 88, 5, §5, Law No. 12,529/2011) and, consequently, the universalization and quality of*

*Luiz Guilherme Ros é sócio do Escritório Silva Matos, com vasta experiência em direito concorrencial, administrativo e regulatório. É Consultor do Programa das Nações Unidas perante o CADE no projeto Control of Data, Market Power, and Potential Competition in Merger Reviews. Doutorando em Direito Econômico pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público de Brasília. É Secretário da Comissão de Defesa da Concorrência da OAB-DF e membro da Comissão de Direito Regulatório da OAB-DF. É Pós Graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. É bacharel em direito pela Universidade de Brasília. Foi Vice Presidente do Conselho de Administração da LoopKey S.A. e DPO da LoopKey. Foi assistente técnico e coordenador substituto na Superintendência Geral do Cade. Foi assessor do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. E-mail: Luizros1112@gmail.com. Endereço: SAS Quadra 3, Bl. C, Edf. Business Point, Salas 404 e 405 – Asa Sul, 70070-934 – Brasília – DF.

ROS, L. G. *Regulação responsiva em contratos de compartilhamento de infraestrutura de Serviço Móvel Pessoal: entre a regulação setorial de telecomunicações e a política antitruste*. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 8, nº 1, p. 1-37, outubro 2022.

telecommunications services – the meeting point between the objectives of both specific regulatory policies.

[Methodology/approach/design] *The paper seeks to analyze the legal framework of ANATEL and the LGT on CCI in SMP, as well as the precedents of CADE, under Law No. 12,529/2011, in the analysis of such agreements. Additionally, a literature review is carried out to support the themes addressed throughout the study.*

[Findings] *Based on the analysis undertaken, it is possible to verify that the regulation of CCI em Personal Mobile Services indicates two aspects of responsiveness. In the foreground, the regulatory framework of LGT and the regulatory agency on such contracts has an essentially authoritative nature, moving away from command-and-control regulatory strategies, even if it signals the existence of desirable or undesirable behaviors on the part of the regulated actors, establishing a pyramid of incentives and sanctions. In the background, the resurgence of CADE's positioning can be seen within the theoretical paradigms of the theory of responsive regulation as a way of climbing this pyramid, as there was greater materiality of risks in the activity of the providers - within the objectives and general prohibitions established by ANATEL's specific sectoral regulation on such contractual arrangements.*

[Practical implications] *The main implications of these conclusions consist in the understanding of the regulation as a complex phenomenon, even within the very sense of responsive regulation. In this way, independent decision-making centers are able to operate together and collaboratively within the same pyramid of incentives and sanctions. Additionally, the antitrust policy, albeit in a subsidiary way, can be operated as a sectoral regulatory mechanism, making it possible, in the absence of specific provisions by specific regulatory agencies, to safeguard regulatory and competition objectives.*

Keywords: *Responsive regulation. Regulation of telecommunications. Antitrust Policy. Personal mobile Service. Ran Sharing Agreements.*

Resumo

[Propósito] O presente estudo se destina a investigar a natureza responsiva da regulação de contratos de compartilhamento de infraestrutura (CCIs) de serviço móvel pessoal (SMP), que pode ser evidenciada tanto pelo corpo regulatório da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), sob a Lei nº 9.472/1997, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), quanto pela mudança abordagem empreendida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na análise de Atos de Concentração (ACs) relativos a esse tipo de arranjo contratual. Dessa maneira, o recrudescimento do CADE no tratamento de CCIs de SMP parece indicar uma escalada em uma pirâmide de incentivos e sanções estabelecida pelas previsões regulatórias da ANATEL sobre o tema – de natureza amplamente autorizativa, ainda que com indicativos claros de comportamentos desejáveis e indesejáveis pelos agentes regulados –, diante do crescimento de ameaças ao bem-estar de consumidores (art. 88, 5º, §5º, Lei nº 12.529/2011) e, conseqüentemente, à universalização e qualidade de serviços de telecomunicações (art. 2º, LGT) – ponto de encontro entre os objetivos de ambas as políticas regulatórias específicas.

[Metodologia] O artigo realiza uma retomada do arcabouço jurídico da ANATEL e da LGT sobre CCIs em SMP, bem como dos precedentes do CADE, sob a Lei nº 12.529/2011,

na análise de tais acordos. Adicionalmente, realiza-se uma revisão bibliográfica para suporte aos temas tratados ao longo do estudo.

[Resultados] Com base na análise empreendida, conclui-se que a regulação de CCIs em SMP demonstra dois aspectos de sua responsividade. Em primeiro plano, o arcabouço regulatório da LGT e da ANATEL sobre tais contratos possui uma natureza essencialmente autorizativa, afastando-se de estratégias de *command and control*, ainda que sinalize a existência de comportamentos desejáveis ou não por parte dos atores regulados, estabelecendo uma pirâmide de incentivos e sanções. Em segundo plano, a recrudescimento do posicionamento do CADE pode ser enxergado dentro dos paradigmas teóricos da teoria da regulação responsiva como uma forma de escalada nessa pirâmide, na medida em que se verificou uma maior materialidade de riscos na atividade das prestadoras – dentro dos objetivos e vedações gerais estabelecidos pela regulação setorial específica da ANATEL sobre tais arranjos contratuais.

[Originalidade/relevância] As principais implicações dessas conclusões consistem na compreensão da regulação enquanto um fenômeno complexo, mesmo que dentro da própria acepção de regulação responsiva. Dessa forma, centros de decisão independentes são capazes de operar em conjunto e de forma colaborativa dentro de uma mesma pirâmide de incentivos e sanções. Adicionalmente, a política antitruste, ainda que de forma subsidiária, pode ser operada como mecanismo regulatório setorial, possibilitando, diante da ausência de previsões mais específicas por agências regulatórias específicas, oferecer *enforcement* capaz de resguardar objetivos tanto regulatórios quanto concorrenciais.

Palavras-chave: Regulação Responsiva. Regulação de telecomunicações. Política antitruste. Serviços de telefonia móvel. Acordos de compartilhamento de redes.

INTRODUÇÃO

O *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC) entende que o “compartilhamento de infraestrutura móvel [...] consiste no processo pelo qual operadores compartilham infraestrutura para prestar o SMP para usuários finais”, sobre o qual agências regulatórias nacionais buscam “alcançar um equilíbrio razoável entre incentivar investimentos e assegurar um desenvolvimento de mercado justo e competitivo, através da concorrência sobre infraestrutura” (BEREC, 2016, p. 2).¹ Dessa forma, o compartilhamento pode se dar tanto sobre infraestruturas passivas – tais como “postes, sítios, escritórios,

¹ No original: “[m]obile infrastructure sharing (both passive and active) describes the process by which operators share infrastructure to deliver a mobile service to end users. [...] In some of the countries where mobile infrastructure sharing is already a factor in the market or under active consideration, NRAs have adopted guidelines trying to achieve a reasonable balance between incentivizing investment and ensuring a fair and competitive market development through infrastructure-based competition.”.

energia e ar condicionado” (BEREC, 2016, p. 2)² – quanto ativas – como, por exemplo, o espectro de radiofrequência.

Diante disso, o presente artigo busca investigar o aparato regulatório desenvolvido sobre os CCIs em SMP referentes às infraestruturas ativas, as quais estão essencialmente ligadas ao escopo da prestação deste serviço. Mais especificamente, o presente artigo se destina à compreensão de como o recrudescimento da abordagem do CADE a respeito de CCIs em SMP nos permite melhor visualizar a complexidade do aparato regulatório brasileiro em telecomunicações sobre tais acordos, a partir de um quadro regulatório amplo estabelecido pela LGT e pela ANATEL sobre esses arranjos contratuais. Nesse sentido, ainda que de forma subsidiária – no caso à regulação setorial operada pela ANATEL sobre prestadoras de SMP –, a política antitruste se prestou à função de suprir eventuais deficiências da regulação setorial específica diante de comportamentos potencialmente lesivos dos agentes regulados no setor de telecomunicações.

O presente estudo também busca relacionar esse movimento com aspectos da chave de leitura proposta por John Braithwaite da regulação responsiva – que pode ter sua agenda sintetizada, segundo o autor, em nove princípios centrais de regulação responsiva (BRAITHWAITE, 2010, p. 476)³.

Nesse passo, o artigo buscará, inicialmente, traçar os embates entre objetivos e estruturação da política antitruste e da política regulatória em sentido estrito, evidenciando a complexidade e a natureza policêntrica e descentralizada desse corpo de normas. A partir disso, o estudo buscará retomar o arcabouço regulatório dos CCIs de SMP, de maneira a explicitar a natureza essencialmente autorizativa dessas normas, abrindo espaço significativo para criatividade dos agentes na operação de tais acordos, a despeito de manifestações da agência sobre comportamentos desejáveis (especialmente no que se refere aos objetivos do art. 2º da LGT) e indesejáveis (tratamentos não-isonômicos ou discriminatórios na

² No original: “[p]assive sharing’ is the sharing of the passive elements of network infrastructure such as masts, sites, cabinet, power, and air conditioning”.

³ “1. Think in context; don’t impose a preconceived theory. 2. Listen actively; structure dialogue that: gives voice to stakeholders; settles agreed outcomes and how to monitor them; builds commitment by helping actors find their own motivation to improve; communicates firm resolve to stick with a problem until it is fixed. 3. Engage those who resist with fairness; show them respect by construing their resistance as an opportunity to learn how to improve regulatory design. 4. Praise those who show commitment: support their innovation; nurture motivation to continuously improve; help leaders pull laggards up through new ceilings of excellence. 5. Signal that you prefer to achieve outcomes by support and education to build capacity. 6. Signal, but do not threaten, a range of sanctions to which you can escalate; signal that the ultimate sanctions are formidable and are used when necessary, though only as a last resort. 7. Network pyramidal governance by engaging wider networks of partners as you move up a pyramid. 8. Elicit active responsibility (responsibility for making outcomes better in the future), resorting to passive responsibility (holding actors responsible for past actions) when active responsibility fails. 9. Learn; evaluate how well and at what cost outcomes have been achieved; communicate lessons learned”.

celebração desses acordos) – o que revela uma primeira dimensão de regulação responsiva.

A partir disso, a terceira seção do artigo realizará uma retomada dos precedentes do CADE, sob a Lei nº 12.529/2011, em sede de controle de concentrações de CCIs em SMP, explicitando uma evolução de sua abordagem sobre tais acordos ao longo dos anos. Dessa forma, o recrudescimento da agência em relação a esses arranjos contratuais pode ser representativo da adoção de um mecanismo de correção regulatória desses acordos, diante de um menor *enforcement* direto da regulação setorial específica. Isso tudo permitiria evidenciar um segundo aspecto de regulação responsiva sobre CCIs em SMP, ao evidenciar como essa forma de aplicação da política antitruste pode se enquadrar em uma escalada dentro de uma pirâmide de incentivos dentro dos comportamentos desejáveis e indesejáveis na operação de tais acordos por prestadoras de telecomunicações.

Por fim, o estudo realizará uma retomada das principais conclusões ao longo das seções anteriores, tomando também algumas implicações futuras de pesquisa.

A COMPLEXIFICAÇÃO DA ANÁLISE REGULAÇÃO: DISCUSSÕES A PARTIR DE CONTRASTES, EMBATES E PONTOS DE ENCONTRO DE MECANISMOS REGULATÓRIOS ESPECÍFICOS

Christel Koop e Martin Lodge, em importante estudo empírico acerca dos usos e aplicações do conceito de “regulação”, evidenciaram que – para além de uma escassez de definições explícitas do termo – o seu escopo é vasto, dada a amplitude de manifestações referidas como “regulação” – o que sustentaria seu elevado grau de abstração do conceito, baseado em uma intervenção intencional nas atividades de uma população-alvo (KOOP e LODGE, 2015⁴). Ao lado de sua polissemia conceitual, a estruturação jurídica e institucional do Estado regulador contemporâneo⁵ igualmente evidencia outro aspecto de complexidade e heterogeneidade, referente à sua própria configuração.

Nesse sentido, em primeiro plano, a regulação pode ocorrer por uma multiplicidade de motivos, influenciando as estratégias regulatórias adotadas pelo Estado na estruturação de suas políticas – exemplificativamente, como ocorre na segmentação entre motivações regulatórias destinadas: (i) à correção de falhas de mercado; e (ii) à garantia de direitos humanos ou de solidariedade social (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 15-24). Ainda que se presuma a confluência de racionalidades regulatórias distintas em direção ao interesse público – dado que, a exemplo dessa divisão, tanto a correção de falhas de mercado (garantindo um maior bem-estar a consumidores finais) quanto objetivos de solidariedade seriam ambos de interesse geral –, importante ressaltar que tais

⁴ Em sentido similar BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 2-3

⁵ A respeito do tema e do surgimento desse modelo organizatório estatal, conferir BRAITHWAITE, 2011.

motivações não compõe um todo unitário e lógico, mas, ao contrário, fragmentário e, muitas vezes, podem representar aspectos conflituosos entre si.

