

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

Ricardo Leal de Moraes

**Regulação e concorrência nas telecomunicações da União Europeia:
evoluções e perspectivas em busca de um mercado interno no setor**

Porto Alegre
2012

Ricardo Leal de Moraes

**Regulação e concorrência nas telecomunicações da União Europeia:
evoluções e perspectivas em busca de um mercado interno no setor**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre em Direito,
no Programa de Pós-Graduação em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre
2012

RESUMO

O trabalho é focado no setor de telecomunicações na União Europeia, sendo analisado como este vem sendo disciplinado no bloco e quais são as perspectivas para sua disciplina no futuro, inclusive considerando os objetivos específicos da União Europeia, dentre os quais se destaca a constituição de mercados internos do setor. O setor de telecomunicações possui relevante característica dúplex: além de uma atividade econômica específica, também é um meio indispensável ao desenvolvimento de inúmeras outras atividades. Desde a década de 1980, sua disciplina vem em constante transformação. A maioria dos países superou o entendimento de que o setor constitui um monopólio natural e introduziu, ou está introduzindo, a concorrência em seus mercados. O mesmo está ocorrendo na União Europeia, na qual este processo já está em avançado estágio. Assim, no trabalho é apresentado o modelo comunitário de introdução da concorrência nas telecomunicações, baseado na edição de diretivas, com sucessivas etapas de graduais reformas na disciplina do setor. A análise da aplicação do modelo revela uma aproximação do direito da concorrência e da regulação setorial específica, com diminuição e, inclusive, abolição desta, quando constatada concorrência efetiva. Sob o ponto de vista prático, os resultados da aplicação deste modelo são positivos, com melhoria das telecomunicações comunitárias em diferentes indicadores. Contudo, também são observadas imperfeições e aspectos a serem aprimorados. Neste trabalho é demonstrado que, mesmo nos atuais mercados de telecomunicações competitivos na União Europeia, há espaço para a aplicação concomitante do direito da concorrência e da regulação específica do setor. É exposto que a perspectiva para o futuro da disciplina das telecomunicações na União Europeia consiste no fortalecimento da aplicação do direito da concorrência em mercados com concorrência efetiva, mas com manutenção e, inclusive, fortalecimento da regulação específica, no que tange aos aspectos mais técnicos e peculiares do setor, com vistas ao funcionamento de uma verdadeira rede virtual europeia. Para tanto, aponta-se que deverão ser aprimorados aspectos relacionados à constituição de mercados transfronteiriços, especialmente com tecnologias sem fio, à constituição de infraestruturas alternativas, aos incentivos às redes de próxima geração, ao foco em mercados grossistas, à defesa dos consumidores e ao melhor funcionamento das autoridades setoriais.

Palavras-Chave: Telecomunicações, Direito da Concorrência, Regulação Setorial, União Europeia.

ABSTRACT

This study is focused on the European Union telecommunications sector, with an analysis of how it has been governed in that region and the prospects for its treatment in the future, taking into account the specific objectives of the European Union, mainly in relation to the establishment of the internal market. The telecommunications sector has a double relevant characteristic: besides being a specific economic activity, it is also an indispensable means to the development of countless other activities. Since the 1980s, its regulation has come in constant transformation. Most countries have overcome the understanding that the sector constitutes one natural monopoly and have introduced, or are introducing, competition in their markets. The same is occurring in the European Union, where this process is already in an advanced stage. Therefore, this study presents the community model of introducing competition in telecommunications, based on the issuance of directives, with successive stages of gradual reforms in the sector. The analysis of its enforcement shows an approximation of competition law and sector specific regulation, with a reduction and even abolition of the latter, when effective competition is found. From the practical point of view, the results of enforcing this model are positive, with improvement of community telecommunications in different indicators. However, some flaws and improvement aspects are also observed. This study demonstrates that even in today's competitive telecommunications markets in the European Union, there is room for the enforcement of both competition law and sector specific regulation. It shows that the outlook for the future of the telecommunications in the European Union is to enforce the competition law in markets with effective competition, maintaining and even strengthening, however, specific regulation regarding the more technical and peculiar aspects of the sector, aiming at true European virtual networks. To this end, aspects such as the establishment of internal markets, especially with wireless technologies, the provision of alternative infrastructure, incentives for next-generation networks, wholesale markets, consumer protection and better functioning of authorities should be improved.

Keywords: Telecommunications, Competition Law, Sector Regulation, European Union.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
I - LIBERALIZAÇÃO DA CONCORRÊNCIA E EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO SETORIAL	23
A) Liberalização.....	24
A.1 - Realidade inicial	25
A.2 - Modelo da União Europeia.....	32
B) Evolução	46
B.1 - Etapas superadas	47
B.2 - Disciplina em vigor	67
II - RESULTADOS E PERSPECTIVAS PARA A DISCIPLINA DO SETOR.....	81
A) Resultados	84
A.1 - Realidade atual	85
A.2 - Aprimoramento.....	96
B) Perspectivas.....	106
B.1 - Análise crítica	106
B.2 - Disciplina para o futuro.....	123
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	138
REFERÊNCIAS.....	145

INTRODUÇÃO

A presente dissertação versará sobre as telecomunicações¹ na União Europeia. Mais especificamente, será analisado como o setor vem sendo disciplinado nesse processo de integração, desde o rompimento dos monopólios² iniciais, passando pela implantação da concorrência³ e pela evolução da regulação⁴ setorial, até se chegar ao momento atual.

¹ É sabido que, recentemente, tem-se utilizado com maior frequência como denominação do setor expressões como “comunicações eletrônicas” ou “tecnologias da informação e das comunicações”. No entanto, tendo em vista que a presente dissertação investigará, também, a evolução do setor, a fim de não se adentrar em discussões semânticas e de conceituação e de se evitar divergências terminológicas ao longo de toda a dissertação, a referência ao setor de telecomunicações deve ser compreendida de uma maneira bem ampla, englobando tais mais recentes expressões. Assim, para fins desta dissertação, deve-se entender as referências às telecomunicações seja na conceituação mais antiga de “toda transmissão, emissão ou recepção de sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou outros sistemas eletromagnéticos” (Convênio Internacional de Telecomunicações de Nairobi. *Anexo II*, 1982. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 26 nov. 2009), seja nas conceituações mais recentes: “‘Rede de comunicações eletrônicas’, os sistemas de transmissão e, se for o caso, os equipamentos de comutação ou encaminhamento e os demais recursos que permitem o envio de sinais por cabo, feixes hertzianos, meios ópticos ou por outros meios electromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas (com comutação de circuitos ou de pacotes, incluindo a internet) e móveis, e os sistemas de cabos de electricidade, na medida em que são utilizados para a transmissão de sinais, as redes utilizadas para a radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida”; e “‘Serviços de comunicações eletrônicas’, os serviços oferecidos em geral mediante remuneração, que consistem total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrônicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão, excluindo os serviços que prestem ou exerçam controlo editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações eletrônicas; excluem-se os serviços da sociedade da informação, tal como definidos no artigo 1º da Directiva 98/34/CE, que não consistam total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrônicas”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2002/77/CEE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrônicas*. Directiva 2002/77/CEE. 16 set. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009. art. 1 (1) e (2).

² Sobre o conceito e as características de monopólio, veja-se: “Nessa estrutura de mercado, apenas um agente econômico comercializa determinado produto e/ou serviço e satisfaz a demanda do mercado, podendo estabelecer, confortavelmente, qual o preço que será praticado e qual a quantidade de produto e/ou serviço que será ofertada ao mercado, na medida em que é este ditado pelo monopolista. Vale notar que, na estrutura monopolista, não há a necessidade do monopolista deter 100% (cem por cento) da divisão de mercado de determinado produto e/ou serviço, sendo suficiente para sua caracterização a existência de um, e apenas um, agente econômico com participação expressiva no mercado, a tal ponto que os demais concorrentes (atomizados) não possuem qualquer influência sobre o preço do produto ou serviço ofertado, não oferecendo concorrência ou ameaça ao monopolista, no que diz respeito a sua participação no mercado”. MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 121.

³ Sobre as características e as várias concepções do direito da concorrência, veja-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 22. Sobre os fundamentos do direito da concorrência, veja-se: FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Sobre o direito da concorrência, especificamente na União Europeia, veja-se: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2006.

⁴ Para o conceito de regulação, tal qual compreendido no presente trabalho, veja-se: “Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia. [...] Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade

Igualmente, serão analisadas as perspectivas de sua disciplina para o futuro, inclusive considerando os objetivos específicos da União Europeia, dentre os quais se destaca o da constituição de um mercado interno⁵ do setor.

Ao final, a partir de uma análise, tanto do passado, quanto do presente da disciplina do setor, espera-se ser possível concluir acerca das perspectivas para o futuro da disciplina das telecomunicações na União Europeia, verificando se o setor poderia passar a ser disciplinado exclusivamente através do direito da concorrência⁶, ou se ainda, em determinados aspectos, é recomendada a manutenção de regulação setorial específica⁷, ou seja, de regulação, inclusive assimétrica, especificamente editada e aplicável exclusivamente para o setor de telecomunicações.

econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização - impondo preços, quantidade produzida, etc. - como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa. É, assim, incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas as formas de regulação". SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

⁵ A constituição de um mercado interno do setor é considerada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia como o aspecto mais importante a ser resolvido e buscado no setor: "Nesse contexto, a Comissão apresentou as suas primeiras constatações na Comunicação de 29 de Junho de 2006, relativa à revisão do quadro regulamentar comunitário das redes e serviços de comunicações electrónicas. Com base nessas primeiras constatações, foi efectuada uma consulta pública, que apontou como aspecto mais importante a resolver a continuação da inexistência de um mercado interno das comunicações electrónicas. Considerou-se, em particular, que a diversidade regulatória e as incoerências entre as actividades das autoridades reguladoras nacionais punham em causa não só a competitividade do sector mas também os benefícios substanciais que poderão advir para os consumidores da concorrência transfronteiras". UNIÃO EUROPEIA. *Directiva que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/19/CE relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos e a Directiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas*. Directiva 2009/140/CE. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2011. cons. 2.

⁶ Sobre as diferenças entre o direito da concorrência e a regulação, veja-se: "Em termos bem simples, a diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando formação de estruturas e sancionando condutas. Trata-se do que a doutrina administrativa costuma chamar de atos de controle e de fiscalização, através dos quais o Estado não cria a utilidade pública, limitando-se a fiscalizá-la ou controlá-la. Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restringe ao controle, mas à verdadeira criação da utilidade pública através da regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência". SALOMÃO FILHO, *Regulação da atividade...*, p. 37. Em sentido semelhante: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 159-189.

⁷ Por suas características e peculiaridades, historicamente, determinados setores da economia são disciplinados, não só do direito da concorrência, mas, igualmente, por algum nível de regulação específica para o setor (daí a referência à regulação setorial específica). Normalmente é o caso, por exemplo, de setores como telecomunicações, energia e utilização de recursos hídricos. O grande desafio, nestes setores, é sempre tentar saber se há a efetiva necessidade e qual a extensão desta regulação que rege o respectivo ramo de forma diferente, em relação aos demais setores da economia. Sobre a regulação setorial específica em determinados setores da economia, veja-se: NUSDEO, *Agências reguladoras e...*, p. 161.

A escolha especificamente do setor de telecomunicações como objeto da presente dissertação decorre da importância que, cada vez mais, o tema adquire no mundo atual⁸. Com efeito, o setor de telecomunicações possui importante e peculiar característica dúplice, que recomenda seu estudo particular e vem lhe assegurando crescimento cada vez mais destacado em âmbito global. Além de constituir atividade econômica específica de significativo relevo⁹, o setor também se apresenta como um meio pelo qual inúmeras outras atividades (econômicas e sociais) desenvolvem-se¹⁰.

Esta segunda característica ganhou ainda mais destaque na atual sociedade pós-moderna¹¹ e da informação¹², na qual setores importantes como educação¹³, saúde¹⁴ e comércio¹⁵, e mesmo as relações pessoais, demandam produtos e tecnologias inovadores.

⁸ Para um histórico geral do setor, veja-se: ESCOBAR, Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11.

⁹ A União Internacional de Telecomunicações informou que o valor total arrecadado pelas principais empresas do setor no mundo passou de cerca de 500 bilhões de dólares em 1990, para aproximadamente 1,5 trilhão de dólares em 2003. Veja-se, para maiores esclarecimentos, o website da UIT: <<http://www.itu.int>>.

¹⁰ Sobre a importância do setor como meio para o desenvolvimento de outras atividades: “At the turn of the millennium telecommunications play a key role for economic prosperity and development for all nations. The importance of telecommunications derives from its supportive role for almost any economic activity. Increasing division of labour on a national and global scale requires an increasing coordination in production and supply of goods and service”. BREITENBUCH, Albrecht von. *Law and economics for landlines telecommunications: liberalization, regulation and deregulation in Germany*. Frankfurt: Lang, 2001. p. 11.

¹¹ Sobre a pós-modernidade, veja-se, por todos: JAYME, Erik. *Le Droit International Privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*. *Recueil de Cours*. v. 282. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. p. 9-40.

¹² Sobre sociedade da informação, veja-se “Entende-se que na Sociedade da Informação as tecnologias de comunicação, de computação e de informação, em especial da Internet, servem de base para uma nova indústria de software, de serviços de informação, de mídia e processamento de conhecimentos habilitadores, essenciais a todas as outras indústrias e serviços”. WACHOWICZ, Marcos. *Desenvolvimento Econômico e Tecnologia da Informação*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 88.

¹³ A importância do setor para a educação já foi devidamente reconhecida pela União Europeia: “Neste domínio, entra em cena o programa *eLearning*, que coordena as atividades nacionais de modernização dos nossos sistemas de ensino e formação vocacional. O objectivo é que os estudantes, no fim dos seus estudos, tenham adquirido cultura informática e que os trabalhadores tenham direito a uma aprendizagem ao longo da vida, de modo a poderem acompanhar a revolução da Internet nos seus locais de trabalho. Este movimento de modernização oferece às crianças e aos estudantes oportunidades de ensino em linha que muitas bibliotecas de escolas e universidades não poderiam oferecer de outro modo e nunca em quantidade necessária”. UNIÃO EUROPEIA. *i2010 – A European Information Society for growth and employment*. COM(2005) 229. 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009. cap. 2.

¹⁴ Sobre a relevância do setor para a área de saúde, já se posicionou a União Europeia: “As tecnologias digitais estão a tornar se essenciais para a gestão da saúde a todos os níveis - do médico de família ao Ministério da Saúde. Com elas é possível reduzir custos, prestar cuidados de saúde à distância e tornar os registos clínicos acessíveis para as pessoas que necessitam de os consultar. Tal evitará uma duplicação desnecessária de esforços. Por exemplo, será desnecessário fazer duas vezes o mesmo exame médico só porque dois médicos diferentes necessitam da mesma informação”. *Idem*. cap. 3.

¹⁵ Sobre as implicações das telecomunicações para as relações comerciais, já foi destacado pela União Europeia: “Para terem êxito no actual mercado mundial, as empresas apoiam-se nas tecnologias da informação e das comunicações para contactar com os seus clientes e fornecedores, efectuar a contabilidade, dirigir instalações fabris ou apresentar declarações de impostos. Assim, as tecnologias da informação e das comunicações (TIC) tornaram-se ‘tecnologias difusoras’. Por outras palavras, servem de suporte à competitividade e facilitam o

Tudo para satisfazer a crescente necessidade de informações e comunicações seguras, extremamente rápidas (senão instantâneas) e de altíssima qualidade, transformando as telecomunicações em setor básico e fundamental para qualquer país¹⁶. Este papel fulcral das telecomunicações para diversos setores da sociedade, além de há muito já ser pugnado e defendido, inclusive em âmbito internacional¹⁷, recentemente tem sido reconhecido como essencial para o desenvolvimento econômico e social dos países¹⁸ e para a elevação da qualidade de vida de seus habitantes¹⁹.

Tamanha é a importância do setor e tão graves as consequências que podem advir do seu mau funcionamento ou da impossibilidade de seu acesso por parte dos indivíduos, que, em maio de 2011, a Organização das Nações Unidas, através de seu Conselho de Direitos Humanos, publicou relatório reconhecendo que o acesso à internet possibilita o pleno exercício do direito à liberdade de opinião e expressão, bem como de inúmeros outros direitos

funcionamento de todos os sectores da economia. Deste modo, a utilização crescente das TIC fomenta o crescimento e a competitividade”. UNIÃO EUROPEIA, *i2010 – A European Information...*, cap. 5.

¹⁶ Sobre papel fundamental das telecomunicações para qualquer país: “Note-se que as telecomunicações representam infra-estrutura indispensável às operações comerciais, sejam elas nacionais ou internacionais, na medida em que facilitam os investimentos, aperfeiçoam os serviços ao consumidor e reduzem custos, aumentando a produtividade em todos os setores da economia. Por tais razões, as telecomunicações tornaram-se um setor estratégico para qualquer país – ou grupo de países – que pretenda dotar-se de vantagens comparativas neste próximo milênio”. GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. *Concorrência e Regulação no Setor de Telecomunicações*. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 576. Ainda, no mesmo sentido: “Telecommunications and more generally information and communication Technologies (ICTs) constitute the backbone of our societies. Nothing is more important for the well-being, present and future, of modern societies than getting an efficient web of telecommunications chains and networks. Such a web is essential for social cohesion, productivity gains, innovation and commercialization, and for reaching the highest level of humanist economic growth”. BOYER, Marcel. *The measure and regulation of competition in telecommunications markets*. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and evolution of the global telecommunications industry*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 109.

¹⁷ Como exemplo deste reconhecimento internacional do papel fundamental do setor, veja-se: “We will use this [Global Information Infrastructure] to help our respective economies and to promote health, education, environmental protection, and democracy”. GORE, Al. Discurso proferido na conferência realizada na União Internacional de Telecomunicações. Setembro de 1994. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 26 nov. 2006.

¹⁸ Sobre o papel do setor no desenvolvimento econômico e social de cada país: “Telecommunications is essential for economic and social development. Research in the 1960s and 1970s showed that telecommunications services, sometimes regarded as superfluous consumer goods for the rich, were actually used mainly in connection with economic production and distribution activities, delivery of social services, and government administration. They also contribute to the quality of life and to social, political, and security objectives. Where available, telecommunications benefits a broad cross-section of the urban and rural population by income, education, and occupation”. WELLENIUS, Björn; TOWNSEND, David. *Telecommunications and economic development*. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 559.

¹⁹ Sobre o reconhecimento da importância do setor para a elevação da qualidade de vida dos habitantes na União Europeia, veja-se: UNIÃO EUROPEIA, *i2010 – A European Information...*, cap. 1.

humanos²⁰. Assim, concluiu que a vedação de acesso à internet, se não estiver devidamente fundamentada nas restritivas hipóteses do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²¹, poderá implicar violação a direito básico e fundamental da humanidade.

Tal perspectiva está em perfeita consonância com o reconhecimento preponderante em relação à importância do setor, especialmente no que toca à infraestrutura necessária para assegurar a todos o regular acesso à internet. Com efeito, apenas a título de exemplificação, em recente pesquisa²² conduzida em vinte e sete países, de todos os continentes, entre novembro de 2009 e fevereiro de 2010, aproximadamente oitenta por cento dos entrevistados declararam entender que o acesso à internet deveria ser um direito fundamental assegurado a todas as pessoas²³. Não por outro motivo, nos últimos anos tem se observado grande preocupação de inúmeros países²⁴ em assegurar tal acesso, especialmente, mais recentemente, através de redes de banda larga²⁵. Nesse sentido, aliás, ainda em 2009, a Finlândia editou lei

²⁰ Assim constou nas conclusões do referido relatório de responsabilidade do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas: “Unlike any other medium, the Internet enables individuals to seek, receive and impart information and ideas of all kinds instantaneously and inexpensively across national borders. By vastly expanding the capacity of individuals to enjoy their right to freedom of opinion and expression, which is an ‘enabler’ of other human rights, the Internet boosts economic, social and political development, and contributes to the progress of humankind as a whole. In this regard, the Special Rapporteur encourages other Special Procedures mandate holders to engage on the issue of the Internet with respect to their particular mandates. The Special Rapporteur emphasizes that there should be as little restriction as possible to the flow of information via the Internet, except in few, exceptional, and limited circumstances prescribed by international human rights law”. LA RUE, Frank. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/17/27. 16 maio 2011. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2011. cap. 1.

²¹ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução número 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, tendo entrado em vigor em 23 de março de 1976, depois de ter sido atingido o número mínimo de adesões de trinta e cinco Estados. Para o inteiro teor do documento, veja-se: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Covenant on Civil and Political Rights*. Resolution 2200A (XXI). 16 dez. 1966. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

²² A pesquisa internacional aqui referida foi implementada por GlobeScan Incorporated. Maiores informações sobre tal empresa estão disponíveis no respectivo *website*: <<http://globescan.com/>>. Acesso em: 26 nov. 2011.

²³ Para o inteiro teor da pesquisa em questão, veja-se: <http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/08_03_10_BBC_internet_poll.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2011.

²⁴ Sobre os principais motivos para países assegurarem o acesso à internet por banda larga, veja-se: “Broadband has been referred to as the infrastructure of the knowledge economy. Countries around the world have appointed broadband networks as crucial infrastructure for achieving their social, economic and scientific goals”. LEITE, Fabio. *The rise of wireless broadband*. 2004. Disponível em: <<http://www.intercomms.net/FEB04/content/itu.php>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

²⁵ Para fins da presente dissertação, adota-se conceito amplo também no que se refere à banda larga. Neste sentido: “Broadband provides users with always-on, high-speed connections to access the internet and transfer data. The term ‘broadband’ has outgrown original narrow definitions based on specific data transmission speeds and is now widely used ‘simply as shorthand for high speed Internet access’. The extensive and growing variety of broadband products available in EU member states – for example, in terms of transmission speeds – demonstrates the need to maintain a flexible definition of broadband in any market analysis. This should be based on the notions of ‘high-speed’ and ‘always on’, which differentiate broadband services from narrowband dial-up access to the internet, rather than specific minimum thresholds for transmission speed. Any definition should reflect the fact that it is possible to offer fundamentally identical products from the perspective of the end

reconhecendo e declarando ser o acesso à banda larga um direito de todos os seus cidadãos²⁶. O próprio Governo Brasileiro, no ano de 2010, implementou programa nacional com o objetivo de estimular o acesso à internet com banda larga²⁷. Tais iniciativas e este reconhecimento da importância de se possibilitar o acesso de todos aos serviços de telecomunicações alinham-se com os entendimentos mais contemporâneos acerca do próprio conceito de desenvolvimento²⁸.

Acompanhando este relevo que as telecomunicações vêm constantemente adquirindo, com os seus consequentes reflexos em toda a sociedade, também ganha importância o seu adequado estudo acadêmico. Especialmente, no que tange às impactantes reformas implementadas no setor a partir de 1986²⁹, especialmente nos Estados Unidos da América, as quais, em grande medida, continuam em andamento.

users over different delivery platforms”. MALDOOM, Dan; MARSDEN, Richard; SIDAK, Gregory; SINGER, Hal. *Broadband in Europe: how Brussels can wire the information society*. Nova York: Springer, 2005. p. 3.

²⁶ Consoante divulgado pela mídia internacional, a Finlândia seria o primeiro país que, de forma expressa e através de lei específica, teria reconhecido o direito de acesso à internet com banda larga para todos os seus cidadãos. Nesse sentido: <<http://www.bbc.co.uk/news/10461048>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

²⁷ O denominado Programa Nacional de Banda Larga, introduzido pelo Decreto n.º 7.175, de 12 de maio de 2010, constituiu no projeto de estímulo de acesso à internet com banda larga no Brasil. Trata-se de Programa com objetivos declarados de: “fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação, de modo a: I - massificar o acesso a serviços de conexão à internet em banda larga; II - acelerar o desenvolvimento econômico e social; III - promover a inclusão digital; IV - reduzir as desigualdades social e regional; V - promover a geração de emprego e renda; VI - ampliar os serviços de Governo Eletrônico e facilitar aos cidadãos o uso dos serviços do Estado; VII - promover a capacitação da população para o uso das tecnologias de informação; e VIII - aumentar a autonomia tecnológica e a competitividade brasileiras”. BRASIL. Decreto n.º 7.175, de 12 de maio de 2010. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2011. art. 1º.

²⁸ Como exemplo de conceito mais contemporâneo de desenvolvimento, cita-se a concepção de desenvolvimento como liberdade, preconizada, entre outros, por Sen: “O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdade substanciais, argumenta-se aqui, é constitutiva do desenvolvimento”. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10. Especificamente sobre os efeitos de reformas nas telecomunicações no desenvolvimento dos países, dentro desta concepção de desenvolvimento como liberdade: MORAES, Ricardo Leal. Implementação da concorrência no setor de telecomunicações e desenvolvimento: uma análise da experiência comunitária. In: BARRAL, Welber; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (orgs.). *Integração Regional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 237-250.

²⁹ Apesar de inúmeras reformas no setor terem sido iniciadas anteriormente a tal ano de 1986, este é o indicado como marco, pois foi quando a AT&T (empresa que detinha o monopólio dos serviços, terminais e equipamentos de telecomunicações nos Estados Unidos da América, denominado de *Bell System*) foi desmembrada em sete empresas regionais (denominadas de *Bell Operating Companies*), que passaram a atuar no serviço de telefonia local, continuando a AT&T a atuar nos demais serviços e nos equipamentos de telecomunicações. Neste sentido, veja-se: KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Publishers, 2001. p. 149.

Durante um longo período³⁰, as telecomunicações foram consideradas³¹ monopólios naturais³², em razão dos quais se acreditava que, necessariamente, uma única empresa poderia satisfazer a integralidade da demanda em um país de forma mais satisfatória (em termos de eficiência e de custos) do que se existissem outras empresas concorrentes. Assim, à exceção principalmente dos Estados Unidos da América³³, que mantiveram o setor sob monopólio privado, quase que a integralidade dos demais países, inclusive o Brasil³⁴, manteve-o (serviços e infraestrutura) sob monopólio público, sendo vedada ou impossibilitada a livre concorrência³⁵. Nesta realidade, os Estados normalmente assumiam apenas as funções de prestar diretamente os serviços e de regular os monopólios, em busca de objetivos previamente determinados (como, por exemplo, interesses dos consumidores, modicidade de

³⁰ Sobre um histórico dos monopólios e suas evoluções, veja-se: WOHLERS, Márcio. A reforma do modelo de telecomunicações: o menu internacional e a opção brasileira. In: TAPIA, Jorge Ruben Biton; RALLET, Alain. *Telecomunicações, desregulamentação e convergência tecnológica: uma análise comparada*. Campinas: Unicamp, 1999. p. 44.

³¹ A existência de monopólio natural no setor, mesmo no passado, é objeto de questionamentos. Nesse sentido: “Como bien coincide Haro, el surgimiento de los grandes monopolios en los servicios públicos parece más vinculado a la intervención del Estado que a la validez de la teoría del monopolio natural”. BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. 2. ed. Lima: Palestra, 2006. p. 913.

³² Para um conceito de monopólio natural, veja-se: “O monopólio natural corresponde, na maioria das vezes, a uma atividade em que os custos de produção fixos, representados, sobretudo, pela maquinaria, instalações e base territorial, são desproporcionalmente elevados em relação aos custos variáveis. E aí os custos unitários de uma única empresa – em determinado nível absorvível pelo mercado – são decrescentes, à medida que sua produção aumenta, seguindo essa tendência até alcançar toda a produção do mercado. Seus custos, em regime de monopólio, são assim inferiores àqueles em que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois a alta proporção dos custos fixos exige a produção em grande escala e o mercado, somente, absorve a oferta de uma empresa, nesse nível de produção. Seriam, pois, as próprias condições estrutural-tecnológicas desses setores a impedirem a sua organização, em regime de concorrência”. MARQUES, *Direito Internacional da Concorrência*, p. 122-123. No mesmo sentido: CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 130.

³³ Para maiores detalhes sobre o histórico do setor nos Estados Unidos da América, veja-se, por todos: KANG, *Communications law and...*, p. 149.

³⁴ Sobre a manutenção das telecomunicações brasileiras sob monopólio público, veja-se: “Os serviços de telecomunicações encontravam-se, até então, submetidos a um regime de exploração monopólica sob a titularidade da própria União Federal, sendo operados, em sua quase totalidade, por intermédio das empresas pertencentes ao Sistema Telebrás. As exceções ficavam por conta de quatro empresas independentes que resistiram à política de integração ao sistema de monopólio federal”. RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações: a Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 21. Em sentido semelhante, veja-se: PEREIRA, Edgard; LAGROTIERA, Eleni. O marco regulatório brasileiro para o setor de telecomunicações e a competição no mercado de telefonia fixa de longa distância. *Revista do IBRAC*. v. 11. n. 3. São Paulo: IBRAC, 2004. p. 127-164; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Lei geral de telecomunicações e direito da concorrência. *Interesse Público*. n. 22. São Paulo: NOTADEZ, 2003. p. 13-25; e CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel. *Revista do IBRAC*. v. 11. n. 1. São Paulo: IBRAC, 2004. p. 101-126.

³⁵ Sobre monopólio natural, especificamente no setor de telecomunicações, veja-se: “For a long time, the telecommunications market was considered a natural monopoly: it was deemed more efficient that a single company provided all the services, using its own network. The question did not therefore arise as to the need to identify ways through which other providers could be allowed to enter the market”. PERRUCCI, Antonio; CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*. v. 21. n. 6. Reino Unido: Elsevier, 1997. p. 498.

tarifas, universalidade dos serviços³⁶, entre outros). No entanto, em regra, não se fazia presente qualquer preocupação de estabelecimento de concorrência no setor.