Adicionalmente, em segundo plano, abordagens progressivamente realistas da regulação indicam, para além da multiplicidade de seus objetivos e motivações, no sentido de sua natureza *descentralizada*. Dentro dessa chave de leitura, há a superação de uma perspectiva monolítica da regulação na estruturação do próprio arcabouço regulatório, em benefício de sua aceção como complexa, fragmentária, interdependente, desprovidas de centros únicos de governabilidade e acima de distinções claras entre público e privado (BLACK, 2002, p. 3). Dentre as principais implicações teóricas e práticas dessa perspectiva, encontram-se: (i) o reconhecimento de uma falha regulatória inerente, decorrente do dinamismo e complexidade da ação de atores, sistemas e redes sociais em múltiplos centros de governabilidade; (ii) a compreensão policêntrica ou multimodal da regulação, segmentada em múltiplos fóruns complexamente interrelacionados e não necessariamente públicos; (iii) a assunção de estratégias que reflitam essa natureza, isto é, estratégias híbridas, multifacetadas e indiretas de regulação; e (iv) o menor consenso a respeito dos objetivos normativos da regulação, a partir desse *set* de estratégias (BLACK, 2005, p. 105-106).

Assim, é diante desse cenário, que se evidencia a complexidade do fenômeno regulatório em três planos – conceitual, motivacional e de seu arcabouço institucional –, o que tem reflexo sobre seus atores, características e aceções de centros distintos de decisão. Nesse quadro-geral de complexificação e caráter policêntrico da regulação, tanto nas fundações teóricas quanto nas manifestações institucionais da regulação, que embates, como aqueles entre regulação setorial e política antitruste – enquanto centros de decisão distintos, com agentes sociais (reguladores e regulados) potencialmente relacionados – se posicionam e, em alguns casos, podem contrapor incentivos direcionados formalização de políticas públicas.

De um lado, tomando como base o caso do setor de telecomunicações brasileiro, a política regulatória setorial usualmente compreende motivações distintas dentro dos seus quadros normativos e da ação de agências regulatórias. Nesse sentido, a LGT, em seu art. 2º, estabelece dentre os deveres do Estado: a garantia à população do acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas (inciso I); o estímulo à expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população (inciso II); a adoção de medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários (inciso III); o fortalecimento do papel regulador do Estado (inciso IV); a criação de oportunidades de investimento e o estímulo ao desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo (inciso V); a criação de condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País (inciso VI); e a criação de condições para ampliação da conectividade e da inclusão digital, priorizando a cobertura de estabelecimentos públicos de ensino (inciso VII).

Dessa forma, dentro da dicotomia proposta de objetivos de correção de falhas de mercado e garantia de direitos humanos ou de solidariedade social (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 15-24), enquanto o alguns dos incisos acima pode se enquadrar no primeiro escopo (incisos III e V), outros se aproximam mais do segundo (incisos I, II, IV, VI e VII), ainda que tal divisão não seja especificamente estanque. Nesse passo, para além de um papel, *a priori*, mais passivo e menos interventivo de correção de falhas de mercado, subsistem, concomitantemente, deveres legais ao Estado regulador de universalização de acesso do serviço de telecomunicações (incisos I, II e VII), fortalecimento institucional (inciso IV) e desenvolvimento (inciso VI). Note-se que essa simultaneidade de motivações é especialmente marcante em países do Sul Global, onde políticas regulatórias podem ser ressignificadas enquanto objeto de estratégias mais amplas de desenvolvimento social e econômico – como é justamente o caso da universalização do acesso de serviços essenciais de telecomunicações a populações marcadas por expressivos fatores de desigualdade –, ainda que sob uma multiplicidade de pretextos e fundações ideológicas distintas (PEREIRA NETO, 2005).

De outro lado, a política antitruste, ao menos desde os anos 1970 com o desenvolvimento da Escola de Chicago, uniformizou-se no sentido de restringir seu único objetivo, tanto em aspectos teóricos, quanto em aspectos práticos, à garantia de efeitos líquidos positivos sobre os consumidores – também denominado de *consumer welfare*. Assim, houve uma tendência de conformação em torno de agências antitruste ao redor do mundo, direcionada a evitar potenciais falhas de mercado em razão de um maior grau de concentração ou de lesão à concorrência em termos de preço – mesmo que outros fatores de análise como qualidade, inovação e diversidade de produtos e serviços pudessem, de forma diminuta, considerados.⁶

Cabe ressaltar, no entanto, que desde os anos 1980, uma série de críticas se somam ao modelo de teórico e de *enforcement* proposto pela Escola de Chicago. Inicialmente propostas por autores pós-chicaguianos (Robert Pitofsky, Eleanor Fox, Hebert Hovenkamp, entre outros), seguidos mais recentemente por autores como Lina Khan e Tim Wu – autointitulados neobrandeisianos, em referência ao juiz da Suprema Corte estadunidense e teórico da *Progressive Era* Louis D. Brandeis –, tais críticas buscam expandir os paradigmas estabelecidos da política antitruste – trazendo considerações a respeito do conteúdo

⁶ Esse movimento teórico, fundamentado na teoria de preço coasiana (em sentido amplo, conferir COASE, 1937), ficou conhecido como a Escola de Chicago, dentre os quais os principais expoentes foram Robert Bork e Richard Posner. Conferir: POSNER, 1979; e BORK, 1993, p. 107-115.

efetivamente político desse mecanismos regulatório,⁷ de seus *stakeholders*,⁸ bem como divergindo acerca de seu objetivos⁹.

A exemplo desse quadro, a complexidade e fragmentação de motivações entre políticas regulatórias e objetivos concorrenciais pode levar a conflitos e contrastes de *enforcement* entre as duas esferas. Em primeiro plano, essa situação pode levar a uma série de efeitos prejudiciais mútuos entre políticas distintas, como é o caso de efeitos anticompetitivos decorrentes da regulação.

Exemplificativamente, dentro desse escopo, Isabela Maiolino sustenta a existência potenciais problemas concorrenciais circulares resultantes da regulação da bolsa de valores. As principais barreiras regulatórias consistiriam: na “necessidade de depósito inicial para o Banco Central”; na “obrigatoriedade de uma *clearing* prestar também o serviços de pós-negociação”, sem “previsão de obrigatoriedade para que a B3 preste esse serviço ou qualquer tipo de classificação ou regulação da central depositária como *essential facility*”; e “a necessidade dos agentes entrantes precisarem apresentar documentos referentes ao processo de pós-negociação ao longo do processo de autorização no âmbito do Banco Central” (MAIOLINO, 2019, p. 48).

Outro exemplo desse fenômeno pode ser traduzido no próprio setor de telecomunicações, Trubnikov entende também que a existência de falhas regulatórias privilegiaria grupos de interesse específicos. Nesse escopo, a partir de escolhas políticas de privatização e liberalização, a indústria de telecomunicações concentrou-se em arranjos de mercado oligopolísticos, implicando na captura de diversos instrumentos regulatórios em detrimento da concorrência de entrantes ou de *players* de menor porte (TRUBNIKOV, 2017).

Ainda nesse contexto, a sobreposição de decisões distintas entre agências reguladoras independentes é também capaz de gerar embates institucionais diretos de competências. Em um cenário de indefinição inicial para agentes regulados, a deflagração de tais conflitos diretos torna-se muito mais grave que um mero esforço contraditório e contraproducente entre esferas e mecanismos regulatórios sobrepostos.

⁷ Essa linha de críticas foi inicialmente aberta por Robert Pitofsky, sendo intensificada recentemente por autores neobrandeísianos. Conferir: PITOFSKY, 1979; KHAN, 2019; e TEACHOUT e KHAN, 2014.

⁸ Exemplificativamente, Herbert Hovenkamp, em conjunto com outros autores neobrandeísianos, ainda que partindo de paradigmas teóricos distintos, advoga pela expansão do *enforcement* sobre trabalhadores, dados potenciais efeitos anticompetitivos decorrentes da concentração de poder de compra em contratações ou negociações salariais por empregados. Conferir: HOVENKAMP, 2022; HOVENKAMP, 2021; HOVENKAMP, 2019; MARINESCU e HOVENKAMP, 2019; e KHAN, 2021. Adicionalmente, os neobrandeísianos ampliam as perspectivas de *stakeholders* da política antitruste reconhecendo que consumidores desempenham um papel policêntrico (como, além de trabalhadores, detentores de direitos políticos, de privacidade, de acesso ao meio ambiente, entre outros). Conferir: WU, 2018 e ROS (2022).

⁹ Eleonor Fox já propunha uma complexificação do conceito de bem-estar do consumidor ou mesmo da inutilidade de discussão de objetivos estritos para a política antitruste. Conferir: FOX, 2013; e FOX, 1981. Os autores neobrandeísianos progressivamente sustentam a defesa de um *standard* de proteção do processo competitivo. Conferir, exemplificativamente: WU, 2018.

Em situação similar, até recentemente remanesce discussão sobre a autoridade competente para análise de concentrações envolvendo o setor financeiro, dada a competência concorrente do CADE e do Banco Central do Brasil (BACEN) sobre tais mercados.¹⁰ Isso porque, de um lado, o CADE buscaria no seu *enforcement* preventivo a manutenção de um ambiente competitivo do sistema financeiro a beneficiar consumidores finais – enquanto, de outro lado, o BACEN, diante de sua preocupação com o controle risco sistêmico, tenderia a uma maior leniência a concentrações, dado que poderiam propiciar uma maior higidez das instituições financeiras.

Outro exemplo ocorre no setor portuário brasileiro, em que, ao longo dos anos persistiu a indefinição acerca da cobrança da *Terminal Handling Charge-2* (THC-2), também denominada de Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE), por operadores portuários. Nesse sentido, por um lado, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), por meio de sua Resolução nº 2.389/2012 permitia a cobrança do THC-2, ao tempo que, por outro, o CADE promovia investigações e condenações em face de operadores portuários pela cobrança da referida taxa, enquanto uma forma anticompetitiva de aumento artificial de custo de rivais.¹¹

É considerando essa problemática que esforços teóricos e práticos se desenvolvem a partir assunção da complexidade e sobreposição de competências entre políticas regulatórias distintas, buscando fundamentar mecanismos institucionais tanto para sua compreensão e correção quanto para uma maior exploração da capacidade de regulação do Estado por instrumentos progressivamente complexos.

Pablo Ibáñez Colomo, por exemplo, sustenta que a política antitruste possui uma natureza complexa, de aplicação tanto *ex post* – sua forma de aplicação mais clássica, enquanto repressão a práticas anticompetitivas – quanto *ex ante* – o que a aproxima de mecanismos regulatórios setoriais, no controle de concentrações entre agentes econômicos, bem como no desenho de remédios concorrenciais, diante da complexidade de contextos nos quais essa política é chamada à intervenção (COLOMO, 2010). Nesse contexto, a política antitruste passa a deter uma natureza regulatória ao lidar com mercados caracterizados por monopólios naturais (como, por exemplo, a operação de ferrovias) ou por monopólios de rede (exemplificativamente, mercados digitais de desenvolvimento de aplicativos ou de redes sociais), incrementando sua capacidade de moldar mercados e influenciar sua evolução (COLOMO, 2010, p. 269-270).

Assim, na presença de tais monopólios – regulados por agências setoriais específicas ou não –, a política antitruste ao aplicar remédios estruturais (como desinvestimentos de unidades produtivas), comportamentais (como obrigações de qualidade ou de contratar com determinados agentes sob condições específicas) ou mesmo outras medidas destinadas a criar algum tipo de rivalidade em tais

¹⁰ Sobre a referida discussão conferir ROS (2014).

¹¹ Nesse sentido, foram as decisões do CADE nos Processos Administrativos nº 08012,003824/2002-84, nº 08012.001518/2006-3 e, nº 08700.005418/2017-84.

setores através do agente monopolista, realiza efetivamente um desenho institucional do setor regulado como um todo, não estando mais somente restrita ao agente-alvo da intervenção operada pela autoridade de defesa da concorrência (COLOMO, 2010, p. 270-276).

Ainda, há também registro de autores que sustentam que ferramentas regulatórias setoriais podem servir como “catalisadores de concorrência”, de forma a atingir objetivos da política antitruste (WU, 2017). Dentro dessa chave de leitura, Tim Wu, reconhecendo que normas de natureza concorrencial podem emergir de agências antitruste ou não, sustenta que mecanismos regulatórios setoriais podem catalisar e servir como meio de persecução de objetivos concorrenciais enquanto: (i) separação/quarentena de atuação simultânea em determinados segmentos ou etapas de um mercado; (ii) desregulação competitiva, direcionada à remoção de barreiras à entrada regulatórias de novos *players*; (iii) redutores de *switching costs* para consumidores em relação a prestadores ou fornecedores distintos; (iv) equalizadores regulatórios, nivelando o campo para agentes dependentes de *facilities*; e (v) regras de transparência de preços, buscando evitar distorções no processo competitivo (WU, 2017, p. 49-61).