Especialmente partir da década de 1980, contudo, uma conjunção de fatores e circunstâncias começou a desconstituir este entendimento acerca da existência de monopólios naturais no setor³⁷. Houve um aumento significativo de demanda não atendida pelos monopólios, em especial por novos e melhores serviços, incluindo telefonia celular e transmissão de dados, que exigiam investimentos maiores, os quais, normalmente, não eram do interesse das empresas então monopolistas. Paralelamente, observava-se uma sucessão de inovações tecnológicas³⁸ (como digitalização das redes e dos serviços, início da utilização de fibras óticas e massificação e barateamento da utilização de microondas e de satélites), possibilitando a primeira fase de convergência (entre as telecomunicações e a informática³⁹), e, mais recentemente, a segunda fase de convergência⁴⁰ (com integração da mídia⁴¹), viabilizando o desenvolvimento de infraestruturas alternativas no setor⁴².

³⁶ Sobre universalidade de prestação de serviços no setor, veja-se: “Obrigação de universalização é a que objetiva possibilitar o acesso de qualquer pessoa aos serviços de telecomunicações, independentemente de sua localização geográfica ou condição socioeconômica, bem como a que decorre de utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público”. ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 48. Sobre o significado do serviço universal de forma mais ampla, não apenas nas telecomunicações, veja-se: TAPIA, Jorge Ruben Biton; DALMAZO, Renato. O significado do serviço universal frente à liberalização das telecomunicações e à sociedade da informação. In: TAPIA, Jorge Ruben Biton; RALLET, Alain. *Telecomunicações, desregulamentação e convergência tecnológica: uma análise comparada*. Campinas: Unicamp, 1999. p. 75.

³⁷ Sobre os fatores que contribuíram para o início da reforma da disciplina do setor, veja-se: CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 187.

³⁸ Sobre a contribuição das inovações tecnológicas para a superação do entendimento acerca dos monopólios naturais no setor, veja-se: “O desenvolvimento tecnológico, tratado alhures, derrubou a teoria do monopólio natural dos serviços de telecomunicações, pois agora, por exemplo, pode-se transmitir a telefonia por radiofrequência, reduzindo sobremaneira os custos de instalação de uma rede”. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 301.

³⁹ A primeira fase de convergência tecnológica no setor gerou o que alguns autores denominam de *telematics*. Neste sentido: LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 236.

⁴⁰ Sobre as implicações econômicas da convergência entre audiovisual, informática e telecomunicações, veja-se: HERSCOVIVI, Alain. Convergências tecnológicas e sistemas de rede: uma análise econômica. In: TAPIA, Jorge Ruben Biton; RALLET, Alain. *Telecomunicações, desregulamentação e convergência tecnológica: uma análise comparada*. Campinas: Unicamp, 1999. p. 153.

⁴¹ A segunda fase de convergência tecnológica no setor gerou o que alguns autores denominam de *mediamatics*. Neste sentido: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 236.

⁴² Infraestruturas alternativas são entendidas como aquelas que não as de telefonia fixa preexistentes e cujo funcionamento não mais dependeria, necessariamente, das redes existentes e então sob o domínio e a exploração exclusivos das antigas monopolistas. Seriam, por exemplo, estruturas de redes sem fio ou de novas redes baseadas em fibra ótica. Neste sentido: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 15.

Acrescente-se a esse cenário o fortalecimento da globalização e a reorganização das economias nacionais, possibilitando maiores aberturas dos mercados e participação de capital privado no setor, inclusive estrangeiro. Ainda, observou-se o crescimento e a maior aceitação do entendimento de que as forças de mercado, viabilizadas pela concorrência, poderiam auxiliar na redução de preços e na melhoria da qualidade dos produtos e serviços⁴³. Como consequência, passou-se a vislumbrar a viabilidade da implementação da concorrência no setor e a possibilidade de a sua liberalização transcender os limites que eram normalmente apontados aos regimes monopolísticos⁴⁴. Este desenvolvimento da concorrência no setor, porém, implicaria grandes alterações na sua disciplina, uma vez que determinaria uma mudança completa na forma como esta, até então, era enfrentada.

Nesse compasso, países como Estados Unidos da América⁴⁵, Japão⁴⁶ e Reino Unido⁴⁷ tomaram a dianteira⁴⁸ na realização destas reformas. Posteriormente, tais precursores foram gradativamente sendo seguidos por inúmeros outros países⁴⁹, inclusive o Brasil⁵⁰. No âmbito

⁴³ No sentido de que a introdução da concorrência poderia contribuir para a melhoria do setor, veja-se: GAMA JUNIOR; MARQUES, *Concorrência e Regulação...*, p. 580; LAROUCHE, *Competition law and...*, p. XXXVI; BRAUN, Jeans-Daniel; CAPITO, Ralf. The emergence of EC telecommunications law as a new self-standing field within community law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 51; JASINSKI, Piotr. Competition rules and regulations in telecommunications. The case of Poland's intent to join the EU. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. International developments. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 128; PERRUCCI, *Competition, convergence...*, p. 493; BOURREAU, Marc; DOGAN, Pinar. Regulation and innovation in the telecommunications industry. *Telecommunications Policy*. v. 25. n. 1. Reino Unido: Elsevier, 2001. p. 167; e DABLER, Thoralf; PARKER, David; SAAL, David. Economic performance in European telecommunications, 1978-1998: a comparative study. *European Business Review*. v. 14. n. 3. 2002. p. 194.

⁴⁴ Dentre os limites usualmente apontados para os regimes monopolísticos no setor, pode-se citar, a título exemplificativo, o não atendimento da crescente demanda por serviços mais qualificados, os altos custos dos serviços internacionais (decorrência direta dos limites territoriais de cada monopólio) e a fragmentação das infraestruturas nacionais. Neste sentido: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. XXXVI.

⁴⁵ Como já referido, para o histórico da reforma nos Estados Unidos da América, veja-se: KANG, *Communications law and...*, p. 149.

⁴⁶ No Japão, em 1985 teve início a privatização da *Nippon Telegraph and Telephone* e, em 1990, iniciou-se a introdução da concorrência no setor. Neste sentido, veja-se: DABLER, *Economic performance in...*, p. 194.

⁴⁷ No Reino Unido, a *British Telecommunications* foi privatizada em 1984, mesmo ano em que a *Mercury Communications* foi autorizada a competir com aquela. O duopólio do mercado permaneceu até 1991, quando as restrições à concorrência foram retiradas. Neste sentido, veja-se: Idem, p. 194.

⁴⁸ Outros países que também foram precursores nas reformas foram Canadá, Nova Zelândia e Austrália. Neste sentido, veja-se: Idem, p. 195.

⁴⁹ Meramente a título exemplificativo, reformas também se seguiram na Argentina (onde a *Empresa Nacional de Telecomunicaciones* foi privatizada em 1990 e a concorrência no setor foi liberalizada em 1998) e na Índia (em que a privatização da empresa estatal monopolista teve início em 1995 e a liberalização do mercado de telefonia fixa ocorreu em 1996). Neste sentido, veja-se: WU, Irene. Canada, South Korea, Netherlands and Sweden: regulatory implications of the convergence of telecommunications, broadcasting and Internet services. *Telecommunications Policy*. v. 28. n. 1. Reino Unido: Elsevier, 2004. p. 79; URE, John; VIVORAKIJ, Araya. Privatization of telecoms in Asia. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. International developments. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 1; e BEKER, Victor. *La telefonía en la Argentina: de la privatización a la desregulación*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2001. p. 10.

internacional, igualmente foram adotadas medidas para viabilizar o funcionamento do setor independentemente (ou apesar) das fronteiras físicas dos Estados. São exemplos o Anexo sobre Telecomunicações da Organização Mundial do Comércio⁵¹ e os inúmeros acordos firmados junto à União Internacional de Telecomunicações⁵².

Blocos regionais também passaram a adotar reformas, alterando significativamente a disciplina interna do setor, normalmente visando a algum grau de uniformização entre os seus respectivos Estados-membros. O grande exemplo de processo de integração, que promoveu uma ampla reforma do setor, com a implantação da concorrência e a harmonização da respectiva regulação, é a União Europeia.

Presentemente, já tendo se passado tempo razoável desde as primeiras iniciativas de liberalização da concorrência no setor, e estando mais consolidado o entendimento acerca da relevância das telecomunicações para os países, observa-se um aumento dos estudos e pesquisas sobre o tema⁵³. Um ponto que vem sendo objeto de inúmeras discussões está centrado neste delicado e impactante processo de liberalização da concorrência no setor⁵⁴. Em

⁵⁰ O Brasil promoveu a privatização do Sistema TELEBRAS em 1998, iniciando a liberalização da concorrência no setor. Para detalhes sobre o processo brasileiro de introdução da concorrência no setor, veja-se: XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 25; e ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 75.

⁵¹ O Anexo sobre Telecomunicações, celebrado perante a Organização Mundial do Comércio, contemplou a liberdade de concorrência nas telecomunicações e previu compromissos específicos para os Estados signatários que desejaram assumi-los. Neste sentido, veja-se: FIORATI, Jete Jane. *As telecomunicações nos direitos interno e internacional: o direito brasileiro e as regras da OMC*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 120.

⁵² A União Internacional de Telecomunicações, com sede em Genebra, é a agência da Organização das Nações Unidas especializada em telecomunicações. Criada a partir da União Telegráfica Internacional, conta com cerca de duzentos países-membros e com centenas de entidades particulares que também a integram. Veja-se, para maiores esclarecimentos: ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 32.

⁵³ No Brasil, são exemplos destes estudos sobre a disciplina do setor monografias premiadas nos Prêmios SEAE 2006 e 2011, a saber: BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; ROCHA, Kátia; MOREIRA, Rafael Henrique Rodrigues. Incertezas, opções reais e a nova orientação regulatória das operadoras de telefonia fixa brasileira: o mark-up sobre o custo de capital. In: SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *I Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2006*. Brasília: SEAE, 2009. p. 231-272. COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. Judiciário e Regulação Econômica: a judicialização da política tarifária do setor de telecomunicações em 2003. *I Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2006*. Brasília: SEAE, 2009. p. 273-318; TEIXEIRA, Henrique de Andrade. Política Antitruste e Regulação da Concorrência no Brasil: um estudo sobre o setor de telecomunicações. *VI Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2011*. Brasília: SEAE, 2011. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE_2011/monografias_premiadas>. Acesso em: 10 jan. 2012.

⁵⁴ Para exemplos de estudos do processo de liberalização da concorrência nas telecomunicações, veja-se: BOURREAU; DOGAN, *Regulation and innovation...*; CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005; ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*; GOMEZ ALONSO, Adela. Regulación sectorial y derecho de la competencia en la nueva normativa comunitaria de telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*. n. 16. parte 3. fev. 2003. p. 200-218; GUTIERREZ, Luis; BERG, Sanford. Telecommunications liberalization and regulatory governance: lessons from Latin America. *Telecommunications Policy*. v. 24. n. 1. 2000. p. 865-884; JUST,

especial, questiona-se, no presente estudo, qual seria a melhor forma de disciplina dos mercados de telecomunicações em uma novel realidade em que não mais existem monopólios e em que é desejada e buscada a atuação em regime de concorrência. Investiga-se se seria necessária e/ou recomendada a manutenção de alguma regulação setorial específica e qual seria a sua extensão ou se a aplicação exclusiva da legislação antitruste seria a forma mais adequada para disciplinar as telecomunicações⁵⁵.

Contudo, tais estudos e pesquisas variam e diferem em suas conclusões, especialmente dependendo do país ou bloco econômico a que se refere. Apesar de semelhanças em processos de liberalização da concorrência no setor, cada país, bloco ou região possui peculiaridades e implementou e segue implementando a reforma das telecomunicações de acordo com as mesmas e orientado por objetivos que nem sempre são idênticos. A situação de cada país ou bloco e o seu nível de desenvolvimento também determinam diferentes formas de enfrentar as reformas no setor⁵⁶. Assim, não há como querer simplesmente se transportar e aplicar a análise sobre a realidade da concorrência no setor de um país para outro⁵⁷.

Natascha; LATZER, Michael. EU competition policy and market power control in the mediamatics era. *Telecommunications Policy*. v. 24. n. 1. Reino Unido: Elsevier, 2000, p. 395-411; LAROUICHE, *Competition law and...*; LEAL, Ana Lucia Palhano. O papel das organizações internacionais no marco regulatório das telecomunicações no Brasil. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*. n. 12. jul. 2001. p. 58-67; PERRUCCI; CIMATORIBUS, *Competition, convergence and...*; URRUTIA, Bernardo. The EU telecommunications sector during the 1990s: liberalisation, regulation and competition policy. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*. n. 9. P. 4. fev. 2000. p. 130-141; YU, Liangchun; BERG, Sanford; GUO, Qing. Market performance of Chinese telecommunications: new regulatory policies. *Telecommunications Policy*. v. 28. n. 3. Reino Unido: Elsevier, 2004. p. 715-732; PEHA, Jon. Telecommunications competition in 2010. *Info – The journal of policy, regulation and strategy for telecommunications information and media*. v. 2. n. 2. abr. 2000. p. 199-205; CLEMENTS, Bernard. The impact of convergence on regulatory policy in Europe. *Telecommunications Policy*. v. 22. n. 3. Reino Unido: Elsevier, 1998. p. 397-205; e MICHALIS, Maria. Local competition and the role of regulation: the EU debate and Britain's experience. *Telecommunications Policy*. v. 25. n. 1. Reino Unido: Elsevier, 2001. p. 759-776.

⁵⁵ Sobre debates envolvendo a melhor forma de disciplina do setor, especificamente no Brasil, veja-se: SALOMÃO FILHO, *Regulação da atividade...*, p. 162. Em sentido semelhante: RAMIRES, *Direito das Telecomunicações...*

⁵⁶ Sobre a relevância de se dar tratamento diferenciado em matéria de regulação e concorrência para o Brasil, por se tratar de país em desenvolvimento, veja-se: SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial. As Estruturas*, p. 52. Em sentido semelhante: MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2006. p. 45.

⁵⁷ Sobre a inadequação de simples transposição de modelo em direito da concorrência, veja-se: “Os modelos concorrenciais existentes hoje são oriundos, em sua maioria, de estudos realizados em países desenvolvidos, adaptados, portanto, às características e necessidades destes países. Um PED, como se verá adiante, possui necessidades econômicas, sociais e culturais diferentes daquelas existentes nos países desenvolvidos. Por isso, não é possível simplesmente copiar o modelo de defesa da concorrência de um país desenvolvido para transplantar em um PED um direito e uma política da concorrência que não estão adaptados a suas necessidades e características institucionais”. MUNHOZ, *Direito, livre concorrência...*, p. 20. Isto não impede, contudo, que um modelo sirva de inspiração para outro país, ou que se aproveitem lições de um modelo por outro país. Nesse sentido, por exemplo: SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial. As Estruturas*, p. 67. Especificamente, para uma visão apenas preliminar e incompleta de aspectos do modelo da União Europeia de disciplina do setor, que

Destarte, todo e qualquer estudo acadêmico envolvendo este processo de implantação da concorrência no setor e, também, as perspectivas para o futuro de sua disciplina deve, necessariamente, ser realizado a partir da análise das peculiaridades e características do próprio processo de reforma especificamente analisado, investigando o histórico de sua evolução e os objetivos visados e, eventualmente, já alcançados.