Note-se que tais esforços teóricos, em resgate a perspectivas descentralizadas, assumem ambos um maior realismo acerca do fenômeno da regulação, através da assunção da multiplicidade de fontes da regulação e de seus atores. Dessa forma, não há aqui uma preocupação em dividir especificamente os campos de competência de políticas regulatórias distintas, mas, antes disso, a partir do reconhecimento de sua inevitável sobreposição e complementariedade, direcionar as preocupações e agendas de pesquisa para aspectos de utilidade, de proporcionalidade e de possibilidades institucionais (WU, 2017, p. 62-63, e COLOMO, 2010, p. 301-306) da intervenção da regulação setorial para fins concorrenciais e da política antitruste enquanto mecanismo de regulação, diante da realidade econômica e social complexa na qual a regulação se encontra enraizada.

Nota-se, nesse contexto, que a despeito de em uma infinidade de situações a política regulatória e concorrencial caminharem em sentido único, não parece ser incomum o surgimento de situações em que essas autoridades acabam emitindo posicionamento contrapostos que tem o condão de afetar negativamente o mercado, especialmente no que se refere a criação de insegurança jurídica significativa sobre a controvérsia.

Não é por outra razão que em muitas situações a autoridade regulatória e a autoridade concorrencial, em esforço louvável, atuaram no sentido de uniformizar seus entendimentos para o atingimento de políticas públicas. Nesse quadro teórico, é importante ressaltar também a existência de algumas iniciativas institucionais de alinhamento regulatório. Retomando o caso do setor financeiro, foi celebrado em 2018 um memorando de entendimentos entre o CADE e o BACEN buscando harmonizar o conflito no controle de concentrações de instituições financeiras, buscando conferir maior previsibilidade ao tratamento, pelas duas autarquias, em tais procedimentos. Nesse sentido, o memorando estabeleceu que ambas as agências continuariam se pronunciando concomitantemente sobre tais operações, devendo ser anuídas pelos dois órgãos

para o seguimento de sua implementação. Contudo, no caso de concentrações que envolvam riscos efetivos à solidez e estabilidade do sistema financeiro nacional, o BACEN, informará o caso ao CADE, para que ambos os entes procedam com a aprovação da operação.¹²

Também resgatando o caso dos operadores portuários, em 2021, o CADE e a ANTAQ igualmente celebraram um memorando de entendimentos acerca da cobrança do THC-2. Através do memorando, a cobrança da taxa pode ser considerada abusiva e anticompetitiva, verificados a abusividade dos valores aplicados, o seu caráter discriminatório e a falta de racionalidade econômica em sua operação, de maneira que as agências se comprometeram a comunicar uma à outra a instauração de investigações ou decisões acerca do SSE.¹³

Muito antes de exaurir o debate entre as inflexões entre regulação setorial e política antitruste, a presente seção buscou trazer, através desse exemplo, um quadro geral desse embate dentro do âmbito mais amplo da regulação. Considerando a natureza policêntrica e complexa do fenômeno da regulação, os limites e espaços de ação de políticas regulatórias específicas não são claros e estanques, mas, ao contrário, dinâmicos, complementares, sobrepostos e, em algumas situações, conflituosos – o que cria novas interfaces de ação e de ressignificação de estratégias de regulação do Estado.

O DESENHO REGULATÓRIO DE CCIS EM SMP DENTRO DA REGULAÇÃO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES PELA ANATEL

A celebração de CCIs em SMP foi abarcada pelo arcabouço jurídico da regulação de telecomunicações no Brasil, tanto a nível legal, quanto a nível infralegal. De fato, já na LGT, há previsão de que “[a]s redes de telecomunicação poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de serviço a ser prestado por outrem” (art. 154), inclusive dispondo que “[p]ara desenvolver a competição”, as prestadoras de interesse coletivo “deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes” a outras prestadoras de mesma natureza (art. 155) – ainda que possa ser ponto de discussão se esse tipo de acordo seria a melhor forma para se catalisar uma maior competição no mercado de telecomunicações, especialmente tendo em vista a uniformização de custos e risco de coordenação de operações entre rivais. Note-se, por fim, a previsão geral de competência à ANATEL de regulação do uso eficiente e adequado do espectro de radiofrequência, dentro do art. 160 da LGT do mesmo texto legal, considerado o interesse público.

¹² Conferir informações disponíveis em: <<http://antigo.cade.gov.br/noticias/banco-central-e-cade-assinam-memorando-de-entendimentos>>. Acesso em: 20 de abr. de 2022.

¹³ Conferir informações disponíveis em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-e-antag-celebram-memorando-de-entendimentos-na-area-de-cobranca-de-taxa-portuaria>>. Acesso em: 20 de abr. de 2022.

Já a nível infralegal, diversas resoluções da ANATEL também dispuseram tanto sobre a possibilidade da celebração de CCIs de SMP quanto sobre aspectos específicos de sua regulação e operação¹⁴. A despeito de uma análise restrita à literalidade de tal arcabouço jurídico, o que se pode destacar a partir de tal conjunto legal e infralegal de previsões regulatórias, em primeiro lugar, é que elas não buscaram efetivamente uma abordagem de *comand and control* desses acordos – com previsões *ex ante* específicas e minuciosas acompanhadas por um monitoramento estreito de seu cumprimento.

Antes disso, a regulação sobre os acordos indica, em verdade, seu direcionamento à criação de um espaço criativo aberto, incentivado pela própria agência para fomento de novas práticas comerciais para exploração de CCIs,

¹⁴ (i) a Resolução ANATEL n° 160/1998 (Regulamento de Serviços de Telecomunicações), prevendo que a contratação de utilização de recursos de rede de uma prestadora por outra caracteriza “situação de exploração industrial” (art. 62), sendo que “[o]s recursos contratados em regime de exploração industrial serão considerados como parte da rede da prestadora contratante, para fins de interconexão” (parágrafo único); (ii) Resolução ANATEL n° 454/2006 (Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 800 MHz, 900 MHz, 1.800 MHz, 1.900 MHz e 2.100 MHz), prevendo que “observado o interesse público e a ordem econômica”, uma “mesma rede pode ser utilizada por duas ou mais prestadoras, para prestação dos serviços para os quais a faixa esteja destinada” – “desde que elas tenham os mesmos direitos ao uso desta rede, de forma isonômica e não discriminatória”, além de “que as radiofrequências utilizadas sejam outorgadas a, pelo menos, uma das prestadoras” (art. 1º, §§1º e 2º); (iii) Resolução ANATEL n° 477/2007 (Regulamento do SMP), prevendo, dentre os direitos da prestadora, a possibilidade contratação com terceiros e não discriminatória do “desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares” ao serviço de telecomunicações (art. 17, incisos III e V) – configurando o compartilhamento de rede de serviço situação de exploração industrial e os recursos integrantes da rede da prestadora contratante (art. 17, §§1º e 2º, em diálogo com a Resolução ANATEL n° 160/1998); (iv) Resolução ANATEL n° 544/2010 (Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz), dispondo, de maneira ampla, a respeito de condições específicas de uso e compartilhamento nessas faixas (Capítulo 5) e sobre a administração de espectro “por duas ou mais prestadoras”, “de forma isonômica e não discriminatória”; (v) Resolução ANATEL n° 671/2016 (Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, alterando a anterior Resolução ANATEL n° 259/2001), prevendo, de maneira genérica, a possibilidade de CCIs, além do dever à agência de enviar esforços para “facilitar o planejamento, fomentar e buscar a rápida solução dos casos de coordenação, compartilhamento de radiofrequências”, “com o objetivo comum de possibilitar a exploração do serviço por todos os interessados, com a qualidade adequada” (art. 763); e (vi) Resolução ANATEL n° 683/2017 (Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura de Suporte à Prestação de Serviço de Telecomunicações), que, apesar de possuir diretrizes gerais do compartilhamento de infraestrutura – especialmente a previsão de seu objetivo de “estimular a otimização de recursos e a redução de custos operacionais, com o objetivo de beneficiar os usuários dos serviços prestados” (art. 3º) – tem seu foco apenas à infraestrutura de suporte e torres, não dispondo sobre aspectos importantes de CCIs SMP, tais como o compartilhamento de espectro de radiofrequência.

desde que condicionadas às disposições gerais da utilização de espectros de radiofrequência.

Cabe notar também que a análise de algumas decisões exaradas pela ANATEL em sede de anuências prévias de CCIs indicam uma convergência com essa conclusão acerca da natureza da regulação de tal tipo de arranjo contratual entre prestadoras. Exemplificativamente, no Processo nº 53500.017260/2015-34 – referente à análise de cessão recíproca onerosa de meios de rede para a prestação de SMP na faixa de 2,5 GHz, por Tim Celular S.A. (TIM), Oi Móvel S.A. (Oi) e Telefônica Brasil S.A. (Vivo) – é esse o sentido dado pela decisão do Conselho Diretor, conforme ementa abaixo:

“ANUÊNCIA PRÉVIA. SUPERINTENDÊNCIA DE COMPETIÇÃO. SUPERINTENDÊNCIA DE OUTORGA E RECURSOS À PRESTAÇÃO. SUPERINTENDÊNCIA DE PLANEJAMENTO E REGULAMENTAÇÃO. COMPARTILHAMENTO DE REDES DE ACESSO PARA PRESTAÇÃO DO SMP COM USO COMPARTILHADO DE RADIOFREQUÊNCIA. MODELO *RAN SHARING - MOCN*. ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO E À ORDEM ECONÔMICA. CONDICIONAMENTO.

1. O uso compartilhado de redes de acesso para a prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) com uso compartilhado de radiofrequência atende ao interesse público e à ordem econômica.

2. Não cabe à Anatel tutelar topologias e determinar tecnologias e funcionalidades a serem implementadas pelas prestadoras, cabendo a estas sua definição e implantação de acordo com suas estratégias, respeitadas as condições editalícias.

3. A Anatel compete monitorar e controlar as obrigações de qualidade dos serviços prestados, previstas nos regulamentos, e exigir das prestadoras providências no fito de cumprir com estas obrigações.

4. Necessário que cada prestadora obtenha autorização de uso secundário do espectro para as subfaixas as quais ela não detenha.

5. Anuência prévia condicionada à implantação do arranjo de 20 MHz proposto pelas partes, ou superior, inclusive nas áreas conurbadas, a partir do momento em que houver recurso tecnológico para efetiva utilização de todas as subfaixas, em respeito às disposições do Edital nº 004/2012/PVCP/SPV-Anatel; e à previsão expressa da possibilidade de participação de novos interessados no Contrato para Cessão Recíproca Onerosa de Meios de Rede”. (Sem grifo no original).¹⁵

Ainda, deve-se destacar que o arcabouço regulatório supracitado, em segundo lugar, não deixou de efetivamente trazer indicativos claros tanto de comportamentos desejáveis – essencialmente, por reflexo dos parâmetros do interesse público contidos nos termos do art. 2º da LGT, no que se refere a sua capacidade de ampliação de acesso ao SMP – e indesejáveis – isto, é tratamento não-isonômico ou discriminatório, a exemplo do que é disposto no texto das

¹⁵ Acórdão nº 555/2015 no Processo nº 53500.017260/2015-34.

Resoluções ANATEL nº 454/2006 e nº 544/2010 – esperados dos agentes regulados na celebração de CCIs em SMP.

Nesse sentido, no que se refere aos comportamentos desejáveis dos entes regulados a partir da natureza essencialmente autorizativa dos dispositivos legais e infralegais acerca de tais arranjos contratuais, a verificação do interesse público em sua celebração – isto é, a verificação de deveres legais, constantes na LGT, de correção de falhas de mercado (incisos III e V), de universalização de acesso do serviço de telecomunicações (incisos I, II e VII), de fortalecimento institucional (inciso IV) e de desenvolvimento (inciso VI) – é trazida como passo principiológico necessário à anuência da ANATEL.

Note-se que as decisões da agência também enfatizaram em diversos casos verificação dos objetivos de universalização e garantia de qualidade de serviços prestados a consumidores com a celebração de tais acordos. Nesse sentido, as análises da ANATEL sucessivamente ressaltaram a capacidade dos CCIs em SMP de: (i) reduzir preços, através da redução de custos de implementação da rede, ampliando a acessibilidade do SMP; (ii) ampliar a cobertura sobre áreas menos atrativas economicamente, ainda a partir da redução de custos; e (iii) incentivar positiva e indiretamente a maior racionalidade na utilização do espaço urbano e de energia pela redução do número de novas estações e incremento em eficiência das estações já existentes.

Foi esse o entendimento do Conselheiro Relator Rodrigo Zerbone Loureiro no Processo nº 53500.031688/2012-47, seguido pelo restante do Conselho Diretor da ANATEL:

“4.2.45. Primeiro, a redução de custos de implantação das redes, decorrente do compartilhamento, pode determinar uma redução dos preços cobrados dos usuários ou a melhoria da qualidade dos serviços prestados. Em um mercado bastante competitivo como o dos serviços móveis, qualquer redução nos custos tende a ser repassada, total ou parcialmente, para assegurar ou ampliar a competitividade das ofertas para usuários finais. Sendo assim, parece que, indiretamente, **a medida pode beneficiar os consumidores destes serviços, que poderiam contar com ofertas mais atrativas e com serviços prestados com mais qualidade.**

4.2.46. Outro ponto importante, com a redução dos custos de implantação das redes para atendimento das metas de cobertura fixadas pela Anatel é possível que sejam antecipadas algumas metas, beneficiando os usuários dessas áreas. **Áreas consideradas menos atrativas poderão contar com a disponibilidade do serviço antes dos prazos fixados na licitação.**

4.2.47. Além destes benefícios é importante destacar que **o compartilhamento de meios tem impacto urbanístico positivo, com a melhoria da ocupação de espaços, decorrente da redução do número de novas estações que afetam a paisagem urbana e geram inúmeros transtornos com a instalação das redes de transporte para conexão das estações em áreas urbanas de alta densidade populacional.**

4.2.48. Da mesma forma, deve ser destacada a contribuição para **a sustentabilidade derivada do uso racional de energia, com a redução do**

número global de estações necessárias para o cumprimento das metas pelas prestadoras que implementarem o compartilhamento.

4.2.49. Sendo assim, **entendo estar caracterizado o interesse público** necessário à aprovação da implantação do modelo de compartilhamento proposto”. (Sem grifo no original).¹⁶

Em sentido similar, são as conclusões expostas no Informe nº 180/2018/SEI/CPRP/SCP, adotado pela Análise nº 135/2018/SEI/LM e confirmado pelo Conselho Diretor da ANATEL no Acórdão nº 409/2018:

“3.55. De fato, o modelo MOCN a ser adotado, com impacto inicial em mais de 5000 sites, proporciona a modernização das redes de telecomunicações. É a solução que apresenta um nível completo de cessão recíproca, explorando o máximo nível de eficiência no compartilhamento em questão. **Devido à otimização do uso dinâmico do espectro e às técnicas de acesso ao meio, a migração de tecnologia MORAN para MOCN acarretará possível melhoria na experiência do usuário, com ganhos de taxa de transferência (user throughput).**

3.56. Ademais, a expansão pretendida na faixa de 1.800 MHz ensejará ganhos na cobertura 4G do Brasil.

3.57. A LGT abaliza como deveres do Poder Público a **garantia, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas (artigo 2º, II) e o estímulo à expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira (artigo 2º, III).**

3.58. Sendo assim, entende-se que a proposta de expansão se encontra em consonância com os preceitos perseguidos pela LGT”. (Sem grifo no original).¹⁷

Além de enfatizarem os parâmetros de comportamentos desejáveis, as decisões igualmente delinearão aqueles que seriam indesejáveis aos agentes regulados. De fato, retomando o arcabouço normativo acima descrito, deve-se ressaltar a vedação em caráter geral pela ANATEL a tratamentos não isonômicos e discriminatórios aos interessados no compartilhamento de infraestruturas, a exemplo das Resoluções ANATEL nº 454/2006 e nº 544/2010. Dessa forma, ainda que a natureza de tais acordos pudesse constituir uma importante ferramenta para o atingimento dos objetivos da regulação de telecomunicações do país, nos termos do art. 2º da LGT, subsistem riscos de exclusão – especialmente considerando a possibilidade de concentração de infraestruturas ativas, dentre as quais os espectros de radiofrequência.

Nesse sentido também foi entendimento da ANATEL em seu *enforcement*, em diversas situações. Na Análise nº 219/2013 do Conselheiro Relator Rodrigo Zerbone Loureiro no Processo nº 53500.031688/2012-47 ao discorrer sobre o tema (§§ 4.2.58 a 4.2.61), ao ressaltar que “[o] dispositivo regulamentar [...]

¹⁶ Análise nº 219/2013 no Processo nº 53500.031688/2012-47.

¹⁷ Informe nº 180/2018/SEI/CPRP/SCP no Processo nº 53500.011812/2018-43.

determinou a obrigação de que fosse dado tratamento isonômico e não discriminatório aos interessados no compartilhamento”.¹⁸ Já no Processo nº 53500.017260/2015-34, entre as condicionantes da anuência da ANATEL, foi ressaltada a necessidade de “condições técnicas para ingresso de novos entrantes” no caso da existência de “outros interessados em adquirir o direito de compartilhamento”, subsistindo a obrigação de “efetuar coordenação com os novos interessados com vistas a fornecer condições isonômicas e não discriminatórias para utilização da subfaixa de radiofrequência e dos meios de rede”.¹⁹ Por fim, as mesmas vedações também foram enfatizadas na Análise 135/2018/SEI/LM e confirmado pelo Conselho Diretor da ANATEL no Acórdão nº 409/2018.

Diante de todo esse quadro e prática da regulação de setorial de telecomunicações operada pela ANATEL, há aqui um primeiro aspecto da regulação responsiva de CCIs em SMP. Como sustentado por John Braithwaite, “[o] paradoxo da regulação responsiva é que, ao existir a capacidade de uma escalada a um *enforcement* rígido, a maior parte da regulação pode consistir na construção de uma capacidade de colaboração” com os agentes regulados, de maneira que a maior parte da ação regulatória pode consistir dentro de um *framework* de “uma pirâmide de incentivos para a conformidade e aprimoramento contínuo” da atividade econômica de tais agentes (BRAITHWAITE, 2010, p. 475).²⁰ Dessa forma, “os reguladores não devem apressar as soluções de aplicação da lei para os problemas antes de considerar uma série de abordagens que apoiem a capacitação” (BRAITHWAITE, 2010, p. 480-481)²².

Assim, há a possibilidade do próprio agente regulado em preventivamente adequar suas condutas, por meio de mecanismos de indução. Isso não significa a inexistência de balizas legais para operação e celebração de CCIs – tais como a necessidade de tratamento isonômico e não discriminatório ou mesmo de anuência prévia da ANATEL –, mas antes um aspecto mais colaborativo e menos autoritário na regulação de tais contratos pela agência.

Perceba-se, portanto, que a partir de um quadro-base essencialmente autorizativo, com indicações de comportamentos desejáveis ou não pelos agentes, foi possível dentro da regulação de telecomunicações estabelecer uma pirâmide de incentivos e sanções. Importante ressaltar que esse caso não constitui evento isolado dentro do *enforcement* da agência, havendo outras iniciativas para instituição de mecanismos de regulação responsiva pela ANATEL (PEREIRA NETO, ADAMI e SCHIMITD, 2022).

¹⁸ Análise nº 219/2013 no Processo nº 53500.031688/2012-47.

¹⁹ Análise nº 238/2015 no Processo nº 53500.017260/2015-34.

²⁰ No original: “[t] he paradox of responsive regulation is that by having a capability to escalate to tough enforcement, most regulation can be about collaborative capacity building. Most of the action can fall within a strengths-based pyramid, a pyramid of supports for business compliance and continuous improvement”.

²¹ No original: “[p]ut another way, regulators should not rush law enforcement solutions to problems before considering a range of approaches that support capacity-building”.

²² Em sentido mais amplo vide AYRES e BRAITHWAITE, 1992)

Duas ressalvas à conclusão preliminar acima são, contudo, necessárias. Em primeiro lugar, isso não significa restringir a regulação responsiva à pirâmide de *enforcement*, como já pontuaram alguns estudos, mas reconhecendo nessa formulação um aspecto central dos nove princípios que guiam a teoria da regulação responsiva, no que se refere à capacidade de alinhamento de incentivos e indução de agentes regulados (MASCINI, 2013).

Adicionalmente, isso também não quer dizer que a expressão de indicativos de comportamentos desejáveis ou não pela ANATEL, não exaure a configuração pirâmide de *enforcement* de maneira completa – ao menos não o faz nos termos propostos por Braithwaite partir disso (BRAITHWAITE, 2010), como, por exemplo, uma série de sanções possíveis sobre às quais poderia haver um escalonamento em caso de maior afastamento dos comportamentos esperados na celebração desses acordos. Note-se que em outras situações em que a agência buscou mecanismos dessa natureza – como no caso da revisão da regulamentação no Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR, dado pela Resolução ANATEL nº 746/2021 –, houve comentários de que, ainda que a iniciativa fosse “louvável” pela agência “buscar a modernização do seu processo de acompanhamento e controle”, a “revisão da regulamentação no RFR poderia ter sido mais bem aproveitada, para que a regulação responsiva fosse adotada de maneira mais assertiva” (PEREIRA NETO, ADAMI e SCHIMITD, 2022, p. 93).

Cabe, por fim, pontuar que a indicação de comportamentos desejáveis pela ANATEL em seus precedentes em SMP na regulação setorial de CCIs em SMP também indica pontos de confluência com os objetivos da política antitruste. Especialmente considerando a possibilidade de redução de preços a consumidores finais, através da redução de custos de implementação da rede, ampliando a acessibilidade do SMP, em decorrência da celebração de tais acordos, há uma importante alegação de eficiências na perspectiva concorrencial, a despeito de uma maior concentração e riscos de colusão entre prestadoras de telecomunicações – o que será melhor aprofundado abaixo.

PANORAMA DA ANÁLISE DO CADE EM CONCENTRAÇÕES ENVOLVENDO CCIS EM SMP: RESPONSABILIDADE E REGULAÇÃO SETORIAL INDIRETA VIA POLÍTICA ANTITRUSTE

Dentre as competências legais do CADE, sob a Lei nº 12.529/2011, está aquela destinada ao controle de estruturas – art. 88, referente à necessidade de submissão de atos de concentração. Conforme o art. 90 do mesmo dispositivo legal e verificados os demais requisitos específicos de faturamento mínimo anual, consistem em atos de concentração entre duas empresas: (i) fusões; (ii) aquisições, diretas ou indiretas, de participações societárias ou de ativos; (iii) incorporações; ou (iv) a celebração de consórcios, *joint ventures* e contratos associativos (disciplinados pela Resolução CADE nº 17/2016).

No que tange à decisão de aprovação ou reprovação de um ato de concentração, a Lei nº 12.529/2011 veda a aprovação de concentrações que “impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante”, ou, ainda, “que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (art. 88, § 5º). O texto legal ressalva a esses casos a previsão do § 6º do art. 88, que possibilita a aprovação das concentrações descritas no § 5º, uma vez que observem limites necessários para obter, cumulada ou alternativamente: (i) aumentos de produtividade; (ii) aumentos de competitividade; (iii) melhorias de qualidade de bens ou serviços; (iv) eficiências; (v) desenvolvimentos tecnológicos; ou (vi) o desenvolvimento econômico. Ainda, a lei prevê que tais efeitos positivos devem ser, necessariamente, repassáveis aos consumidores.

Nesse contexto, primeiramente, a análise de uma potencial restrição da concorrência parte da possibilidade de exercício de poder de mercado, expressa em termos estruturais de concentração significativa de participação de mercado pelas empresas em concentração, em relações horizontais ou verticais.²³ Na sequência, verificados tais níveis de concentração de participação de mercado,²⁴ o CADE procede com a análise de probabilidade de exercício de poder de mercado – isto é, das condições de entrada e de rivalidade dos mercados afetados pela concentração, no tocante à sua capacidade de disciplinar potencial exercício de poder de mercado. A partir disso, identificando-se a probabilidade de exercício de poder de mercado, realiza-se uma avaliação da existência de efeitos positivos descritos no § 6º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011: havendo efeito líquido positivo decorrentes exclusivamente da concentração ao consumidor, o ato de concentração deverá ser aprovado sem restrições pelo CADE.²⁵

Esse *framework* de análise deriva de uma perspectiva williamsoniana de ponderação de *tradeoffs* resultantes de uma concentração,²⁶ evidenciando que a verificação de eficiências decorrentes de um determinado ato de concentração é etapa essencial para a sua aprovação. Assim, em concentrações em que tais efeitos líquidos positivos ao consumidor não sejam identificados, o CADE poderá tanto aplicar remédios buscando afastar preocupações concorrenciais quanto, quando esses não sejam possíveis ou convenientes, reprovar a operação sob análise.²⁷

²³ “Afim de contas, há a possibilidade de uma empresa com elevada participação de mercado (market share) controlar a oferta do produto oferecido e dessa maneira influenciar a formação dos preços em seu mercado de atuação” (SCHAPIRO e BACCHI, 2013, p. 110).

²⁴ “O AC que envolver uma parcela de mercado suficientemente alta não implica necessariamente que a nova empresa exercerá de maneira unilateral seu poder de mercado” (CADE, 2016, p. 27).

²⁵ “Quando os benefícios da operação forem superiores aos prejuízos da eliminação da concorrência, ou seja, quando se concluir que a consumação não diminuirá o bem-estar do consumidor e que parte relevante dos benefícios será transferida aos consumidores, o Cade poderá aprovar o AC sem restrições” (CADE, 2016, p. 56).