Outrossim, especialmente em matéria de regulação e de concorrência⁵⁸, cada vez mais, ganha destaque a utilização do instrumental econômico⁵⁹ e de métodos econométricos⁶⁰, mesmo que não como critério único ou preponderante para pautar decisões, mas como mais um subsídio e elemento relevante a ser considerado para se chegar a conclusões devidamente fundamentadas na matéria, promovendo-se a devida conjugação dos respectivos estudos teóricos, com análises práticas e econômicas da realidade envolvida.

Todas as circunstâncias acima referidas foram relevadas e determinantes para a delimitação do tema, para a definição dos objetivos e para a escolha da metodologia utilizada na presente dissertação. Como já adiantado, o objetivo precípua deste trabalho consiste na análise da regulação e do direito da concorrência no setor de telecomunicações,

poderiam servir de inspiração para o modelo brasileiro de disciplina das telecomunicações, veja-se: MORAES, Ricardo Leal de. O papel e os limites da defesa da concorrência no setor de telecomunicações: análise da experiência da Comunidade Europeia e contribuições para a realidade brasileira. In: SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *II Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2007*. Brasília: SEAE, 2009. p. 71-121

⁵⁸ Sobre a importância da economia em matérias de regulação e de concorrência, especificamente no setor de telecomunicações, veja-se: “In the last few decades, we have seen a continuous increase in the role of economics in competition and regulatory policies. The Commission’s recent ‘Guidelines on market definition and the assessment of Significant Market Power’ for the purposes of ex ante regulation in the electronic communications sector should be seen as a concrete example of incorporation of tested and proven economic theory into standard competition analysis, be it for the purposes of delineating the boundaries of the relevant market or for assessing the existence of single or collective dominance”. MONTI, Mario. *Telecommunications and antitrust: introduction*. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 5.

⁵⁹ Sobre a relevância e a amplitude da análise econômica, veja-se: “O que marca o raciocínio econômico é sua análise dos comportamentos humanos e institucional, voltados para determinados objetivos, o que eu definiria como a análise da ação racional em face de objetivos a serem alcançados. Dessa maneira a abrangência da economia é limitada pela natureza da escolha, mas não se restringe ao exame das óbvias consequências financeiras da aplicação da lei. A análise econômica diz respeito às escolhas que os indivíduos fazem na condição de juízes, de pessoas em perigo, litigantes ou advogados em face de danos, diante da lei e outros fatores, tais como custos, renda, etc.”. VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 42.

⁶⁰ Sobre métodos econométricos, veja-se: “Usualmente definido como ‘a aplicação da teoria econômica e de métodos econométricos no exame da formação, estrutura, processos e impacto do direito e das instituições jurídicas’, o movimento de direito e economia, Nicholas Mercurio e Steven Medema registram, ‘desenvolveu-se de um pequeno e esotérico ramo de pesquisa com economia e direito para um substancial movimento que tem auxiliado a ambos, redefinindo o estudo do direito e expondo a economia às importantes implicações do direito’”. BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011. p. 16.

especificamente da União Europeia, a fim de se investigar os desafios e as perspectivas para o futuro da disciplina deste setor no bloco. Busca-se analisar se o processo de reforma do setor, até o quadro regulamentar atual, mostra-se adequado, bem como se pretende analisar, no estágio em que as telecomunicações se encontram na União Europeia, e considerando a busca por um mercado interno do setor, qual seria o espaço (se é que haveria algum) da regulação setorial específica. Em consonância com os argumentos anteriormente apontados, esta análise será focada especificamente na União Europeia, respeitando o histórico e a evolução do setor no bloco, considerando as peculiaridades e os objetivos próprios da organização e relevando, também, os resultados práticos e os subsídios econômicos para se chegar às conclusões finais da investigação.

A opção e a delimitação da experiência da União Europeia como o tema da presente dissertação decorrem, primeiramente, do interesse na realização de uma investigação mais ampla, não circunscrita às fronteiras e às peculiaridades de um único país. Até mesmo em razão da própria natureza do setor, que tem uma vocação internacional⁶¹, e cujo funcionamento, cada vez mais, independe de fronteiras e limites territoriais, especialmente com as tecnologias sem fio e via satélite. Entretanto, como destacado, não faria sentido, simplesmente, eleger-se mais de um país, de forma aleatória, para se realizar a investigação em questão, uma vez que, ao final, seria preciso realizar um estudo individual para cada um deles.

Neste sentido, a escolha da experiência a ser investigada somente poderia recair sobre algum processo de integração ou alguma iniciativa multilateral, que possibilitasse uma análise ampla e própria para mais de um país. Se possível fosse, optar-se-ia por algum bloco regional do qual o Brasil fizesse parte, como o Mercosul, por exemplo. No entanto, tal escolha restaria inócua, uma vez que, no âmbito do Mercosul, há apenas poucas provisões de natureza técnica, unicamente para assegurar a interoperatividade das redes nacionais, não havendo qualquer iniciativa conjunta concreta de disciplina uniforme do setor⁶². Da mesma forma, os acordos multilaterais existentes, dentre os quais se destacam os firmados junto à União Internacional

⁶¹ Sobre a vocação internacional das telecomunicações: HOLMES, Peter; KEMPTON, Jeremy; MCGOWAN, Francis. *International competition policy and telecommunications. Lessons from the EU and prospects for the WTO. Telecommunications Policy*. v. 20. n. 10. Reino Unido: Elsevier, 1996. p. 755-767.

⁶² Sobre a incipiente evolução da disciplina do setor no Mercosul, veja-se: ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 55.

de Telecomunicações⁶³, apesar de relevantes, não adentram na questão específica da concorrência e da regulação setorial, de forma que também não seriam adequados para a análise que se propõe no presente trabalho.

A alternativa natural, portanto, que reúne todos os requisitos desejados para a dissertação, consiste na experiência da União Europeia. Trata-se, em verdade, do primeiro processo de integração a realizar uma ampla liberalização da concorrência e uma regulação uniforme no setor de telecomunicações, abrangendo todos os seus Estados-membros. Tal já assegura uma vasta, rica e diferente gama de informações teóricas e empíricas, talvez única no mundo no presente momento, seja em relação ao histórico do que já foi realizado, seja em relação às perspectivas para o futuro da disciplina do setor.

Ademais, a União Europeia envolve um gigantesco mercado⁶⁴, no qual figuram os principais atores mundiais, estando efetivamente presentes as forças que podem interferir no setor, seja para conduzir à concorrência, seja para distorcê-la. Por fim, e talvez o mais relevante, as reformas do setor de telecomunicações da União Europeia já se encontram em avançado estado de implantação, existindo mercados nos quais se constata concorrência efetiva⁶⁵, o que é imprescindível para se atingir o objetivo perseguido no presente trabalho, que envolve a análise das perspectivas de disciplina do setor, justamente em casos nos quais a concorrência foi introduzida com sucesso.

Com efeito, é, especialmente, em condições de mercado em que já existe concorrência efetiva que surgem as principais divergências e dificuldades sobre a definição da melhor forma de disciplina do setor. De um lado, argumenta-se que, nestas condições, as telecomunicações poderiam ser disciplinadas exclusivamente pelo direito da concorrência. De outro lado, há entendimentos de que, mesmo nestas condições, continua sendo necessária a

⁶³ Sobre acordos firmados junto a União Internacional de Telecomunicações, veja-se: BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 2.

⁶⁴ Consoante estimado pela Comissão, em 2005 a Europa representava cerca de um terço das vendas mundiais do setor, sendo líder em receitas oriundas de comunicações eletrônicas (com aproximadamente 40% deste mercado). O setor também era responsável por 25% do crescimento do Produto Interno Bruto da União Europeia e por 40% do crescimento de sua produtividade. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. *i2010 – A European Information....*

⁶⁵ Entende-se como existente a concorrência efetiva naqueles mercados que não são dominados por uma ou mais empresas com poder de mercado significativo. Nesse sentido, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro)*. Directiva 2002/21/EC. 07 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

manutenção da regulação setorial, focada em determinados aspectos tidos como relevantes. Diante do avançado estágio de introdução da concorrência em que o setor atualmente se encontra na União Europeia, a ser exposto no trabalho, estas divergências e as referidas dificuldades na análise do tema poderão ser devidamente abordadas, para se apontar a perspectiva que se vislumbra como correta para a disciplina do setor no bloco.

Isso tudo sem mencionar, ainda, que, desde o início das reformas do setor, como será demonstrado na primeira parte deste trabalho, a União Europeia, de forma expressa, sempre atribuiu às telecomunicações enorme importância, reconhecendo e declarando, abertamente, que o seu fortalecimento, com a criação de um efetivo espaço europeu das comunicações eletrônicas, era não só um objetivo almejado, como também uma condição essencial para o crescimento do bloco como um todo⁶⁶.

Diante de todas estas circunstâncias, a investigação da experiência da União Europeia apresentou-se como a melhor alternativa para a busca dos objetivos visados na presente dissertação. Desde logo, cumpre ressaltar que este trabalho será focado, exclusivamente, na disciplina da União Europeia, e não na de seus Estados-membros. Nesse sentido, não se adentrará na análise das peculiaridades da disciplina do setor em cada um dos seus vinte e sete Estados-membros. O estudo terá como objeto apenas aquilo que foi (e continua sendo) realizado no setor de telecomunicações em âmbito comum.

A pesquisa foi realizada tanto do ponto de vista teórico, quanto do ponto de vista prático. Em relação ao marco teórico, foram utilizadas, especialmente, obras e artigos específicos sobre o setor, quando possível, focados na realidade da Comunidade Europeia. Este foco justifica a utilização substancial de obras estrangeiras, de autores dos Estados-membros União Europeia, já que não existem muitas obras nacionais sobre o tema, que

⁶⁶ Sobre o reconhecimento de que a criação de um espaço europeu da informação é condição essencial para o crescimento do bloco, em 1987, a Comissão das Comunidades Europeias havia consignado: “Information, exchanges of knowledge, and communications are of vital importance in economic activity and in the balance of power in the world today. Policy makers are therefore concentrating on ways of acquiring, processing, storing and transmitting information. Telecommunications is the most critical area for influencing the ‘nervous system’ of modern society. To flourish, it has to have optimum environmental conditions. In this respect, the convergence of telecommunications, computing and applications of electronics in general has now made possible the introduction of a wide variety of new services. The traditional form of organization of the sector does not allow the full development of the potential of these new services. In order to create an open and dynamic market in this area it therefore seems necessary to introduce regulatory changes to improve the sector environment. These changes should allow the full development of the supply of services and equipment, thus making it possible for industry to take full advantage of this potential”. UNIÃO EUROPEIA. Livro Verde

analisem especificamente a realidade de tal bloco⁶⁷. Neste sentido, foram privilegiados autores como Pierre Larouche⁶⁸ e Cristian Koenig⁶⁹, cujos estudos são especificamente detidos no tema e no bloco em questão. Tal significativa utilização de autores e obras estrangeiros, também, determinou a referência aos textos em sua língua original, mesmo que estrangeira, a fim de preservar, ao máximo, o correto sentido dos textos, bem como a fim de não delongar as já sabidamente extensas referências em notas de rodapé. Não obstante, esta preponderante utilização de literatura estrangeira não impediu que fossem utilizados relevantes obras e autores nacionais, com conhecida e destacada bibliografia em matéria de direito da concorrência, de regulação e de disciplina do setor de telecomunicações.

Sob o ponto de vista prático, foram analisados os resultados das evoluções da disciplina do setor na União Europeia, utilizando-se tanto de dados oficiais do bloco, quanto de informações oriundas de pesquisas independentes. Ainda, foram buscados os textos das normativas que pautaram o setor na União Europeia e das pesquisas e conclusões dos órgãos comunitários pertinentes ao tema.

Assim, como metodologia, com base em uma conciliação da análise teórica, com a investigação dos efeitos práticos da disciplina do setor, buscou-se chegar às conclusões do estudo. A fim de facilitar a compreensão do tema e de melhor organizar os argumentos apresentados neste trabalho, adotou-se o plano francês de dissertação, o que, inclusive, auxiliou na divisão da matéria trabalhada em duas grandes partes, uma voltada mais para o passado, e outra para o futuro da disciplina do setor.

Destarte, na primeira parte, de cunho mais histórico, a investigação será voltada para o que já ocorreu no processo de implantação da concorrência e de regulação nas

relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações. COM(87) 290. 30 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009. par. 1.

⁶⁷ Pode-se apontar como a maior exceção na doutrina brasileira o artigo de Lauro da Gama e Souza Junior e Frederico Marques, em que é analisada a relação entre a regulação e o direito da concorrência nas telecomunicações, inclusive no que tange à União Europeia. Nesse sentido: GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. Concorrência e regulação no setor de telecomunicações. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 573-613.

⁶⁸ Pierre Larouche, autor com foco em direito da concorrência e direito das telecomunicações, que possui obra basilar sobre o tema na União Europeia, a saber: LAROUCHE, *Competition law and...*

⁶⁹ Cristian Koenig, autor especializado em estudos relacionados às telecomunicações na União Europeia, igualmente com publicações fundamentais para a compreensão do setor no bloco. Em especial, destaca-se obra básica exaustiva sobre a disciplina do setor, da qual foi um dos organizadores, a saber: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002.

telecomunicações na União Europeia. Na segunda, de cunho mais crítico e prospectivo, a análise será dirigida para os resultados, os desafios e as perspectivas de disciplina do setor diante da sua situação atual.

Portanto, inicialmente será abordada a situação peculiar em que se encontrava o setor na União Europeia, anteriormente ao início do processo de liberalização da concorrência, com a posterior apresentação do modelo adotado no bloco para superar as dificuldades que tal situação então impunha. Devidamente apresentado o modelo de liberalização da concorrência no setor, serão abordadas as sucessivas etapas que já foram superadas na evolução da regulação setorial, com a apresentação, ao final, das últimas modificações, formalmente introduzidas no setor em 2009, e colocadas em prática por todos os Estados-membros até 2012.

Compreendido o processo implementado, adentrar-se-á na abordagem dos resultados, dos desafios e das perspectivas que se apresentam para o futuro da disciplina do setor. Primeiramente, serão analisados os resultados gerados pela aplicação do aludido modelo de reforma do setor. Posteriormente, serão expostos os aspectos que, mesmo na realidade atual, ainda se mostram problemáticos. Em seguimento, conhecendo-se os resultados práticos positivos e negativos da aplicação do modelo em questão, será facilitada a análise crítica em relação às perspectivas para a disciplina do setor. Inicialmente, com a apresentação de um arcabouço teórico sobre as alternativas existentes para, na sequência, finalizar com a exposição do que se imagina ser a disciplina para o futuro das telecomunicações na União Europeia, inclusive no que tange ao papel vislumbrado para a regulação setorial específica.