²⁶ WILLIAMSON, 1968, p. 34.

²⁷ “Nos casos em que os benefícios do AC não forem superiores aos prejuízos da eliminação da concorrência, o Cade poderá aprovar o AC com restrições, aplicadas de forma unilateral ou por meio de um Acordo com as partes, sempre que ficar comprovado que a imposição das restrições restabelecerá o bem-estar dos consumidores e a eficiência econômica” (CADE, 2016, p. 56).

A partir desse quadro, a análise de CCIs não é estranha ao controle preventivo de estruturas operado pelo CADE, que se debruçou sobre esse tipo de arranjo contratual desde os primeiros anos de promulgação da Lei nº 12.529/2011. Assim, a partir de dados obtidos em pesquisa, identifica-se que foram analisados pela autoridade de defesa da concorrência um total de dez atos de concentração envolvendo de CCIs, desde o início da vigência da Lei nº 12.529/2011.²⁸

Cabe ressaltar, preliminarmente, que a análise desses casos demonstrou a existência de uma linha evolutiva do *enforcement* da agência ao longo do tempo. Nesse sentido, destaca-se um progressivo recrudescimento e uma maior preocupação com passar dos anos pela autoridade de defesa da concorrência em relação a esse tipo de arranjo contratual e seu potencial lesivo ao setor de telecomunicações.

Em um primeiro momento, iniciado pela análise do Ato de Concentração nº 08700.000548/2013-05, o CADE expressou seu posicionamento no sentido do baixo nível de riscos e preocupações concorrenciais decorrentes da celebração de CCIs, além de enfatizar o seu caráter amplamente inovador e potencialmente pró-competitivo – o que veio a ser reiterado por precedentes posteriores sobre acordos de mesma natureza.²⁹

Exemplificativo desse entendimento são alguns trechos de pareceres da Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE) ao longo de sua análise de tais casos:

“8. Embora em estágio inicial no Brasil, os acordos de compartilhamento são realidade na Europa há cerca de 10 anos. A União Internacional das Telecomunicações (*International Telecommunications Union - UIT*) considera os acordos uma forma de reduzir custos, otimizar a infraestrutura, driblar a escassez de recursos para investimentos e ampliar a área de cobertura de rede de telefonia móvel e internet sem fio.

22. Ainda, o acordo de compartilhamento não acarreta sobreposição horizontal nos mercados de telefonia móvel e banda larga, ou integração vertical, sendo matéria nova no setor de telecomunicações brasileiro. Não há razões, portanto, para a delimitação de um mercado relevante”. (Sem grifo no original).³⁰

“6. Recentemente foi analisado pela Superintendência-Geral do CADE o Ato de Concentração n.º 08700.000548/2013-05 que teve como objeto um acordo de compartilhamento entre Tina e Oi (semelhante ao da presente Operação). [...] O referido Parecer Técnico também destaca que a Comissão Europeia descarta

²⁸ Atos de Concentração nº 08700.000548/2013-05, nº 08700.009535/2013-93, nº 08700.003536/2013-24, nº 08700.002975/2014-09, nº 08700.011507/2015-06, nº 08700.010033/2015-77, nº 08700.003598/2016-89, nº 08700.002276/2018-84, nº 08700.006163/2019-39 e nº 08700.006656/2020-11.

²⁹ No mesmo sentido também foi o posicionamento do CADE nos Atos de Concentração nº 08700.009535/2013-93, nº 08700.003536/2013-24, nº 08700.002975/2014-09, nº 08700.011507/2015-06, nº 08700.010033/2015-77 e nº 08700.003598/2016-89.

³⁰ Parecer nº 87/2013 da SG/CADE, no Ato de Concentração nº 08700.000548/2013-05.

a possibilidade de prejuízos à concorrência em acordos deste tipo, enfatizando os benefícios ambientais e aos usuários destes tipos de serviços, dados os ganhos de eficiência das operadoras". (Sem grifo no original).³¹

"[A]lém de o mercado de telecomunicações estar sujeito à regulação por parte da ANATEL, a parceria entre as partes tende a, nos termos em que foi apresentada, aumentar a eficácia e reduzir os custos envolvidos nas atividades desempenhadas pelas empresas, notadamente por afetar exclusivamente municípios de pequeno porte (com até 30 mil habitantes), nos quais a viabilidade econômica da oferta dos serviços de SMP por diversos players torna-se mais restrita. Ademais, a construção, implementação e a cessão recíproca onerosa de meios de rede integrantes 2G e 3G possibilitam ao mesmo tempo a ampliação da rede, e viabilizam a entrada de dois players nesses municípios que serão afetados, nos quais, antes da operação, como dito, existia apenas uma das requerentes ou nenhuma". (Sem grifo no original).³²

"17. Ademais, o contrato de RAN sharing em tela pode ter como efeito, inclusive, aumentar a rivalidade no mercado brasileiro de SMP, por permitir à Nextel, o menor agente dentre as duas Requerentes (na realidade, o menor do mercado nacional dentre as operadoras de telefonia móvel que atuam em todo o país), maiores condições de competir nesse mercado no país. Como afirmado pela Nextel, a operação lhe permitirá acesso a locais onde ela não tem infraestrutura própria. Isso, por si só, já poderá significar ganhos aos clientes da Nextel, que terão um acesso a uma rede muito maior do que a atualmente disponível a eles, o que pode permitir à própria Nextel ganhar mercado de seus concorrentes em todo o país, o que reforçaria as condições atuais de rivalizar do menor player do mercado brasileiro de SMP. E a Vivo, por sua vez, otimizará sua infraestrutura, sendo remunerada por tal, reduzindo também seus custos com a manutenção dessa rede. Essa operação, portanto, tem caráter pró-competitivo, e pode gerar eficiências no setor". (Sem grifo no original).³³

Apesar dessa postura mais leniente do CADE em tais casos, cabe notar que a agência não deixou de dispor a respeito de pontos de atenção concorrenciais que poderiam emergir de tais concentrações. Dessa forma, segundo a agência, as principais preocupações concorrenciais que poderiam ser suscitadas – ainda que não visualizadas em tais casos – seriam:

- "a) Se os acordos são unilaterais, bilaterais ou multilaterais;
- b) O escopo geográfico do acordo (um site, vários sites ou todos os sites em uma certa região ou território, inclusive internacional);
- c) O impacto na competitividade dos mercados antes e após a operação em termos de cobertura, preços e qualidade da rede;

³¹ Parecer nº 133/2013 da SG/CADE, no Ato de Concentração nº 08700.003536/2013-24.

³² Parecer nº 56/2015/CGAA5/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.002975/2014-09.

³³ Parecer nº 153/2016/CGAA5/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.003598/2016-89.

- d) Se após o acordo as operadoras mantêm *[sic]* sua independência para planejar o uso das frequências e adicionar sites;
- e) Se há cláusulas de exclusividade;
- f) Se a troca de informações entre as partes é limitada aos estritamente necessário ao acordo de compartilhamento e não se estende à troca de informações de negócios;
- g) Se as operadoras mantêm *[sic]* sua capacidade de diferenciação em termos de preço, qualidade e variedade de serviços;
- h) Se a independência das operadoras é prejudicada”.³⁴

É, assim que, nesse contexto, o resgate dessa primeira fase da análise operada pelo CADE em sede de seu controle preventivo de CCIs indica sua confluência com a regulação da ANATEL sobre esse tipo de arranjo contratual. De fato, além de uma abordagem essencialmente permissiva de tais contratos, havia também sinalizações claras da racionalidade dessa permissividade: de um lado, a verificação de efeitos positivos aos usuários/consumidores finais de SMP, especialmente ao garantir, através de reduções de custos, menores preços e expansão de redes pelas operadoras; enquanto, de outro, pontuava-se que, ainda que riscos de colusão e discriminação fossem possíveis, eles ainda não teriam concretude, a partir da configuração do setor e dos próprios instrumentos contratuais.

A essa primeira linha de análise, o Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84 representou uma ruptura e drástica modificação do posicionamento do CADE, iniciando um segundo momento, de maior reatividade na análise de CCIs. A partir disso, tais acordos passaram a ser avaliados sob maior cautela concorrencial e as preocupações concorrenciais deles decorrentes de colusão e exclusão de rivais atuais e potenciais – antes vistas mais a título de exercício teórico – passaram a ser entendidas como riscos materiais decorrentes de novos arranjos contratuais.³⁵

O caso em questão, tendo sido notificado em 6 de abril de 2018, consistia no aditivo de CCI celebrado entre Oi e TIM em 2013 – analisado pelo CADE no âmbito do já mencionado Ato de Concentração nº 08700.09535/2013-93. Em menos de 15 dias após sua notificação, em 20 de abril do mesmo ano, a SG/CADE disponibilizou o Parecer nº 103/2018/CGAA5/SGA1/SG no qual decidiu pelo não conhecimento da operação.

³⁴ Parecer nº 87/2013 da SG/CADE, no Ato de Concentração nº 08700.000548/2013-05. Nesse sentido, também convergiram as análises da agência nesse primeiro *set* de precedentes os Atos de Concentração nº 08700.003536/2013-24, nº 08700.002975/2014-09, nº 08700.010033/2015-77 e nº 08700.003598/2016-89.

³⁵ No mesmo sentido também foi o posicionamento do CADE nos Atos de Concentração nº 08700.006163/2019-39 e nº 08700.006656/2020-11.

Nesse sentido, a partir da Resolução CADE nº 17/2016,³⁶ a SG/CADE – remetendo inteiramente aos seus posicionamentos nos já mencionados Atos de Concentração nº 08700.000548/2013-05 e nº 08700.09535/2013-93, no que tange aos aspectos concorrenciais da análise de CCIs –, entendeu que o caso não implicaria em empreendimento comum entre Oi e TIM, não cumprindo os requisitos de um contrato associativo e, conseqüentemente, não devendo ser conhecido enquanto ato de concentração, nos seguintes termos:

“18. Por todo o exposto, considerando que o contrato da presente operação não cria empreendimento comum para exploração conjunta de atividade econômica, consistindo a Operação em uma mera continuação com ampliação de escopo de cessão vertical recíproca de meios de rede voltada para a redução de custos e otimização dos recursos das partes, conclui-se que ela não preenche os requisitos previstos pela Resolução 17 que definem um contrato como associativo, fazendo com que não seja possível enquadrá-la como ato de concentração nos termos do artigo 90, inviabilizando, conseqüentemente, sua sujeição aos critérios de notificação obrigatória do artigo 88 da Lei 12.529/2011”. (Sem grifo no original).³⁷

Em 7 de maio de 2018, contudo, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira emitiu o Despacho Decisório nº 3/2018/GAB5/CADE no qual decidia pela avocação do ato de concentração para nova análise pelo Tribunal Administrativo, com fundamento legal no art. 162, inciso II, do Regimento interno do CADE, a partir da seguinte motivação:

“8. A partir dessas informações e sem desconsiderar que existem particularidades técnicas relevantes em cada um dos contratos de RAN Sharing analisados pelo CADE no passado, o caso em tela parece configurar um *leading case* na matéria – seja por ser o primeiro contrato de RAN Sharing analisado sob a vigência da Resolução nº 17/2016, seja por ser o primeiro caso em que o vetor decisório da SG se deu no sentido de não conhecimento da Operação.
9. Dada a relevância do tema, considero conveniente e oportuna a avocação do presente processo, a fim de que o Tribunal possa se debruçar sobre a questão do alcance dos critérios previstos no art. 2º da Resolução 17/2016 do CADE”. (Sem grifo no original).³⁸

36 A referida resolução disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos, referentes ao art. 90, inciso IV, da Lei nº 12.529/2011 – hipótese de enquadramento dos CCIs enquanto atos de concentração. Nos termos da resolução: “Art. 2º Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato”.

³⁷ Parecer nº 103/2018/CGAA5/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84.

³⁸ Despacho Decisório nº 3/2018/GAB5/CADE no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84.

Foi a partir de decisão do Tribunal Administrativo que se evidenciou uma revisão do posicionamento anterior do CADE a respeito de CCIs em SMP. Preliminarmente, o Conselheiro Relator João Paulo de Resende, seguido da unanimidade do colegiado, fixou o entendimento de que tais arranjos constituem contratos associativos para fins da Lei nº 12.529/2011, nos termos da Resolução CADE nº 17/2016.

A partir disso, procedeu-se com uma análise detalhada dos riscos concorrenciais da operação proposta, reconhecendo-os em, ao menos, quatro esferas principais: a maior facilidade para efetivação de condutas anticompetitivas coordenadas; a redução de incentivos de rivalidade; a elevação de barreiras à entrada a novos concorrentes; e de que “o *RAN Sharing*, nos níveis atualmente praticados ou mesmo almejados pelas Requerentes, v[iesse] a gerar um grau de integração de difícil, se não impossível, reversão”. Diante desse cenário, em que a concentração decorrente do arranjo contratual apresentaria riscos concorrenciais elevados e palpáveis, o Conselheiro Relator ressaltou em completa ruptura com os precedentes anteriores que “[seria] forçoso reconhecer que a operação, ou seja, o contrato de compartilhamento de rede, traz inequívocos ganhos de eficiência”.³⁹

Apenas com a análise das alegações de eficiências específicas decorrentes da operação – isto é, reconhecendo, após avaliação, “fortes razões teóricas para crer nos ganhos de eficiências trazidos pela operação e verossímeis indícios empíricos a indicar que esses ganhos vêm sendo repassados ao consumidor” – que, “mesmo frente aos riscos concorrenciais identificados”, o Tribunal Administrativo do CADE procedeu com a aprovação sem restrições do Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84.⁴⁰ No entanto, a conclusão da decisão do Conselheiro Relator evidenciou uma mudança fundamental da percepção de CCIs em SMP pelo CADE, além de conter recomendações da agência à própria ANATEL no que tange à regulação desse tipo de arranjo contratual:

“103. Existe, a meu ver, um *trade off* entre, de um lado, os ganhos de eficiência com o compartilhamento da rede e, de outro, a crescente homogeneização de custos, fechamento de mercado e capacidade de coordenação dos agentes, o que levaria à redução da pressão competitiva e, conseqüentemente, a transferências de excedente total do consumidor e para o produto e a perdas de bem-estar. A principal pergunta que precisa ser respondida quanto a esse arranjo de organização industrial é: até que ponto é possível ampliar o escopo e a escala do compartilhamento de rede sem prejudicar um ambiente saudável de concorrência no setor? [...]”

106. Portanto, entendo que, embora seja prudente aplicar certos limites ao processo de integração das operadoras de serviços de telecomunicação de modo a garantir um ambiente concorrencialmente saudável, entendo também que a Anatel está em melhores condições de realizar essa função, e **opto por aprovar**

³⁹ Voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84.

⁴⁰ Voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84.

a presente operação sem impor qualquer restrição. Clamo à agência, no entanto, a refletir mais detidamente e, se for o caso, revisar seus regulamentos quanto:

- a) **Aos limites de compartilhamento de rede entre concorrentes, em especial quanto ao percentual máximo da rede de cada operadora que deveria ser compartilhado;**
- b) **À possibilidade de entrada de novos agentes no mercado e à forma como se daria sua potencial adesão à rede compartilhada das principais incumbentes;** e
- c) **À forma de remuneração entre as partes nos contratos de *RAN Sharing*, garantindo que tal remuneração será estruturada de forma a não reduzir os incentivos para a competição entre as operadoras**". (Sem grifo no original e no original).⁴¹

Em segundo lugar, o Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39, notificado em 23 de dezembro de 2019 sob o rito ordinário, consistia em Contratos de Cessão Recíproca Onerosa de Rede, entre Vivo e TIM. Em sequência, Claro S.A. (Claro) apresentou, em 22 de janeiro de 2020, pedido de intervenção enquanto terceira interessada no caso – o qual foi deferido pela SG/CADE em 28 de janeiro de 2020, através da Nota Técnica nº 1/2020/CGAA5/SGA1/SG/CADE.

É possível inferir que a SG/CADE no Parecer nº 8/2020/CGAA4/SGA1/SG redirecionou sua avaliação concorrencial, a partir “[d]a análise do acordo de *RAN Sharing* entre TIM e Oi pelo Tribunal do Cade”, dividindo suas preocupações em: “(i) efeitos unilaterais; (ii) coordenação entre concorrentes e (iii) trocas de informações sensíveis”. Nesse sentido, procedendo com uma análise mais minuciosa que no precedente anterior, a SG/CADE concluiu que seria “da própria natureza da celebração de [CCIs] a existência de riscos quanto ao seu descumprimento, no todo ou em parte”, de maneira que “um eventual descumprimento pode resultar em desequilíbrios indesejados, que podem favorecer falhas de mercado capazes de provocar prejuízos ao bem estar [sic] do consumidor”.⁴² Ainda, é importante ressaltar que, mesmo que decidindo pela aprovação sem restrições da concentração, a SG/CADE também realizou uma análise das eficiências alegadas pelas requerentes – o que também ressalta uma avaliação concorrencial comparativamente mais cuidadosa.

Sobre tal decisão, Claro apresentou recurso em 8 de maio de 2020, alegando que a SG/CADE teria desconsiderado aspectos relevantes do mercado e da operação em sua análise, tais como a eliminação de diferenciais competitivos, a redução de incentivos para investimentos em capacidade e qualidade de rede, a assimetria de custos entre Vivo e Tim e suas concorrentes, a perda de uma situação de “dilema do prisioneiro”, os riscos relativos à troca de informações sensíveis e os riscos de fechamento de mercado. Tal recurso conhecido e admitido pela

⁴¹ Voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84.

⁴² Parecer nº 8/2020/CGAA4/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39.

maioria do Tribunal Administrativo do CADE em 20 de maio de 2020, a despeito de despacho da Conselheira Relatora Lenisa Rodrigues Prado.

Em 3 de junho de 2020, o Tribunal Administrativo do CADE procedeu com a análise do recurso. A despeito da aprovação sem restrições da concentração, foi traçada ressalva importante da Conselheira Relatora de que “o mercado de SMP brasileiro apresenta grau de concentração significativo e que o mercado de telecomunicações como um todo deverá passar por diversas alterações decorrentes dos constantes avanços tecnológicos e da implementação da tecnologia 5G”. Dessa forma, “[o] CADE est[eve] e estar[ia] atento aos movimentos desse mercado”, de maneira a “atuar[r] preventivamente por meio da análise de Atos de Concentração e, caso necessário, de forma repressiva na apuração de eventuais condutas anticompetitivas”.⁴³

Por fim, o Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11, notificado em 29 de dezembro de 2020, consistia em contrato de *RAN sharing* com cessão unilateral entre Vivo e Claro. Apesar de notificado sob o rito sumário, a SG/CADE “decid[iu] pelo não enquadramento do caso como procedimento sumário e determino a realização de instrução complementar”, considerando tanto “a complexidade inerente a operações relativas a contratos de compartilhamento de rede entre empresas concorrentes no mercado de Serviço Móvel Pessoal (SMP)” quanto “a presença das Requerentes neste mercado” – a partir Despacho nº 61/2021 de 15 de janeiro de 2021.⁴⁴ Em sequência, Algar Telecom apresentou pedido de intervenção enquanto terceira interessada no caso – pedido esse deferido pela SG/CADE em 29 de janeiro de 2021, através da Nota Técnica nº 2/2021/CGAA4/SGA1/SG/CADE.

Diferentemente do ocorrido no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84 e a despeito de pedido de Vivo e Claro, a SG/CADE em seu Parecer nº 7/2021/CGAA4/SGA1/SG, inicialmente, conheceu da operação, inclusive fazendo remissão ao caso em que seu entendimento pelo não conhecimento de CCIs enquanto contratos associativos foi revertido pela decisão do Tribunal Administrativo nos termos do voto do Conselheiro João Paulo de Resende – em um movimento de readequação entre instâncias de análise do CADE e de uniformização de seus precedentes. Após realizar um realizar uma retomada da natureza, precedentes e arcabouço regulatório desses acordos, a SG/CADE, “[p]ara a análise dos riscos concorrenciais, utiliz[ou]-se metodologia semelhante à adotada no referenciado Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39”, “inspirada em estudo de órgãos especializados e reguladores do serviço de telecomunicações [...] e sistematizada no voto do Conselheiro João Paulo de Resende”⁴⁵ – o que novamente expressa a adoção do caso como base para sua análise.

⁴³ Voto da Conselheira Relatora Lenisa Rodrigues Prado no Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39.

⁴⁴ Despacho nº 61/2021 no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11.

⁴⁵ Parecer nº 7/2021/CGAA4/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11.

Dessa forma, procedeu-se com uma análise extensiva de seus riscos concorrenciais (§§ 101 a 176 do documento), em termos de: (i) efeitos unilaterais; (ii) de riscos de coordenação entre concorrentes; e (iii) de riscos de trocas de informações sensíveis. Assim, ainda que tenha aprovado o ato de concentração em questão sem restrições, a SG/CADE traçou novamente ressalvas e considerações a respeito da análise de CCIs que claramente demonstram mais uma vez a evolução de posicionamento da agência em relação seu entendimento anterior:

“180. Ressalta-se, por oportuno, que contratos de RAN sharing demandam uma análise cuidadosa, do tipo caso a caso. O fato de até o presente essas operações terem sido aprovadas sem restrições, não significa, frente inclusive o aumento no número destes tipos de acordos, que quaisquer contratos, no futuro, serão automaticamente aprovados por este Cade.

181. Por fim, fatores como: o grau de concentração do mercado; o possível aumento de operações que envolvam players concorrentes, incluindo os casos de RAN sharing; e a implantação de novas tecnologias, como a de 5G, podem, já a curto prazo, interferir na dinâmica concorrencial vigente. Tal cenário requer desta Autoridade Antitruste uma atuação vigilante no sentido de preservar e promover a concorrência no mercado de SMP”. (Sem grifo no original).⁴⁶

Sobre tal decisão, houve ainda recurso apresentado por Algar Telecom no dia 1 de junho de 2021, afirmando que “a SG/CADE teria erroneamente considerado a regulação setorial como suficiente para lidar com preocupações concorrenciais relacionadas à concentração de espectro”, além de que não “teria observado a ‘probabilidade do exercício de poder coordenado em mercado no qual já são elevados os incentivos à coordenação’”.⁴⁷ O recurso não foi conhecido pela unanimidade Tribunal Administrativo do CADE, nos termos do Despacho Decisório nº 6/2021/GAB4/CAD da Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira.

Contudo, importante ressaltar que tanto a decisão reconheceu “a relevância e pertinência das preocupações suscitadas pela Algar”, devendo “a autoridade da concorrência lançar um olhar mais próximo e atento sobre como tais compartilhamentos têm se desenvolvido”, considerando “a possibilidade de que o compartilhamento em excesso possa representar um desincentivo à inovação e ao investimento em redes próprias”.⁴⁸ Dessa forma, o Tribunal Administrativo também determinou “a realização de um estudo setorial para acompanhamento dos contratos de *RAN Sharing*, a fim de identificar como esses instrumentos têm impactado a dinâmica concorrencial do setor de telecomunicações” – viabilizando

⁴⁶ Parecer nº 7/2021/CGAA4/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11.

⁴⁷ Despacho Decisório nº 6/2021/GAB4/CADE no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11.

⁴⁸ Despacho Decisório nº 6/2021/GAB4/CADE no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11.

a “compreensão mais ampla e concreta sobre o desenvolvimento desses contratos associativos, de modo a também apreender melhor o impacto de operações isoladas sobre o panorama geral do setor”.^{49 50}

Essa mudança de paradigma na análise também pode ser evidenciada por fatores objetivos, ainda que os atos de concentração desse segundo momento tenham todos sido aprovados sem restrições pela agência – o que também indica que, ainda que houvesse uma escalada no posicionamento da agência, ela não veio abruptamente, isto é, através de uma reprovação ou da imposição de remédios. Primeiramente, o tempo de tramitação dos procedimentos na CADE – decorrente de um maior cuidado de análise – é bastante díspar entre os dois momentos. Enquanto na primeira fase, a média de tempo de análise – isto é, da notificação do ato de concentração ao trânsito em julgado do procedimento – foi de cerca de 91 dias, na segunda fase ela atingiu o patamar de 198 dias.

Ainda, importante ressaltar que todos os atos de concentração do segundo grupo de precedentes foram analisados sob o rito ordinário. Diferentemente do rito sumário de notificação, a análise de atos de concentração sob o rito ordinário requer um grau de informações a ser prestado pelas partes bastante superior – tais como o histórico dos mercados relevantes afetados, as condições de entrada e rivalidade de tais mercados, bem como as eficiências específicas da operação que devem se sobrepor aos seus riscos concorrenciais.⁵¹

Por fim, como já mencionado acima, as decisões do segundo grupo tiveram desenvolvimentos institucionais relevantes no âmbito da regulação de CCIs em SMP. De fato, se no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84, houve o encaminhamento da decisão do Tribunal Administrativo do CADE à Superintendência de Competição da ANATEL acerca de aspectos competitivos da regulação de CCIs em SMP, no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11 foi determinada a elaboração estudo setorial para acompanhamento de tais contratos e identificação de seus impactos concorrenciais no setor – ambas medidas que evidenciam um maior grau de preocupações com os efeitos de tais arranjos contratuais, diferentemente do que ocorria na primeira fase de análise do CADE.

Diante desse quadro geral, cabe, assim, investigar as motivações dessa mudança de posicionamento do CADE em relação a esse tipo de arranjo contratual entre prestadoras de serviços de telecomunicação. Nesse contexto, é relevante compreender as importantes mudanças que o mercado brasileiro de SMP sofreu ao longo dos últimos cinco anos.