Ao final, espera-se que seja possível compreender o processo de implementação da concorrência e de regulação do setor de telecomunicações na União Europeia. Em especial, objetiva-se concluir se o modelo do bloco de disciplina deste setor mostra-se adequado àquela realidade, sob o ponto de vista teórico e prático e considerando os objetivos do bloco. Igualmente, espera-se indicar as perspectivas para o futuro da sua disciplina, analisando-se qual será o espaço destinado à regulação setorial, ou, mesmo, apontando se o estágio atual do setor (e os que estão por vir) possibilitaria a sua disciplina exclusivamente pelo direito da concorrência.

I - LIBERALIZAÇÃO DA CONCORRÊNCIA E EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO SETORIAL

Este capítulo, em particular, dedica-se à análise das evoluções que ocorreram na disciplina das telecomunicações da União Europeia, até a fase em que o setor se encontra atualmente. Objetiva-se investigar como o setor era antes do início do processo de implementação da concorrência, qual o modelo adotado pelo bloco para a superação de tal fase preliminar e quais as sucessivas etapas de disciplina do setor, que levaram até o quadro regulamentar hoje em vigor na União Europeia. Com a abordagem realizada neste capítulo, será possível, de forma fundamentada, prosseguir com a investigação do capítulo seguinte, focada nos resultados e nas perspectivas de disciplina do setor.

Como destacado, é possível apontar, de forma genérica, uma série de fatores que determinaram a formação da convicção de que a introdução da concorrência nas telecomunicações poderia assegurar um tratamento mais adequado ao setor, do que aquele de simples regulação de monopólios públicos, a qual, relembre-se, à exceção, principalmente, dos Estados Unidos da América, prevalecia em todo o mundo, inclusive na União Europeia.

Entretanto, especificamente no que tange à organização, até mesmo por se tratar de um processo com histórico próprio e com Estados-membros de diferentes culturas e características, havia uma série de peculiaridades e situações específicas que, de um lado, pressionavam ainda mais no sentido do rompimento dos monopólios e em direção à abertura da concorrência no setor e, de outro lado, impunham dificuldades e desafios particulares. Muito provavelmente, diversas destas peculiaridades não eram enfrentadas por outros países que, isoladamente, promoviam o seu próprio processo de liberalização da concorrência no setor.

Justamente por este motivo é que, como já adiantado, tanto a liberalização da concorrência no setor, quanto a posterior evolução da regulação setorial específica, têm de ser compreendidas tendo presentes as peculiaridades e as situações específicas próprias do bloco. Para entender o momento atual do setor e poder analisar as perspectivas para o seu futuro, é

importante compreender o histórico do mesmo. Nesse sentido, como já adiantado, a seguir será investigado o processo de implantação da concorrência nas telecomunicações da União Europeia, começando pela análise do cenário em que o setor se encontrava inicialmente, para depois ser exposto o modelo que a União Europeia entendeu como mais adequado para superar os desafios que decorriam de tal realidade, de acordo com os objetivos que eram buscados. Devidamente compreendidos tais pontos, será possível promover a análise da evolução da disciplina do setor, desde o primeiro movimento de rompimento dos monopólios até o quadro regulamentar que, atualmente, está em vigor na União Europeia.

A) Liberalização

Como destacado, a análise objetivada na presente dissertação acerca do setor de telecomunicações da União Europeia, necessariamente, há de considerar as peculiaridades daquele espaço. Por este motivo, a fim de facilitar a mais adequada compreensão acerca das nuances do processo de liberalização da concorrência no bloco, é mister, inicialmente, seja compreendido o cenário comunitário da época. Como será exposto, tal cenário e tais características próprias dos mercados do bloco foram determinantes para a definição do modelo de liberalização da concorrência que, posteriormente, veio a ser adotado e efetivamente utilizado até os presentes dias. Ademais, esta exposição inicial da realidade do setor à época será relevante para, posteriormente, ser realizada a comparação com a situação atual das telecomunicações da União Europeia, a fim de se analisar em que pontos houve evolução e em que pontos ainda é preciso evoluir, o que permitirá a consequente avaliação do modelo de reforma adotado no bloco.

Assim, a seguir dá-se início a esta análise histórica da liberalização da concorrência no setor, com a exposição da realidade inicial das telecomunicações na União Europeia. Destaca-se que serão apresentadas as características, as circunstâncias e os fatos tidos como mais relevantes para a análise a que se propõe a presente dissertação. Certamente, contudo,

existirão outros fatos e circunstâncias que influenciaram, de alguma forma, a posterior liberalização da concorrência no setor⁷⁰.

A.1 - Realidade inicial

Antes do início da liberalização da concorrência na União Europeia, em meados da década de 1980, o setor de telecomunicações era preponderantemente marcado pela infraestrutura e pelos serviços de telefonia fixa, os quais respondiam por cerca de noventa por cento das receitas das operadoras nacionais⁷¹. Tais operadoras já possuíam um faturamento alto e representativo para os respectivos Estados-membros e para o próprio bloco. Ainda no ano de 1985, por exemplo, estimou-se que os serviços de telecomunicações geraram no mundo receitas na ordem de ECU⁷² 300 bilhões, sendo que as operadoras sediadas na União Europeia já eram responsáveis por ECU 62 bilhões deste total⁷³.

No mesmo ano de 1985, já estavam em operação cerca de cento e quinze milhões de linhas telefônicas no espaço comunitário, sendo, na época, verificada uma taxa de penetração⁷⁴ na ordem de trinta e cinco por cento⁷⁵. Nos Estados-membros, o setor já

⁷⁰ Para uma análise mais aprofundada, especificamente, sobre a realidade do setor no bloco previamente ao início das reformas abordadas nesta dissertação, veja-se: ALABAU, Antonio; GUIJARRO, Luis. *The electronic communications policy of the European Union*. Valencia: Universitat Politècnica de Valencia, 2011. p. 110.

⁷¹ Sobre a preponderância das empresas de telefonia fixa à época, veja-se: ALABAU; GUIJARRO, *The electronic communications...*, p. 115.

⁷² A European Currency Unit (ECU) foi transformada em Euro em 1999. Para maiores esclarecimentos sobre a ECU, veja-se: “O Sistema Monetário Europeu (SME) baseou-se num conceito de taxas de câmbio estáveis, mas ajustáveis, definidas em função da recentemente criada unidade de conta europeia ou ECU (european currency unit) que consistia num cabaz de moedas baseado na média ponderada das moedas do SME. Neste sistema, as flutuações das moedas eram controladas por um mecanismo de taxas de câmbio (MTC) e mantidas dentro de uma flutuação máxima de $\pm 2,25\%$ em relação às taxas centrais (à exceção da lira italiana, para a qual era permitida uma flutuação de $\pm 6\%$)”. UNIÃO EUROPEIA. *Uma Moeda para a Europa: o caminho para o Euro*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

⁷³ Sobre as receitas do setor à época, veja-se: UNIÃO EUROPEIA, *Livro Verde relativo ao desenvolvimento...*, p. 106.

⁷⁴ Sobre a taxa de penetração dos serviços de telecomunicações na União Europeia e sua evolução ao longo dos anos, veja-se: WALLSTEN, Scott. Returning to victorian competition, ownership, and regulation: an empirical study of european telecommunications at the turn of the 20th century. *The Journal of Economic History*. v. 65. n. 3. 2005. p. 701.

⁷⁵ Sobre a taxa de penetração da telefonia fixa à época, veja-se: UNIÃO EUROPEIA, *Livro Verde relativo ao desenvolvimento...*, p. 108.

empregava diretamente 1,3 milhão de pessoas e possibilitava que outras sessenta milhões pudessem exercer suas atividades⁷⁶.

Destarte, as operadoras nacionais detinham grande relevância⁷⁷ para os Estados-membros, em termos de receita, de geração de emprego, de funcionamento das comunicações internas e de número de usuários. Ou seja, qualquer alteração que se desejasse realizar no setor haveria, necessariamente, de considerar estas diferentes e relevantes questões. Ocorre que cada Estado-membro, de acordo com sua realidade, dava prioridade a um ponto em especial do setor, que julgava ser, para ele, o mais relevante.

Tal circunstância e as próprias história⁷⁸ e cultura de cada Estado-membro determinavam que eles tivessem diferentes condições no setor em matéria tanto de sua disciplina, quanto de tecnologia empregada e de maturidade do mercado nacional. Portugal e Espanha, por exemplo, estavam com os respectivos setores de telecomunicações defasados em termos de tecnologia, regulação e faturamento, se comparados à Alemanha e ao Reino Unido, os quais já possuíam setores bem mais maduros e consolidados⁷⁹. Como consequência, o entendimento entre os Estados-membros acerca de uma eventual liberalização ampla do setor também era bastante dificultado. O Reino Unido, que inclusive já havia iniciado internamente a quebra do monopólio público, como destacado, aceitava mais facilmente a liberalização da concorrência no ramo de telecomunicações do que Estados-membros que estavam relativamente mais atrasados nesse tocante. Assim, uma ampla modificação no setor em todo o espaço comunitário também teria de ser compatibilizada com as situações, os estágios e as expectativas diferentes nas telecomunicações em cada um dos Estados-membros.

⁷⁶ As estimativas de empregos gerados pelo setor à época também constaram no referido Livro Verde: *Livro Verde relativo ao desenvolvimento...*, p. 110.

⁷⁷ Sobre a relevância das operadoras de telefonia fixa à época, novamente, no próprio Livro Verde de 1987 já constata: “Telecommunications are already, and will increasingly be of critical importance to economic, social and cultural development in Europe. [...] In social and cultural terms, the accessibility to economic actors of an effective system of production and transport of information will give rise to profound transformations in the organization of production, its geographic localization, and in the efficiency and nature of services, with a beneficial effect on both the level and the nature of employment, as on life-styles”. Idem, p. 3.

⁷⁸ Em relação ao aspecto histórico, neste período, do final da década de 1980, ocorreram grandes mudanças no cenário europeu, com a queda do muro de Berlim e de regimes totalitaristas em países do leste e do centro da Europa, o que também repercutiu na abertura do setor e na forma como esta deveria ser realizada. Nesse sentido: ALABAU; GUIJARRO, *The electronic communications...*, p. 36.

⁷⁹ Apenas a título de ilustração, em 1987, Alemanha e Reino Unido possuíam o triplo de linhas telefônicas instaladas, em relação à Espanha, e quinze vezes mais, em relação a Portugal. Da mesma forma, a receita do setor, na Alemanha e no Reino Unido, no mesmo ano de 1987, era cerca de cinco vezes maior do que a da Espanha e quinze vezes maior do que a de Portugal. Nesse sentido: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Yearbook of common carrier telecommunications statistics 1987*. 1987. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

Se havia uma grande diferença no estágio de evolução e na expectativa do setor em cada Estado-membro, um ponto os unia: praticamente todos os Estados-membros mantinham o segmento sob monopólio público. A única exceção, como já adiantado, era o Reino Unido, o qual já havia dado início internamente a um processo próprio de liberação da concorrência, com a criação de um duopólio⁸⁰. Assim, nos demais Estados-membros tanto a prestação dos serviços, quanto o controle da infraestrutura básica de telecomunicações, estavam concentrados em uma operadora nacional, que era total ou parcialmente detida pelo poder público do país e, normalmente, estava, inclusive, integrada dentro da administração do respectivo Estado-membro⁸¹.

Cada uma destas operadoras oferecia seus serviços e instalava sua infraestrutura apenas dentro dos limites do respectivo Estado-membro. Desta forma, o funcionamento de serviços de telecomunicações transfronteiriços dependia, exclusivamente, da existência e da manutenção de acordos entre estas operadoras. Estes acordos é que possibilitavam a interligação das redes, mediante a celebração de pactos prevendo um sistema de remuneração comum que possibilitasse a terminação de chamadas nas redes da operadora do outro Estado. No entanto, não havia qualquer garantia de manutenção de tais acordos, de forma que, realmente, nada impedia eventual negativa de interconexão⁸² das redes. Como consequência também de tal realidade, os preços cobrados eram normalmente elevados, variando significativamente, dependendo da operadora envolvida⁸³.

Basicamente, portanto, cada operadora era a responsável e comandava o setor dentro das fronteiras de seu Estado-membro, sem a ingerência de outras operadoras ou mesmo de outros Estados-membros ou órgãos comunitários. Como os Estados-membros detinham total ou parcialmente a respectiva operadora, eram eles que, ao final, decidiam livremente a forma de operação, regulação e funcionamento dos serviços e das infraestruturas de

⁸⁰ Sobre o processo de introdução da concorrência no Reino Unido, com, primeiramente, a instituição de um regime de duopólio, veja-se: PERRUCCI, CIMATORIBUS, *Competition, convergence and...*, p. 509.

⁸¹ Sobre a estrutura usual das antigas monopolistas, veja-se: MARTINEZ MEDRANO, Gabriel. Competencia y telecomunicaciones en Europa. In: PALAZZI, Pablo (dir.). *Derecho y nuevas tecnologías*. a. 2. n. 3. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 46.

⁸² Sobre interconexão, veja-se: “Para a telecomunicação também é imprescindível a interconexão das redes existentes, que consiste na ligação entre redes funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de outra, ou acessar serviços nela disponíveis. Através da interconexão é que se dá a ligação das redes das diferentes prestadoras de serviços, possibilitando o tráfego da comunicação entre os usuários”. ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 75.

⁸³ Sobre a diferença de preços cobrados pelos serviços de telecomunicações em cada Estado-membro, especialmente em relação às chamadas internacionais, veja-se: RAUN; CAPITO, *The emergence of...*, p. 51.

telecomunicações dentro de suas fronteiras. Não havia, portanto, uma dimensão europeia para o setor, como viria ser posteriormente buscada de forma reiterada.

Nesse sentido, praticamente inexistia qualquer hipótese de utilização de infraestrutura alternativa ou de prestação de serviço que não pela respectiva operadora do Estado-membro. A única opção existente, ao menos em tese, era a locação da rede⁸⁴ e da capacidade de uma operadora para a autogestão dos serviços. Contudo, em razão dos enormes custos envolvidos nesta locação, apenas grandiosas empresas poderiam ter capital suficiente para arcar com as respectivas despesas. Não obstante, mesmo para aquelas empresas que detivessem tal capacidade econômica, o aluguel da estrutura e da capacidade ainda se mostrava uma alternativa demasiadamente cara e ineficiente, especialmente quando havia a necessidade de comunicação internacional, a qual, à época, dependeria do aluguel de rede em dois ou mais Estados-membros envolvidos⁸⁵.

Ou seja, apesar das operadoras serem de grande relevância para cada Estado-membro, de forma individual, a análise no espaço comunitário revelava tratar-se de um setor completamente fragmentado, sem qualquer unidade, tratamento comum, ou mesmo, coerência. As telecomunicações eram dominadas pelas operadoras monopolistas, cada uma com direitos especiais ou exclusivos dentro dos respectivos Estados-membros, não havendo uma gestão unificada. As fronteiras entre os Estados-membros representavam efetivos limites e entraves ao funcionamento do setor, uma vez que circunscreviam, objetivamente, até onde um serviço poderia ser prestado. Os problemas que surgiam no segmento eram resolvidos diretamente pelas operadoras e pelos Estados-membros, sem envolver qualquer consulta ou comunicação aos demais, independentemente do conteúdo da decisão.