De fato, se em 2018 o setor ainda contava com cinco operadoras de telecomunicações representativas e que efetivamente rivalizavam entre si – Vivo, TIM, Claro, Oi e Nextel Telecomunicações Ltda. (Nextel) – o setor, após

⁴⁹ Despacho Decisório nº 6/2021/GAB4/CADE no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11.

⁵⁰ Até o momento de finalização desta pesquisa, não foram identificados desenvolvimentos do referido estudo junto ao CADE.

⁵¹ Conferir, para mais especificidades entre os distintos ritos de notificação de atos de concentração ao CADE, a Resolução CADE nº 33/2022.

sucessivas concentrações, encontra-se presentemente dividido entre apenas três empresas – Vivo, TIM e Claro. Nesse sentido, é importante notar que, se ao momento da análise pelo CADE do primeiro grupo de precedentes, os riscos concorrenciais – tanto unilaterais quanto colusivos, implicando em uma piora aos usuários/consumidores finais, especialmente em termos de preço e qualidade de serviços – capazes de sobrepor os efeitos positivos de CCIs em SMP eram desprovidos de concretude, com a significativa concentração do setor, eles não poderiam mais ser considerados desprezíveis ou improváveis.

Cabe notar que ambas as concentrações também foram analisadas pelo CADE. Inicialmente, o Ato de Concentração nº 08700.002013/2019-56 – referente à aquisição de Nextel por Claro – foi um marco na concentração do mercado brasileiro de SMP, sendo alvo de intensa oposição por terceiros interessados. Nesse contexto, a própria TIM, ao recorrer da decisão de aprovação sem restrições da SG/CADE, ressaltou que CCIs em SMP “não s[er]iam] suficientes para amenizar essa preocupação e que, ao contrário, na maioria dos casos, contribu[iriam] para agravá-las [sic]”.⁵² Mesmo aprovando a operação sem restrições, a própria SG/CADE reconheceu e traçou considerações relevantes sobre o arrefecimento da rivalidade e sobre os riscos crescentes de coordenação entre prestadoras no mercado de SMP em razão de sucessivas concentrações:

“300. Assim, o CADE está atento não somente à evidente concentração atual do mercado, como já visto, mas também quanto aos desdobramentos que a implantação de uma tecnologia crucial pode trazer e seus impactos ao ambiente concorrencial. A recomendação da aprovação da presente operação tem como uma das premissas a existência de rivalidade entre as quatro maiores operadoras. Como indicado acima, começa a ocorrer um processo de homogeneização dos produtos que, se por um lado, facilita a troca pelos consumidores, por outro, facilita também a coordenação entre os agentes. Uma maior redução no número desses players – de 4 para 3, indiferentemente do arranjo – resultaria em uma clara preocupação quanto ao aumento da possibilidade de atuação coordenada entre eles, demandando um extremo cuidado da autoridade também nesse aspecto”. (Grifos no original).⁵³

Já no Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08 – referente à aquisição dos ativos de SMP de Oi por Claro, Vivo e TIM –, sucessivamente foi afirmado enfatizado o maior grau de risco de coordenação em razão da progressiva concentração do setor em um menor número de *players*, sendo igualmente alvo de intensa oposição por terceiros interessados. Se a aprovação do Ato de Concentração nº 08700.002013/2019-56 implicou em uma *concentration ration* (CR) entre os quatro maiores *players* superior a 95% do total do mercado, no caso então analisado tal participação de mercado passaria a ser detida por apenas três prestadoras. Mais do que isso, as próprias faixas de espectro de

⁵² Recurso de TIM no Ato de Concentração nº 08700.002013/2019-56.

⁵³ Parecer nº 15/2019/CGAA4/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.002013/2019-56.

radiofrequência também foram distribuídas entre tais agentes de maneira equitativa, entre os diversos Estados do país.

Dentro desse contexto, a SG/CADE, ao recomendar a aprovação sem restrições da operação, enfatizou em seu Parecer nº 11/2021/CGAA04/SGA1/SG/CADE os riscos de coordenação na celebração de CCI's em SMP. Nesse sentido, reconheceu-se que CCI's poderiam “em tese, reduzir esses custos iniciais para um entrante”, mas “as Requerentes, que controlam a quase totalidade dos meios ativos de rede e as faixas do espectro de radiofrequência, somente têm compartilhado suas redes entre si”, sendo “reduzidos incentivos para que as Requerentes compartilhem suas redes de forma unilateral com entrantes ou com MVNOs (Mobile Virtual Network Operator) de menor porte que busquem ampliar sua atuação”.⁵⁴

Além disso, o Conselheiro Relator Luis Henrique Bertolino Braidó e a Conselheira Paula Farani de Azevedo – que, em conjunto com o Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani, decidiram pela rejeição da operação e pela instauração de investigação para apuração de conduta colusiva entre concorrentes no leilão de tais ativos – também foram enfáticos a respeito desses riscos em CCI's. Enquanto o Conselheiro Relator entendeu que “a existência de práticas cooperativas entre as empresas” seria “[o] outro elemento importante para identificar possíveis comportamentos paralelos tácitos”,⁵⁵ A Conselheira Paula Farani de Azevedo ressaltou que, Claro, Vivo e TIM “controlam a quase totalidade dos meios ativos de rede e das faixas de espectro de radiofrequência, apenas têm realizado o compartilhamento de redes entre si evidência” – o que evidenciaria “a inexistência de incentivos para o compartilhamento com terceiros e, assim, a possibilidade efetiva de entrada e desenvolvimento de rivais”.⁵⁶

Note-se que o próprio Presidente Alexandre Cordeiro Macedo, que utilizou de seu voto de qualidade para aprovar a operação com restrições, pontuou que tais acordos consistiram em uma barreira à entrada à novos concorrentes, dado que celebrados quase unicamente entre Claro, Vivo, TIM e Oi – em exclusão de *players*, como *Mobile Network Operators* (MNOs) de menor porte, e inviabilização de operação de *Mobile Virtual Network Operators* (MVNOs). Nesse sentido, ainda que “acordos de compartilhamento de redes [enham] o potencial de reduzir consideravelmente as barreiras à entrada”, haveria, “contudo, uma concentração dos acordos de *RAN Sharing* pelas Requerentes, que geram um efeito ‘clube’” – em detrimento de uma maior competitividade no setor, de maneira que “o mercado tende a se tornar ainda mais concentrado após a Operação”.⁵⁷

⁵⁴ Parecer nº 11/2021/CGAA04/SGA1/SG/CADE no Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08.

⁵⁵ Voto do Conselheiro Relator Luis Henrique Bertolino Braidó no Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08.

⁵⁶ Voto da Conselheira Paula Farani de Azevedo no Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08.

⁵⁷ Voto do Presidente Alexandre Cordeiro Macedo no Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08.

De fato, essas preocupações também integraram a racionalidade de decisão do CADE no segundo grupo de precedentes analisados. Dentro desse escopo, foi o entendimento do Conselheiro Relator João Paulo de Resende ao afirmar que a operação referente ao Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84 “potencialmente relega[ria] o mercado brasileiro de telefonia (um dos maiores do mundo) a apenas três agentes”.⁵⁸ Em sentido similar também foram as considerações da Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11, ao ressaltar a existência de um grande número de CCIs em SMP, concentrados entre as, agora, quatro empresas dominantes do mercado em nível nacional:

“Diante do número crescente de contratos de RAN Sharing firmados entre as quatro principais operadoras de telefonia e das características do mercado a nível nacional, entendo pela importância de a autoridade da concorrência lançar um olhar mais próximo e atento sobre como tais compartilhamentos têm se desenvolvido, especialmente em razão da possibilidade de que o compartilhamento em excesso possa representar um desincentivo à inovação e ao investimento em redes próprias que, como bem pontuado pela SG/CADE, é o próprio negócio das partes”. (Sem grifo no original).⁵⁹

Portanto, o que se depreende da análise dos precedentes do CADE traçada acima é que, em diálogo com a proposta de Colomo, em um setor extremamente concentrado (CR3>95%), a agência desenvolve a regulação de fato do mercado de SMP pela intervenção específica sobre seus principais agentes. Mais do que isso, dentro de uma análise da pirâmide de *enforcement*, a política antitruste brasileira também releva outra dimensão de regulação responsiva de CCIs em SMP.

De fato, em um primeiro momento, dado o menor grau de materialidade de riscos, tanto a ANATEL quanto o CADE identificavam que esses acordos tinham um grande potencial de redução de custos a consumidores finais – objetivo que atende tanto ao art. 2º da LGT quanto ao §5º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011 –, levando a uma natureza essencialmente autorizativa da intervenção – seja pelas resoluções infralegais e decisões da política, seja pela aprovação rápida de atos de concentração pelo CADE –, e não prescritiva sobre a sua operação pelas prestadoras. No entanto, em um segundo momento, os riscos concorrenciais – e consequentemente, tanto afetando os efeitos desejáveis vislumbrados pela ANATEL na celebração de tais acordos quanto incorrendo em maiores riscos de tratamento não-isonômico e discriminatório – ganharam um incremento significativo de materialidade, de maneira que o CADE reposicionou suas sinalizações evidenciando esse tensionamento no comportamento das prestadoras.

⁵⁸ Voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84.

⁵⁹ Despacho Decisório nº 6/2021/GAB4/CADE no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11.

Dessa forma, a escalada de rigor do CADE em suas análises de CCIs em SMP, ao se mostrar como uma manifestação progressiva de sinalização e persuasão às prestadoras de serviços de telecomunicação para “fazerem o certo”, evidencia um segundo aspecto de regulação responsiva de tais arranjos. De fato, note-se que essa mudança de posicionamento se deu dentro dos quadrantes já conhecidos pelos agentes regulados dos comportamentos desejáveis e indesejáveis, dentro do *framework* regulatório instituído pela ANATEL. Igualmente importante ressaltar que essa mudança de posicionamento não se manifestou de maneira abrupta – por meio de uma reprovação ou imposição de remédios antitruste – nem de maneira absolutamente inesperada pelos agentes – dado que desde o primeiro caso analisado pelo CADE havia indicado potenciais riscos concorrenciais a serem analisados, mas de forma escalonada por meio de sinalizações por meio da agência.

É necessário ressaltar também que a existência dessa progressão dentro da pirâmide de *enforcement* sobre tais acordos se deu justamente assumindo a sobreposição de instâncias existentes entre dois agentes regulatórios distintos e independentes. Isso dialoga com o conceito de “*really responsive regulation*” apresentado por Robert Baldwin e Julia Black (BALDWIN e BLACK, 2008). Nesse contexto, “[a]dotar um ponto de vista realmente responsivo também enfatiza a importância de lidar com as configurações atitudinais e o ambiente institucional”, “consider[ando] as maneiras pelas quais as lógicas dos diferentes mecanismos regulatórios não apenas interagem, mas tendem a fazê-lo de maneiras distintas”, através do “uso de gamas de ferramentas para diferentes fins e de acordo com diferentes lógicas regulatórias” (BALDWIN e BLACK, 2008, p. 92).⁶⁰

Note-se que há indicação também nos próprios precedentes analisados desse papel do CADE enquanto agente independente e complementar na regulação de CCIs em SMP, como pode se depreender das considerações da Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11:

“41. É relevante, portanto, acompanhar (i) a evolução da estrutura dos mercados afetados, (ii) a existência de eventual coordenação de estratégias comerciais entre as partes do compartilhamento e (iii) potencial incremento no exercício de poder coordenado; (iv) o padrão de compartilhamento com terceiros interessados na infraestrutura e (v) eventual existência de condutas

⁶⁰ No original: “[a]dopting a really responsive viewpoint also stresses the importance of dealing with attitudinal settings and institutional environment, not least the organisational infrastructure of the regulatory regime. [...] The really responsive regulation perspective also shows how important it is to take on board the ways in which the logics of different regulatory mechanisms not only interact but tend to do so in distinct ways according to the particular regulatory enforcement task being undertaken. Really responsive regulation requires regulation to be amenable to the use of ranges of tools for different purposes and according to different regulatory logics (eg to punish or for restorative or rehabilitative reasons)”.

anticompetitivas unilaterais, relacionadas à recusa de compartilhar ou à discriminação de rivais; bem como a análise sobre (vi) as eficiências alcançadas, (vii) o nível de rivalidade e (viii) o nível de bem-estar do consumidor nas localidades onde ocorrem os contratos.