À exceção do caso do Reino Unido, a concorrência no setor, que viria a ser buscada posteriormente, como será visto, era uma realidade ainda extremamente distante, sem qualquer perspectiva concreta de implantação. Ainda mais se considerada a realidade entre os Estados-membros. Não havia concorrência alguma de dimensão comunitária. Os objetivos de cada Estado-membro para as telecomunicações, que viriam a ser unificados quando do início

⁸⁴ Sobre a locação de redes à época, veja-se: LAROUICHE, *Competition Law and...*, p. 2.

⁸⁵ Sobre as dificuldades para o aluguel de redes na União Europeia à época, veja-se: “Given that PTOs [public telecommunications operators] usually held a monopoly over infrastructure as well, self-provision involved leasing capacity from the PTO and putting one’s own equipment (to the extent it was possible) on it in order to provide the desired telecommunications services. In practice, however, the cost of leased lines, especially cross-

das reformas no setor, como será exposto, ainda variavam significativamente. Ou seja, era necessário buscar uma disciplina comum em todo o espaço comunitário para superar a fragmentação do setor e não mais deixar este restrito aos limites territoriais de cada Estado-membro.

Tal realidade era observada mesmo que, desde 1982, quando do julgamento do caso *British Telecommunications*⁸⁶ pelo então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias⁸⁷, já estivesse reconhecido e consolidado que o direito comunitário da concorrência⁸⁸ era plenamente aplicável ao setor de telecomunicações. Este entendimento, porém, era mais aplicado para casos de impasses nos serviços transfronteiriços, não sendo suficiente para interferir ou afetar os monopólios estatais existentes, não determinando uma efetiva busca pela liberalização da concorrência no setor, com a superação dos direitos de exclusividade à época assegurados. Em nenhum momento havia sido desenvolvida, no ambiente comunitário da época, uma cultura de concorrência⁸⁹, de forma que, a rigor, nem sequer se sabiam quais seriam os desafios e as consequências que a introdução da concorrência poderia acarretar para o setor, como posteriormente será exposto na presente dissertação, quando da análise da evolução da regulação setorial.

Contudo, tal realidade de monopólios e de direitos de exclusividade gerava questionamentos constantes, uma vez que, a rigor, suas existência e manutenção eram contraditórias com a própria concepção do processo de integração da União Europeia, que, muito tempo antes, já visava ao objetivo maior do mercado comum⁹⁰. Com efeito, tais monopólios e direitos de exclusividade não estavam adequados com a consecução de tal

border ones (which had to be purchased from two or more PTOs), was too high in the EC when compared to the USA, which made self-provision a very costly alternative”. LAROUCHE, *Competition Law and...*, p. 2.

⁸⁶ Caso *British Telecommunications*, de número 41, do ano de 1983: UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Caso 41/83. Italy v. Commission*. 1983. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

⁸⁷ Sobre o Tribunal de Justiça, veja-se: JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência...*, p. 79.

⁸⁸ Sobre o direito comunitário da concorrência, veja-se: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010.

⁸⁹ Para maiores esclarecimentos sobre a criação de uma cultura de concorrência, veja-se: MUNHOZ, *Direito, livre concorrência...*, p. 87.

⁹⁰ Sobre o objetivo maior da União Europeia de atingir um mercado comum, explica Augusto Jaeger Junior: “Ademais do atingido nos estágios anteriores, um mercado comum requer a liberalização não apenas da circulação de bens, mas também de todos os demais fatores de produção, isto é, as pessoas, os serviços e os capitais, para os quais, a partir de então, não existam obstáculos para entrada e saída no interior de cada Estado-membro. [...] É a fase do processo de integração que prevê as liberdades fundamentais como meta, como ambiente natural [...]. O mercado comum também implica em coordenação de políticas macroeconômicas”. JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência...*, p. 96.

finalidade de se atingir um efetivo mercado comum (e interno⁹¹), uma vez que o mesmo pressupõe, dentre outros requisitos, justamente, as liberdades econômicas fundamentais de circulação de bens e de serviços⁹² (e, também, a liberdade de concorrência)⁹³.

Ademais, países como Estados Unidos da América e Japão já haviam iniciado suas reformas e estavam apresentando melhoras em suas telecomunicações, em termos de infraestrutura e de serviços, gerando apreensão⁹⁴ das autoridades comunitárias de que a Europa poderia ficar obsoleta e ser completamente ultrapassada e superada neste setor que já se reconhecia ser de máxima importância⁹⁵.

Outrossim, entendia-se que a limitação de atuação das operadoras, de acordo com as fronteiras de cada Estado-membro, impedia um ganho maior de escala para as empresas em âmbito comunitário, especialmente considerando a característica particular das telecomunicações de funcionamento em rede⁹⁶, com utilização de infraestruturas essenciais⁹⁷,

⁹¹ Posteriormente, o objetivo de mercado comum foi suplantado pela meta de se atingir um mercado interno, o qual, de acordo com o Ato Único Europeu, deveria ser atingido até a data de 31 de dezembro de 1992. Novamente, explica Augusto Jaeger Junior: “Ele introduziu uma nova etapa no processo de integração, substituiu o enfoque funcionalista e constitucional de derivação francesa por um enfoque evolutivo e federalista de derivação alemã, representou o afastamento de um relativo cansaço e promoveu uma das maiores revisões dos Tratados fundacionais, introduzindo artigos específicos no TCEE e estabelecendo especialmente a data de 31 de dezembro de 1992 para a conclusão do mercado interno, que é, como será visto na próxima parte, a fase considerada como decorrente da evolução do mercado comum”. JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência...*, p. 54.

⁹² Como já constava no Tratado que constitui a Comunidade Europeia (TCE): “1. A União adota as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento, em conformidade com as disposições pertinentes dos Tratados. 2. O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado que institui a Comunidade Europeia*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 nov. 2010. Art. 26.º (1) e (2).

⁹³ Sobre a concepção da liberdade de concorrência como uma quinta liberdade econômica fundamental da União Europeia, veja-se: JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência...*, p. 731.

⁹⁴ Sobre as apreensões da União Europeia à época, em decorrência das reformas em andamento nos Estados Unidos da América e no Japão, veja-se: ALABAU; GUIJARRO, *The electronic communications...*, p. 107.

⁹⁵ Para uma análise mais detalhada acerca da importância do setor já àquela época, veja-se: RAUN; CAPITO, *The emergence of...*, p.52.

⁹⁶ Sobre as externalidades decorrentes do funcionamento em rede do setor, veja-se: “An externality that is discussed much in this age of information and communication technology is a network externality. Networks have a fundamental economic characteristic: The value of connecting to a network depends on the number of other people already connected to it. It is better to be connected to a bigger network than to a smaller one. [...] It is said that markets with network externalities are ‘tippy’ markets. These markets tend to go from one extreme to another. They are described as winner-takes-all-markets. In these markets, the bigger-is-better characteristic gives rise to positive feedback. Positive feedback makes the strong gets stronger and the weak gets weaker, leading to extremes outcomes”. HARRISON, Jeffrey; THEEUWES, Jules. *Law and economics*. New York: W. W. Norton & Company, 2008. p. 67.

⁹⁷ Sobre as características e implicações da existência de infraestruturas essenciais nas telecomunicações, veja-se: “A existência de assimetria de poder de mercado, que se estabeleceu necessariamente nos setores após privatização, e a abertura para novos concorrentes, tanto no mercado com características de monopólio natural quanto nos mercados à jusante (*downstream*) que utilizam esses serviços como insumos para seus produtos. Portanto, os problemas concorrenciais em setores antes monopólio natural tem como núcleo a existência de

em que uma atuação mais ampla das operadoras, não limitadas a um determinado Estado-membro, poderia representar ganhos para o então mercado comum.

Assim, ao mesmo tempo, a realidade da época indicava, de um lado, a existência de mercados de telecomunicações fragmentados e eminentemente monopolizados pelas operadoras de cada Estado-membro, operadoras estas extremamente relevantes nacionalmente. De outro lado, indicava a necessidade de superação de tal realidade monopolista⁹⁸, fosse, especialmente, para possibilitar a consecução da finalidade precípua do próprio processo de integração, fosse, ainda, para impedir que este importante setor se tornasse obsoleto, inclusive se comparado com as principais potências mundiais na época.

Diante desta realidade de então, era preciso encontrar uma maneira, um modelo, que possibilitasse a reforma do setor, com o rompimento dos monopólios e a liberalização e a implementação da concorrência, mas que respeitasse as diferenças existentes entre cada Estado-membro. Tal modelo ainda deveria possibilitar a evolução sem, no entanto, implicar uma alteração radical de disciplina no segmento, sob pena de possível colapso das operadoras nacionais e, por consequência, dos próprios Estados-membros que, na verdade, eram os proprietários das mesmas.

Enfim, era necessário criar um modelo para liberalizar a concorrência no setor que fosse perfeitamente adaptado às características e às peculiaridades da realidade comunitária, acima abordada. Era preciso chegar a um modelo que fosse capaz de lidar com as diferentes expectativas de cada Estado-membro e dos órgãos da então Comunidade Europeia. Como será exposto, estas características da época foram determinantes para a criação de um modelo

insumos essenciais (*essential facilities*) [...] O conceito de *essential facility* sugere uma relação entre dois mercados, o mercado à montante (*upstream*) e à jusante (*downstream*). Frequentemente, as empresas que detém a instalação essencial atuam nos dois mercados, ou seja, são integralmente verticalizadas. Contudo, as empresas que demandam essa instalação, o que para elas é um insumo, atuam somente no mercado *downstream*, dando a primeira grande poder de mercado”. SILVA, Alexnaldo Cerqueira da. *Essential facility theory: uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados*. Revista do IBRAC. São Paulo: IBRAC. v. 13. n. 1, 2006. p. 21. Para outras informações sobre infraestruturas essenciais, veja-se: CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 138.

⁹⁸ Como consignado no já referido Livro Verde que deu início à liberalização do setor: “In order to create an open and dynamic market in this area it therefore seems necessary to introduce regulatory changes to improve the sector environment. These changes should allow the full development of the supply of services and equipment, thus making it possible for industry to take full advantage of this potential. In particular, national frontiers should not be allowed to hamper the development of a consistent communications system within the European Community. The purpose of the Green Paper on telecommunications is to initiate wide-ranging discussions with all those concerned so as to help the Community and its Member States to introduce the necessary changes to their systems of regulation”. UNIÃO EUROPEIA. *Livro Verde relativo ao desenvolvimento...*, p. 1.

próprio de reforma na União Europeia, a seguir apresentado e analisado. Consoante será demonstrado na presente dissertação, este modelo foi de grande relevância para as evoluções que decorreram até a formatação do quadro regulamentar atual do setor, que igualmente será analisado.

A.2 - Modelo da União Europeia

Como destacado, havia uma série de peculiaridades e dificuldades próprias da realidade comunitária da época, as quais impossibilitavam que simplesmente se copiasse ou se inspirasse diretamente em alguma das experiências mundiais de promoção de reforma da disciplina das telecomunicações. Era preciso – ou, pelo menos, recomendado – que se criasse um modelo próprio da União Europeia de reforma e liberalização da concorrência no setor, que estivesse adequado a tais peculiaridades. Deveria ser um modelo que respeitasse a importância que as operadoras já possuíam em seu respectivo Estado-membro, que não ignorasse as diferenças existentes nas telecomunicações entre cada um dos Estados-membros, que fosse capaz de compatibilizar, de alguma forma, as diferentes expectativas e pretensões de cada Estado-membro e que compreendesse a falta de experiência (e de interesse, algumas vezes) da grande maioria dos Estados-membros na introdução de concorrência nos seus setores nacionais.

Além disso, era preciso que este modelo também se adequasse às características próprias do setor de telecomunicações⁹⁹, as quais eram realçadas e potencializadas, justamente por se tratar de uma iniciativa que iria lidar com diferentes mercados, vitais para cada um dos Estados-membros e para o bloco, mas que, até então, estavam fragmentados e sem qualquer uniformidade ou tratamento efetivamente comum.

⁹⁹ Sobre as características e as peculiaridades do setor, que necessitavam de atenção no momento de introdução das reformas, veja-se: “Telecommunications network are for good reason called the ‘nervous systems’ of modern societies, and their strategic importance is beyond doubt. It is also beyond question that some telecommunication services should be provided universally. And lastly, huge amounts of money are at stake. Only after having taken all of this into account, can one try to ask – and answer – the question about how much (and how protected) competition and how much and what kind of regulation should there be”. JASINSKI, Piotr. Competition rules and regulations in telecommunications. The case of Poland’s intent to join the EU. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. Westport: Praeger Publishers. 1997. p. 129.

Assim, por exemplo, o modelo da reforma do setor deveria enfrentar e decidir sobre a necessidade de universalização de alguns serviços básicos, a fim de assegurar um patamar mínimo de serviços e de infraestrutura do setor a todos no espaço comunitário, mesmo após o início da introdução da concorrência¹⁰⁰. Com a abertura da concorrência e o natural surgimento de novos atores no mercado, bem como com a maior circulação de informações entre as diversas redes espalhadas pelo espaço comunitário, também era importante que se assegurasse um padrão básico de proteção dos dados e de privacidade contra as ameaças peculiares do setor¹⁰¹. No mesmo sentido, o modelo deveria enfrentar a proteção dos interesses específicos de consumidores e de portadores de necessidades especiais dentro do bloco¹⁰².

Seguindo nos pontos que ainda deveriam ser enfrentados quando da decisão acerca do modelo de reforma do setor a ser usado pela União Europeia, já se sabia previamente, até mesmo pela experiência comparada, que a abertura da concorrência demandaria um sistema adequado e preparado para prevenção e repressão de práticas anticoncorrenciais peculiares e inerentes às telecomunicações. Nesse sentido, era sabido que iriam surgir e deveriam ser combatidas práticas como, por exemplo, imposição de barreiras técnicas ou cobrança de valores excessivos para a interconexão¹⁰³, instituição de subsídios cruzados¹⁰⁴, atribuições

¹⁰⁰ Sobre a relevância da universalidade quando da implementação da concorrência no setor, veja-se: “Those who opposed the abolition of monopoly rights have consistently put forward the argument that the TO’s ability to supply telecommunications services at an affordable price to the entire population of a particular Member State, would be jeopardized by the introduction of competition. New entrants, unburdened by the obligation to provide a uniform supply, would concentrate their efforts on providing profitable services to particularly wealthy customers, whilst leaving less profitable activities aside. The fear that, to the customers’ detriment, universal supply at an affordable price could be substituted by such ‘cream-skimming’ was, however, immediately countered by the argument that universal supply could be ensured by a regulatory framework, whereby Universal Service obligations would be imposed on the former monopolists”. BARTOSCH, Andreas. *The liberalization of European telecommunications and broadcasting markets: the road from monopolies to competition and universal service*. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 98.

¹⁰¹ Sobre a importância da proteção de dados e da segurança das redes para um bom funcionamento do setor, especialmente na União Europeia, veja-se: RODER-MESSELL, Ernst; KOENIG, Christian. *Data Protection and Privacy*. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 475.

¹⁰² Sobre a proteção de interesses dos consumidores e de portadores de necessidades especiais no setor, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Para uma Europa do Conhecimento: A União Europeia e a Sociedade da Informação*. Manuscrito concluído em outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2006. p. 5.

¹⁰³ Sobre discriminação em acesso a redes, veja-se: “O terceiro caso trata da fixação de preço de acesso em nível discriminatório para o concorrente, relativamente ao preço oferecido pela incumbente para si mesma ou sua subsidiária à jusante, de modo que os custos para os competidores efetivos ou potenciais aumentam, inviabilizando sua oferta a preço competitivo com relação à empresa estabelecida. Nos serviços com suporte em rede, características de setores regulados, existem incentivos em discriminar o preço de acesso, no caso das tarifas de uso da rede fixa, pelo teto tarifário a um concorrente no mercado de serviços à jusante, ao passo que o

discriminatórias de autorizações e vendas casadas¹⁰⁵, especialmente em mercados convergentes.

Da mesma forma, também era sabido que, em razão da natureza do setor e dos objetivos buscados, seria necessário, de alguma maneira, assegurar e/ou incentivar a continuidade e o crescimento da inovação¹⁰⁶ e o desenvolvimento de infraestruturas alternativas¹⁰⁷ àquelas dominadas pelas empresas monopolistas. Por fim, e o que já se sabia ser essencial, em razão do histórico e da realidade de fragmentação até então imperante, o modelo optado pela União Europeia deveria criar algum mecanismo que possibilitasse a harmonização de padrões técnicos¹⁰⁸, a interconexão e a interoperatividade¹⁰⁹ entre os diversos e diferentes serviços e estruturas existentes dentro do espaço comunitário.

preço cobrado para si mesma através de sua subsidiária é bem inferior”. SILVA, *Essential facility theory...*, p. 225.

¹⁰⁴ Sobre subsídios cruzados, veja-se: “Com respeito à prática do subsídio cruzado, ocorre quando as receitas que são obtidas no mercado onde a empresa possui o maior *market share* – resultado da atividade da incumbente em uma instalação essencial – e que na tentativa de alavancagem do seu poder de mercado, estes ganhos são revertidos para oferecer em outro mercado preços mais baixos através de sua subsidiária, geralmente abaixo do custo marginal, em prejuízo de novos concorrentes”. Idem, p. 225.

¹⁰⁵ Sobre vendas casadas em setores que funcionam em rede, como as telecomunicações, veja-se: “Por último, a venda casada (*tying*) quando associado à utilização da *essential facility*, e, portanto, na posição dominante, faz aumentar os custos de transferência para os usuários, pois estes adquirem mais de um serviço. No caso de uma concorrente que precise do insumo da concorrente para prestar seus serviços no mercado em que a dona da *facility* também atua. Esta por sua vez, usa sua posição para dificultar indiretamente a concorrente impondo condições a esta para oferecer serviços que no momento não seria possível de cumprir, inviabilizando o negócio”. Idem, p. 226.

¹⁰⁶ Sobre a relevância e as implicações da inovação para a concorrência e a regulação no setor, veja-se: BOURREAU; DOGAN, *Regulation and innovation...*, p. 170.

¹⁰⁷ Sobre a relevância do desenvolvimento de infraestruturas alternativas no setor, veja-se: “Em alguns setores – como é o caso, especificamente, das telecomunicações – a mudança tecnológica permite a criação de novas redes sem custos fixos impeditivos. É importante, então, garantir um grau de concorrência adequado entre as redes. Através dessas novas redes os concorrentes são capazes de obter retornos crescentes de escala com muito mais facilidade que se tentarem concorrer em redes já dominadas internamente pelos detentores de infra-estrutura. Nesses casos, do ponto de vista econômico, a curva de custos do detentor da rede (por hipótese, rede ‘A’) atinge nível incomensuravelmente menor que o do entrante que tenta contestá-lo. Esse jamais conseguirá alcançá-lo, pois o preço do detentor da infra-estrutura será sempre menor”. SALOMÃO FILHO, *Regulação da atividade...*, p. 126. Em sentido semelhante: REDING, Viviane. From Service Competition to Infrastructure Competition: the Policy Options Now on the Table. In: ECTA Conference 2006, 16 nov. 2006, Brussels. *Speech 2006/697*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009.

¹⁰⁸ Sobre a relevância da harmonização de padrões técnicos, especialmente na União Europeia, veja-se: BRAUN; CAPITO, *The emergence of EC...*, p. 57.

¹⁰⁹ Sobre interoperatividade, veja-se: “Mas, para tanto, é preciso que as redes possuam interoperatividade, isto é, características técnicas comuns, ocorrendo a interconexão em um componente individualizado da rede – elemento de rede – que tanto pode fazer parte de sua infra-estrutura quanto ser um equipamento autônomo, destinado a prover facilidades e funções, inclusive informações relacionadas à tarifação, transmissão, roteamento”. ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 22.

Diante de todo este cenário, especialmente a Comissão¹¹⁰ conduziu os estudos acerca do modelo que seria mais adequado para a reforma no setor. Como consequência, em 1987¹¹¹, a Comissão publicou o Livro Verde¹¹² relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações¹¹³. Neste Livro Verde, foram apresentados os desafios que eram vislumbrados – os principais já mencionados acima – e, no que viria a ser uma constante de extrema relevância nos passos posteriores da reforma, como será demonstrado, desde logo foram expressamente referidos os objetivos que eram visados.

Neste sentido, em tal Livro Verde restou consignado que o objeto imediato da reforma seria a criação das condições necessárias para que o próprio mercado pudesse proporcionar a todos os cidadãos do bloco uma grande variedade de serviços de telecomunicações, de alta qualidade e baixo custo¹¹⁴, de forma a fortalecer um setor efetivamente comunitário, e não apenas nacional, em termos de infraestrutura avançada de telecomunicações e de serviços e equipamentos, contribuindo para a melhoria da competitividade da indústria e dos prestadores de serviços da União Europeia¹¹⁵.

¹¹⁰ Para maiores informações sobre a Comissão, especialmente sobre o seu papel relacionado à concorrência, veja-se: JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência...*, p. 78.

¹¹¹ Já em 1984, a Comissão havia editado outra Comunicação, que, formalmente, pode ser considerado o marco inicial desta reforma, o *Action plan in relation to the telecommunications sector*. Contudo, tratava-se, ainda, de documento relativo a aspectos mais técnicos, sem a abrangência e a clara declaração de objetivos e propostas, como o observado no mencionado Livro Verde, motivo pelo qual se refere a este como sendo o marco inicial efetivo da reforma. Nesse sentido: BRAUN; CAPITO, *The emergence of...*, p. 52.

¹¹² Sobre o conceito de Livros Verdes, veja-se: “Green Papers are consultative documents aimed at eliciting views from interested parties on policy issues prior to the preparation of proposals for Community legislation. Such papers may thus stop short taking position, and instead set out the relevant policy options in as a neutral manner as possible. However, the underlying purpose is to signal the need for change in the face of technological and/or market development”. BERBEN, Cor; CLEMENTS, Bernard. *The European framework for competition in telecommunications. The benefits for peripheral countries. Telecommunications Policy*. v. 19. n. 4. Reino Unido: Elsevier, 1995. p. 276.

¹¹³ Assim constou dentre as justificativas apresentadas em tal Livro Verde para a reforma do setor: “In general, an open, competitive market for new service providers and terminal manufacturers can make a substantial contribution to the rapid spread of new services, under the current conditions of rapid development of technology and markets opportunities. Given the complexity and multiplicity of the emerging telecommunications services, only the market can efficiently link the producer with the consumer. Economics knows of no other means of fulfilling this purpose and all attempts to replace it by something else has so far failed”. UNIÃO EUROPEIA, *Livro Verde relativo ao desenvolvimento...*, p. 1.

¹¹⁴ Sobre os objetivos imediatos da reforma, assim constou no referido Livro Verde: “The overriding aim is to develop the conditions for the market to provide European users with a greater variety telecommunications services, of better quality and at lower cost affording Europe the full internal and external benefits of a strong telecommunications sector”. *Idem*, p. 3.

¹¹⁵ Sobre os objetivos mediatos da reforma, assim constou no aludido Livro Verde: “Since 1984, the Community has made substantial progress in this field, by implementing a policy aimed at promoting the creation of an advanced European telecommunications infrastructure; contributing to the creation of a Community-wide market for services and equipment; and contributing to the competitiveness of European industry and service providers”. *Idem*, p. 13.

Não obstante, também ficou previsto que estes objetivos imediatos estavam intrinsecamente relacionados ao objetivo mediato e maior¹¹⁶, inerente à própria natureza do processo de integração, de consecução de um efetivo mercado comum/interno¹¹⁷ das telecomunicações, livre de barreiras. Ou seja, na linha do que depois ocorreu constantemente em todas as sucessivas etapas da reforma, como será exposto, já quando do início da definição do modelo da União Europeia de reforma do setor, com rompimento dos monopólios e introdução da concorrência, restou esclarecido que a implantação da concorrência no setor era, em si, efetivamente um objetivo buscado; mas era, também, um meio para se atingir outros objetivos igualmente visados não só na reforma, como no próprio processo de integração.

Justamente em razão do reconhecimento da existência de múltiplos objetivos para a realização da reforma no setor, e também por se reconhecer que a realidade da época, como visto, impediria uma ruptura radical do cenário que estava consolidado há anos, igualmente neste Livro Verde foi consignada a decisão dos órgãos do bloco de realizarem um processo gradual de reforma no setor¹¹⁸, o qual consistiria na aplicação concomitante do direito da concorrência e de normativas regulatórias específicas para o setor. Concluiu-se que a simples quebra dos monopólios, com a imediata abertura total dos mercados e a aplicação exclusiva do direito da concorrência, além de poder provocar prejuízos para toda a sociedade, ainda não teria o condão de conduzir, na prática, à concorrência e aos demais objetivos visados na reforma.

Portanto, como uma alternativa menos impactante, a União Europeia optou por realizar um processo gradual de implantação da concorrência no setor. Não se faria a abertura em um único movimento, mas em graduais e sucessivas etapas, formando um processo próprio de evolução da disciplina no setor. Este processo consistiria na aplicação

¹¹⁶ Sobre o objetivo maior da reforma, constou no mencionado Livro Verde: “On the basis of the foregoing analysis, the following seem to be major points to be considered for any attempt to find agreement for broad regulatory aims for the telecommunications sector in the Community. The major objective must be the completion of the Internal Market by 1992”. UNIÃO EUROPEIA, *Livro Verde relativo ao desenvolvimento...*, p. 238.

¹¹⁷ Para informações e detalhes sobre os mercados comum e interno da União Europeia, veja-se: JAEGER JUNIOR, *Mercados comum e...*

¹¹⁸ Sobre o processo gradual de reforma do setor escolhido pela União Europeia, veja-se: “Changes in regulation at a European level must take account of and build on the differing regulatory histories and national features of the Member States. This implies that change must be introduced progressively, to allow re-organisation to take place smoothly over the whole of the Community. Given their importance and wide ramifications, regulatory changes in telecommunications can only be introduced progressively. Time must be allowed for present

concomitante do direito da concorrência e de regulação setorial específica¹¹⁹, a ser editada a fim de impor aos Estados-membros a obrigação de liberalizarem o setor e de solucionarem as falhas do mercado que surgissem durante o processo, sempre visando aos objetivos previamente estabelecidos.

Contudo, esta opção por uma gradual introdução da concorrência, com auxílio de regulação setorial específica não era suficiente para enfrentar todos os desafios impostos pela realidade da época ou para assegurar o atingimento dos objetivos visados. Como anteriormente destacado, cada Estado-membro possuía seu histórico no setor, com suas particularidades, vantagens e dificuldades, de forma que, mesmo este processo gradual de liberalização da concorrência no setor deveria ser realizado de forma passível de ser adaptada à realidade de cada Estado-membro, e não simplesmente imposta a todos de maneira genérica e indiscriminada.

A solução encontrada para este desafio foi a adoção de um sistema de aproximação legislativa¹²⁰, através da edição de diretivas¹²¹. As denominadas diretivas consistem em uma peculiar espécie de ato legislativo do bloco¹²², pela qual é estabelecida meta regional comum,

structures which have grown up historically over a long period, to adjust to the new environment". UNIÃO EUROPEIA, *Livro Verde relativo ao desenvolvimento...*, p. 23.

¹¹⁹ Sobre a necessidade de aplicação conjunta do direito da concorrência e de normativas setoriais, especialmente durante o período de reformas na disciplina das telecomunicações, veja-se: “El derecho de la competencia es un instrumento útil para evitar conductas colusorias y abusos del monopolista, entre ellos el reforzamiento de su posición dominante, pero su eficacia es limitada cuando el objetivo es fomentar activamente el desarrollo veloz de competencia efectiva en el sector. Así pues, el éxito de la liberalización depende de la firme aplicación del derecho de la competencia, pero éste debe ser complementado”. MONTERO PASCUAL, Juan; SOUTO SOUBRIER, Luis. De la desmonopolización a la competencia efectiva: aplicación de la normativa antitrust comunitaria española en el sector de las telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*. n. 4. p. 2. ago. 1998. p. 28. Em sentido semelhante: “One of the main objectives of sector-specific regulation is to ensure an evolution to a self-sustaining pro-competitive market structure in which the firms behave in a competitive manner so that benefits from competition, in terms of lower prices, better quality and extended variety of product choice, are attained. Another important objective of regulation is to attain the maximal market growth in terms of both volume and value so that markets achieve both lower costs and new products”. BOURREAU, *Regulation and innovation...*, p. 168. Também, na doutrina nacional: SALOMÃO FILHO, *Regulação da atividade...*, p. 167.

¹²⁰ Sobre harmonização legislativa na União Europeia, veja-se: JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência...*, p. 199.

¹²¹ Para um conceito de diretiva, consoante consta no Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (TFUE): “Para o desempenho das suas atribuições e nos termos do presente Tratado, o Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adoptam regulamentos e diretivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres. A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 nov. 2011. art. 249.

¹²² Sobre o conceito de diretiva na doutrina, veja-se: “As diretivas, por sua vez, são atos emitidos pelo Conselho ou pela Comissão que vinculam o Estado-membro quanto ao resultado a ser alcançado. Deixa-se, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios de implementação do seu conteúdo no ordenamento interno. Assim, é ato pelo qual a autoridade competente determina resultado a ser alcançado, no

que vincula todos os Estados-membros, mas que possibilita a cada um deles escolher a forma que melhor lhe aprouver para sua adoção, no respectivo prazo assinalado. Basicamente, a partir da edição de uma diretiva, é fixado que até a data expressamente prevista no documento todos os Estados-membros necessitarão ter efetivamente adotado, viabilizado e implementado o resultado concreto previsto na diretiva. Contudo, a forma desta implantação não é prévia e estritamente determinada. É deixada à discricionariedade de cada Estado-membro a decisão de como será atingido o resultado previsto, tanto do ponto de vista formal (o modo de se introduzir a obrigação no ordenamento jurídico nacional), quanto em relação ao aspecto prático (a forma de se assegurar que a meta será realmente respeitada).