42. Na análise dessas e de outras circunstâncias, a identificação de eventuais insuficiências da regulação setorial que gerem reflexos concorrenciais permitirá que o CADE, quando possível, venha a endereçar tais conflitos no âmbito de seus próprios processos administrativos, mas também por meio de seu papel de advocacia da concorrência junto às agências reguladoras". (Sem grifo no original).⁶¹

Em sentido similar também foi o entendimento da SG/CADE no Parecer nº 8/2020/CGAA4/SGA1/SG, ao longo da análise do Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39, no que tange à fiscalização *ex ante* e *ex post* operada pelo CADE sobre o setor de telecomunicações:

"195. A análise aqui efetuada entende que, apesar dos riscos levantados, eles foram dimensionados em seus possíveis efeitos, com a conclusão de que há mecanismos eficientes para mitigar ou coibir tais ocorrências. Dentre estes, é relevante o papel da Anatel quanto à fiscalização de seu cumprimento, bem como o deste Cade, seja neste momento (*ex ante*), como também em sede de conduta (*ex post*), caso necessário, ainda que o histórico de acordos *RAN sharing* não indique aumento dos incentivos à colusão ou práticas anticoncorrenciais unilaterais". (Sem grifo no original).⁶²

Note-se, aqui, que, novamente, retomando o aparato regulatório como descentralizado, constituído por múltiplos centros de decisão dentro, a progressão de respostas por agências distintas à comportamentos que se encontram ou não em confluência com os objetivos da regulação incrementa a percepção de regulação responsável – algumas críticas, como bem sintetizado por Jonathan Kolieb ao propor o modelo de diamante regulatório e se contrapor a outros modelos piramidais tradicionais, já eram traçadas dentro desse escopo (KOLIEB, 2015, p. 144-148). Em verdade, alguns dos trabalhos posteriores do próprio Braithwaite buscaram complexificar a análise da regulação a partir desse conjunto de críticas, ressaltando o papel de centros de decisão independentes, dentro de uma pirâmide de incentivos e sanções.

Nesse sentido, redes complexas de regulação responsável, formadas por agentes estatais ou não, são instrumentos que devem ser explorados em economias em países subdesenvolvidos, considerando uma menor capacidade regulatória do Estado, em comparação com aquela de países desenvolvidos (BRAITHWAITE, 2005). O caso dos CCIs em SMP, assim, também poderia ser posicionado dentro

⁶¹ Despacho Decisório nº 6/2021/GAB4/CADE no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11.

⁶² Parecer nº 8/2020/CGAA4/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39.

dessa perspectiva, uma vez que haveria um *déficit* dessa capacidade,⁶³ especialmente diante de arranjos contratuais com potencial inovativo e direcionados à uma maior garantia de universalização ao acesso do SMP.

Em conclusão, a interface entre regulação de telecomunicações conduzida pela ANATEL e a política antitruste operada pelo CADE na supervisão da celebração de CCIs em SMP, não apenas evidencia aspectos de sua natureza enquanto regulação responsiva, como descrito acima, mas também evidencia a já mencionada necessidade de análise mais realista do fenômeno da regulação.

CONCLUSÕES E IMPLICAÇÕES DE PESQUISA

O presente estudo buscou identificar aspectos da regulação de CCIs em SMP que a aproximam de uma abordagem responsiva de mecanismos regulatórios. Inicialmente, buscou-se compreender a complexidade do arcabouço regulatório, evidenciando a descentralização de seus atores, acepções e de centros distintos de decisão – ambiente no qual podem-se encontrar embates e sobreposições entre esferas regulatórias distintas, tais como políticas regulatórias setoriais e a política antitruste.

Na sequência, a presente pesquisa procedeu com um resgate da regulação operada pela ANATEL sobre CCIs em SMP. A partir disso – tomando como base a natureza amplamente autorizativa dos instrumentos normativos de regulação desses acordos, somados a indicações de comportamentos desejáveis e indesejáveis dos agentes regulados, seja por meio dos mesmos dispositivos, seja por meio do *enforcement* da agência em anuências prévias –, foi possível identificar uma primeira dimensão de regulação responsiva sobre tais arranjos contratuais. De fato, a regulação setorial de telecomunicações, nesse tocante, se afastou de uma abordagem de *command and control*, com previsões minuciosas sobre o comportamento das prestadoras, e buscou estabelecer tanto o campo institucional aberto – no qual os agentes regulados pudessem desenvolver criativamente suas práticas comerciais – quanto uma pirâmide de incentivos e sanções – através da indicação, aliada à essa maior permissividade, de objetivos claros a serem atingidos com esses contratos, constantes no art. 2º da LGT, e de vedações amplas de tratamentos não-isonômicos ou discriminatórios por parte das prestadoras.

Por fim, o presente estudo também realizou um resgate dos atos de concentração analisados pelo CADE referentes a CCIs em SMP. Nesse sentido, a partir da verificação de uma evolução do posicionamento da agência sobre os riscos concorrenciais desse tipo de acordo em direção a um maior recrudescimento e rigor de análise concorrencial, concluiu-se que o CADE procedeu com uma regulação indireta de tais arranjos contratuais, com a progressão dos riscos materiais verificados decorrentes de uma crescente

⁶³ Conferir também sobre *déficit* regulatório: ARANHA, 2016.

concentração no setor. Mais do que isso, essa regulação indica um segundo plano de regulação responsiva de CCIs em SMP, na medida em que a tutela da política antitruste se portou enquanto uma forma de sinalização de escalada em uma pirâmide de incentivos e sanções sobre os comportamentos das prestadoras na celebração desses acordos.

Diante desse quadro de conclusões, implicações de pesquisas podem ser indicadas para estudos futuros. Em primeiro plano, o presente estudo integra a assunção da regulação enquanto fenômeno complexo – isto é, não podendo seus atores, mecanismos específicos e centros de decisão serem tomados de maneira estanque, com limites claros, intransponíveis e bem divididos. Ao contrário, assumindo-se a descentralização e complexidade do fenômeno da regulação – a exemplo do caso dos CCIs em SMP, como explorado acima –, perspectivas e instrumentos de regulação responsiva – especialmente com práticas comerciais que tangenciam à inovação – podem ser ferramentas úteis extremamente.

Nesse contexto, para além da existência de um esquema de progressão de incentivos e sanções do arcabouço regulatório, conforme proposto pelos formuladores da teoria da regulação responsiva, é importante notar que ela pode ser operada por centros de decisão distintos, como, no caso discutido, a ANATEL e o CADE. A assunção de perspectivas progressivamente realistas acerca do fenômeno regulatório traz também insumos à própria compreensão de mecanismos de regulação responsiva, ao compreender que respostas ao comportamento de agentes regulados podem ser operados concomitantemente ou complementarmente, diante da sobreposição de esferas regulatórias distintas.

Note-se, contudo, que isso também é capaz de trazer reflexões importantes no que tange à possibilidade de uma regulação contraproducente, em decorrência do mesmo fenômeno de sobreposição de competências. De fato, retornando-se ao exemplo traçado da regulação de CCIs em SMP, um menor grau de confluência de percepções entre a ANATEL e o CADE sobre tais arranjos contratuais poderia implicar em decisões completamente díspares – ainda que a regulação setorial de telecomunicações pela LGT e, em nível infralegal, pela ANATEL tenha buscado traçar um quadro de normas essencialmente autorizativo, somado às indicações claras de comportamentos desejáveis e indesejáveis pelas prestadoras, em detrimento de esquemas regulatórios de *command and control*.

Em segundo plano, considerando uma era de rediscussão dos objetivos da política antitruste, bem como de drásticas modulações em sua formulação institucional, é necessário reconhecer suas funções enquanto mecanismo de regulação de setores específicos, além de investigar suas possibilidades institucionais dentro desse escopo.

Assim, em uma era de modificação substantiva da política antitruste, esse leque de considerações deve integrar o debate acerca dessas mudanças. Não em outro sentido, tanto na Europa (através do *Digital Markets Act*)⁶⁴ quanto nos EUA

⁶⁴ Conferir: <https://ec.europa.eu/competition-policy/sectors/ict/dma_pt>. Acesso em: 28 de abr. de 2022.

(dentro do escopo dos debates da *Anti-Monopoly Agenda*),⁶⁵ a política antitruste vai progressivamente traçando novas características, mais próxima daquelas típicas da regulação setorial específica, especialmente no que diz respeito ao tratamento de plataformas digitais. Adicionalmente, há também iniciativas de menor repercussão, mas de igual relevância de discussão, tais como a edição pela *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) de *industry codes*, criando formas de regulação concorrencial de setores ou práticas específicas.⁶⁶

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANHA, M. (2016). Telecommunications Regulatory Design in Brazil: Networking around State Capacity Deficits. *Economia Publica*, 25(2), 83-105.
- Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (Eds.). (2010). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- Baldwin, R. & Black, J. (2010). Really Responsive Regulation. *The Modern Law Review*, 71(1), 59-94.
- BEREC. (2018). BEREC Report on infrastructure sharing. Rīga: BEREC.
- Black, J. (2002). *Critical Reflection on Regulation*. London: London School of Economics.
- Black, J. (2005). Proceduralisation and polycentric regulation [Special issue]. *Revista Direito GV*, 99-130.
- Bork, R. (1993). *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: Free Press.
- Braithwaite, J. (2005). Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, 44(3), 884-898.
- Braithwaite, J. (2010). The essence of responsive regulation. *UBC Law Review*, 34(5), 475-520.
- Braithwaite, J. (2011). The Regulatory State? In Goodin, R. (Ed.) *The Oxford Handbook of Political Science*. Oxford: Oxford University Press.
- CADE. (2016). *Guia para a análise de atos de concentração horizontal*. Brasília: CADE.
- Coase, R. (1937). The Nature of the Firm. *Economica*, 4(16), 386-405.
- Colomo, P. (2010). On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory. *Yearbook of European Law*, 29(1), 261-306.
- Fox, E. (2013). Against Goals. *New York University School of Law*, 81(5), 2157-2161.
- Fox, E. (1981). Modernization of Antitrust: A New Equilibrium. *Cornell Law Review*, 66(6), 1140-1192.

⁶⁵ Conferir: <<https://cicilline.house.gov/press-release/house-lawmakers-release-anti-monopoly-agenda-stronger-online-economy-opportunity>>. Acesso em: 28 de abr. de 2022.

⁶⁶ Conferir: <<https://www.accc.gov.au/business/industry-codes>>. Acesso em: 28 de abr. de 2022.

- Hovenkamp, H. (2019). Competition Policy for Labour Markets. *University of Pennsylvania Institute for Law & Econ Research Paper*, 19-29.
- Hovenkamp, H. (1988). Labor Conspiracies in American Law, 1880-1930. *Texas Law Review*, 66(5), 919-965.
- Hovenkamp, H. (2022). *Worker Welfare and Antitrust*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4015834>.
- Khan, L. (2018). The Ideological Roots of America's Market Power Problem. *The Yale Law Journal Forum*, 127, 960-979.
- Khan, L. (2021). *Making Competition Work: Promoting Competition in Labor Markets*. Washington, D.C.: Federal Trade Commission.
- Kolieb, J. (2015). When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond. *Monash University Law Review*, 41(1), 136-162.
- Maiolino, I. (2019). A regulação pode ser anticompetitiva? Uma análise do mercado de capitais a partir do caso Cetip/BVMF. *Journal of Law and Regulation*, 5(2), 27-52.
- Marinescu, I. & Hovenkamp, H. (2019). Anticompetitive Mergers in Labor Markets. *Indiana Law Journal*, 94, 1031-1063.
- Mascini, P. (2013). Why was the enforcement pyramid so influential? And what price was paid? *Regulation & Governance*, 7, 48-60.
- Pereira Neto, C. (2005). Development Theory and Foundations of Universal Access Policies. *I/S: A Journal of Law and Policy*, 2(2) 365-408.
- Pereira Neto, C., Adami, M. & Schimitd, M. (2022). Regulação responsiva: novas fronteiras da regulação econômica no processo de acompanhamento e controle do setor de telecomunicações? In Timm, L. & França, M. (Eds.) *A nova regulação econômica*. São Paulo: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social.
- Piofsky, R. (1979). The political content of antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, 127, 1051-1075.
- Posner, R. (1979). The Chicago School of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 127, p. 925-948.
- Ros, L. (2022). Crise quanto aos objetivos do direito da concorrência: é hora de levar o barco devagar. In Athayde, A., Segalovich, D. & Andrade, G. (Eds.). *Comercio Internacional e Concorrência: desafios e perspectivas atuais*.
- Ros, L. (2014). Conflito de competência entre CADE e BACEN na análise de atos de concentração: perspectiva histórica e crítica ao PLP. 265/2007. Brasília: Universidade de Brasília, Brasília.
- Schapiro, M. & Bacchi, F. (2013). Análise dos Atos de Concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE. In Schapiro, M., Carvalho, V. & Cordovil, L. (Eds.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva.
- Teachout, Z. & Khan, L. (2014). Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 9(1), 37-74.

- Trubnikov, D. (2017). Regulation of Telecommunications: The Choice Between Market and Regulatory Failures. *Law, State and Telecommunications Review*, 9(1), 25-46.
- Williamson, O. (1968). Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *The American Economic Review*, 58(1), 18-36.
- Wu, T. (2018). *The curse of bigness: antitrust in the New Gilded Age*. Nova York: Columbia Global Reports.
- Wu, T. (2018). The “Protection of the Competitive Process” Standard. *Columbia Public Law Research Paper*, 14-612.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>