Desta forma, através da edição de diretivas, era possível promover um processo gradual de liberalização do setor, com a imposição de datas limites para a introdução de cada uma das etapas aventadas, deixando-se ao arbítrio de cada um dos Estados-membros, todavia, a forma pela qual tais etapas seriam atingidas. Tal bem solucionava¹²³ a necessidade de consideração e respeito às peculiaridades de cada Estado-membro, sem abrir mão, porém, do compromisso com as determinações comuns.

Historicamente, a competência para decidir as questões envolvendo a regulação e a harmonização de setores na União Europeia, visando à consecução do mercado interno, sempre havia sido do Conselho. Normalmente, era o Conselho que, com base no antigo artigo 95 do Tratado que institui a Comunidade Europeia¹²⁴ (TCE), hoje artigo 114 do Tratado sobre

interesse comum. Ao contrário dos regulamentos, que visam uma uniformização, estes atos normativos são mais flexíveis, e buscam apenas uma espécie de harmonização comunitária. Ambicionam uma aproximação das legislações nacionais. Dão liberdade aos Estados-membros quanto à forma e aos meios pelos quais deverá ser atingido um determinado objetivo”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 189. No mesmo sentido: “A directive establishes regional policy. It is then left to the member states to implement the directive in whatever way is appropriate to their national legal system. This may require a new statute, a President decree, an administrative act or even a constitutional amendment. Sometimes it may require no action at all”. FOLSOM, Ralph. *European Union law in a nut Shell*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1999. p. 35.

¹²³ Sobre a utilização exitosa de diretivas no processo de reforma, veja-se: “A utilização de diretivas para harmonizar legislações nacionais e para obrigar os Estados-membros a implementarem determinadas medidas já havia se mostrado exitosa na Comunidade Europeia. Neste sentido, destaca-se a Diretiva n. 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985, em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos: ‘Por todas estas características, que são mais maleáveis que as dos regulamentos, mas, sobretudo, pela identificação das diretivas com o propósito de harmonização, entre outros processos que poderiam ter sido preferidos, é que se julga ter o Conselho acertadamente optado pela elaboração de uma diretiva na matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos’”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da...*, p. 189.

¹²⁴ Este era o teor do aludido artigo 95 do TCE: “Em derrogação do artigo 94.º e salvo disposição em contrário do presente Tratado, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objectivos enunciados no artigo 14.º. O Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 251.º, e após consulta do Comité Económico e Social, adopta as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e

o funcionamento da União Europeia (TFUE), editava diretivas com este objetivo de harmonização e busca do mercado interno nos diversos setores. Em tais diretivas, não havia a participação direta da Comissão, sendo que, à época, o Parlamento Europeu¹²⁵ já era envolvido, mas apenas em uma limitada extensão. Posteriormente¹²⁶, tal competência inerente ao referido artigo 114 do TFUE (ex-artigo 95 do TCE) passou a ser compartilhada com o Parlamento Europeu, mantendo-se, porém, a Comissão afastada do respectivo processo legislativo.

À época, o Conselho defendia¹²⁷ que a liberalização do setor realmente deveria ser realizada através de diretivas por ele editadas, conjuntamente com o Parlamento, com fundamento no aludido artigo 114 do TFUE (ex-artigo 95 do TCE). Para a maioria dos integrantes do Conselho, o primeiro e principal objetivo da reforma seria o de assegurar a integridade das redes no bloco, através da harmonização de requisitos técnicos e da total interconectividade entre as redes públicas nacionais. A criação de um mercado aberto de serviços de telecomunicações seria uma consequência que, progressivamente, adviria desta harmonização. Justamente por este motivo é que, no entendimento que pode ser depreendido das manifestações do Conselho à época, o processo de liberalização do setor deveria ser baseado no mencionado artigo 114 do TFUE (ex-artigo 95 do TCE), com medidas de harmonização entre os Estados-membros.

Como consequência deste entendimento, o Conselho dava prioridade, inicialmente, ao funcionamento adequado das redes em todo o bloco, com obrigações claras de interconexão e de interoperatividade, mas sem uma postura efetivamente combativa aos monopólios e aos direitos de exclusividade então existentes. Não havia necessidade, no entendimento do Conselho, de uma referência expressa à liberalização da concorrência em algum serviço ou em alguma infraestrutura. Tal liberalização, na visão do Conselho, não seria um objetivo direto e imediato efetivamente a ser buscado, mas uma decorrência que, com o tempo, acreditava-se que a harmonização do setor poderia trazer.

administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno”. UNIÃO EUROPEIA, *Tratado que institui...*, art. 95. Atualmente, consiste no art. 114 do TFUE.

¹²⁵ Para maiores informações sobre a atuação do Parlamento, veja-se: ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 430.

¹²⁶ Para maiores detalhes sobre as alterações introduzidas pelo TCE, veja-se: JAEGER JUNIOR, *Mercados comum e...*

¹²⁷ Sobre a posição do Conselho à época, veja-se: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 42.

No entanto, a Comissão julgava que, se permanecesse a cargo do Conselho a edição das respectivas normativas, haveria um atraso significativo na efetiva introdução da concorrência no setor, uma vez que muitos Estados-membros, receosos de que suas empresas pudessem perder espaço nos mercados nacionais, eram contrários a uma rápida liberalização¹²⁸. Para a Comissão, o primeiro e principal objetivo da reforma seria exatamente o de liberalizar o setor, rompendo com os monopólios e direitos de exclusividade existentes, de forma a se atingir um mercado europeu de telecomunicações concorrencial. A harmonização técnica e a interoperatividade das redes também seriam relevantes, mas não seriam o principal foco e a força motriz da reforma.

A Comissão, como consignado no Livro Verde antes abordado, entendia que os monopólios e os direitos de exclusividade mantidos pelos Estados-membros também estavam sujeitos às regras de concorrência então vigentes, razão pela qual caberia à Comissão o papel de assegurar o cumprimento destas regras, inclusive através da edição de diretivas endereçadas aos Estados-membros, consoante previsto no artigo 106 do TFUE (ex-artigo 86 do TCE)¹²⁹. Este dispositivo consiste em uma das poucas disposições do hoje TFUE que asseguram diretamente à Comissão o poder de ditar regras através de diretivas. No procedimento para emissão de tais diretivas, com base no mencionado dispositivo, não há a previsão de participação direta, nem do Conselho, nem do Parlamento, o que fortalece a posição da Comissão quando da edição destas normativas.

De acordo com a Comissão, os mencionados artigos 106 e 114 do TFUE (ex-artigos 86 e 95 do TCE) seriam complementares, e não conflitantes¹³⁰. O primeiro deveria ser utilizado pela Comissão para editar diretivas visando à implementação da concorrência no

¹²⁸ Sobre a posição da Comissão em relação ao processo de liberalização da concorrência, veja-se: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 39.

¹²⁹ Esta é a redação do aludido artigo 106 TFUE (ex-artigo 86 do TCE): “1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 18.º e 101.º a 109.º, inclusive. 2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União. 3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas”. UNIÃO EUROPEIA, *Tratado sobre o...*, art. 106 (1), (2) e (3).

¹³⁰ A posição da Comissão pode ser vislumbrada em sua proposta apresentada ao Conselho em 1989: UNIÃO EUROPEIA. *Proposal for a Council Directive on the establishment of the internal market for telecommunications services through the implementation of Open Network Provision*. COM(88) 825. 09 jan. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

setor, e o segundo deveria fundamentar diretivas editadas pelo Conselho, com participação do Parlamento, com o intuito de harmonizar o setor e de rechaçar quaisquer barreiras previstas nas legislações nacionais¹³¹.

A rigor, uma análise de tais dispositivos revela que não havia qualquer óbice para que o Conselho editasse as diretivas através do artigo 114 TFUE (ex-artigo 95 TCE), mesmo em relação à introdução da concorrência. O que se observa, contudo, é que havia uma aparente preocupação da Comissão com os rumos da reforma, caso a edição das diretivas ficasse a cargo do Conselho. Os Estados-membros contrários ao rompimento de seus monopólios poderiam exercer mais pressão e influência para tentar obstar ou retardar a liberalização do setor. Já a edição das diretivas com base no artigo 86, por ficar sob a responsabilidade direta e exclusiva da própria Comissão, poderia estar mais imune a estas pressões¹³². Havia, portanto, uma clara disputa entre Conselho e Comissão para verificar a base legal para a edição das diretivas e, por consequência, para definir as prioridades e a velocidade de liberalização e de implantação da concorrência no setor, especialmente no que tange à possibilidade de manutenção dos antigos monopólios.

Já o Parlamento concordava com o Conselho em relação à adequação da utilização do artigo 114 do TFUE (ex-artigo 95 do TCE) como base legal para promover a liberalização do setor¹³³. Contudo, os motivos do Parlamento eram outros para discordar da posição da Comissão. Segundo o Parlamento, a liberalização total da concorrência no setor poderia acabar sendo realizada às custas dos consumidores, já que a quebra dos monopólios poderia aguçá-la a busca do lucro pelas empresas, afetando a oferta universal de serviços básicos de

¹³¹ Para maiores detalhes sobre esta complementariedade dos referidos artigos 86 e 95 do antigo TCE, veja-se: BRAUN; CAPITO, *The emergence of...*, p. 57; e KOENIG, Christian; LOETZ, Sascha. Framework for Network and Interconnection. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 368.

¹³² Sobre a possibilidade da Comissão editar diretivas de forma mais isenta das pressões dos Estados-membros, veja-se: “In legal terms, the above excerpt shows that the Commission anticipated that it might be necessary to ‘roll back’ the domain of monopoly rights granted by Member States to their respective PTO. Even if prima facie it should be possible to do so within the context of a directive based on Article 95 EC (ex 100a), choosing that legal basis would leave the final word with the Council, where considerable resistance to any loosening of national monopolies could be expected from a number of Member States. The chances of success are far greater if the Commission could ultimately decide on the liberalization measures pursuant to Article 86(3) EC (ex 90(3))”. LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 42.

¹³³ Como restou consignado em uma Resolução do Parlamento editada em 1989, em que este propôs que a Comissão modificasse o entendimento acerca da base legal através da qual deveriam ser editadas as diretivas que iriam nortear a reforma do setor. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. *European Parliament Resolution of 23 November 1989 on competition in the telecommunications sector*. OJ C 323/118. 23 nov. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009.

telecomunicações com preços razoáveis. Ademais, de acordo com o Parlamento, monopólios e direitos especiais e de exclusividade não seriam necessariamente incompatíveis com o Tratado vigente à época, razão pela qual qualquer determinação que implicasse a sua abolição, proibição ou revogação consistiria em uma tomada de decisão visando ao estabelecimento do mercado comum, o que demandaria que as respectivas diretivas fossem necessariamente editadas a partir da base legal própria para tal finalidade, qual seja, o já referido artigo 114 do TFUE (ex-artigo 95 do TCE)¹³⁴.

Após grandes discussões e comentários sobre os posicionamentos divergentes entre Conselho, Comissão e Parlamento¹³⁵, em dezembro de 1989, chegou-se a uma solução ao impasse. Em decisão denominada por alguns de um “acordo político”¹³⁶ e, por outros, de apenas uma simples aceitação das posições divergentes, os três órgãos chegaram a um consenso acerca da base legal para implementar a concorrência nas telecomunicações no bloco. De um lado, a Comissão aceitou que a liberalização da concorrência no setor poderia ser mais lenta e gradual do que planejava, possibilitando a manutenção de alguns monopólios por períodos mais longos, especialmente em relação à telefonia fixa, que era a mais relevante à época, como destacado. Por outro lado, o Conselho reconheceu que, além da sua competência para normatizar a matéria, com base no 114 do TFUE (ex-artigo 95 do TCE), a Comissão também poderia editar diretivas com base no artigo 106 do TFUE (ex-artigo 86 do TCE).

Desta forma, quase que de maneira concomitante, Comissão e Conselho, cada um, emitiu uma diretiva própria, disciplinando aspectos diferentes da reforma. A Comissão emitiu

¹³⁴ Sobre a posição do Parlamento em relação ao modelo de implementação da concorrência, veja-se: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 43.

¹³⁵ As discussões e posicionamentos divergentes entre Conselho, Comissão e Parlamento à época podem ser melhor analisados e compreendidos nos documentos produzidos por cada um destes órgãos, a saber: UNIÃO EUROPEIA, *Proposal for a Council...*; UNIÃO EUROPEIA. *Council Resolution 30 June 1988 on the development of the common market for telecommunications services and equipment up to 1992*. OJ C 257. 30 jun. 1988. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009; UNIÃO EUROPEIA, *Livro Verde relativo ao desenvolvimento...*; UNIÃO EUROPEIA. *Commission Communication towards a competitive wide telecommunications market in 1992 implementing the Green Paper on the development of the common market for telecommunications services and equipment, state of discussions and proposals by the Commission*. COM(88) 48. 8 fev. 1988. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009; UNIÃO EUROPEIA, *European Parliament Resolution of...*; e UNIÃO EUROPEIA. *European Parliament Resolution on the need to overcome the fragmentation in telecommunications*. OJ 12. 16 jan. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009.

¹³⁶ Sobre a designação de “acordo político” para o consenso em questão, veja-se: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 45.

diretiva liberando a concorrência em serviços de telecomunicações¹³⁷, e o Conselho emitiu outra, disciplinando a harmonização para uso de redes de telecomunicações no bloco¹³⁸. Assim, decidiu-se pela atuação, tanto do Conselho, quanto da Comissão, no que tange à emissão de diretivas, visando à reforma do setor. Contudo, especificamente em relação à liberalização e à implantação da concorrência, as respectivas diretivas foram editadas pela Comissão, com fulcro no referido artigo 106 do TFUE (ex-artigo 86 do TCE).

Logo na primeira diretiva editada pela Comissão com fundamento no mencionado artigo 86¹³⁹, envolvendo a liberalização da concorrência e a vedação de manutenção de privilégios e direitos de exclusividade em relação aos equipamentos terminais utilizados pelos consumidores¹⁴⁰, a França, com o apoio de Itália, Bélgica, Alemanha e Grécia, questionou sua legalidade perante o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. De acordo com o questionamento, o artigo 106 do TFUE (ex-artigo 86 do TCE), utilizado como base legal para a diretiva em questão, não vedaria a manutenção de monopólios, privilégios e direitos de exclusividade, razão pela qual não poderia a Comissão proibi-los com suporte em tal dispositivo.

O Tribunal de Justiça, no caso que ficou conhecido como *Terminal Equipment*¹⁴¹, reconheceu a legalidade da respectiva diretiva e do procedimento adotado pela Comissão. Consoante decidido, o aludido artigo 86 efetivamente permitia, em tese, a manutenção de monopólios e direitos especiais e exclusivos nos mercados nacionais. Mas não de todos

¹³⁷ A liberalização inicial nos serviços de telecomunicações foi realizada através da Diretiva número 388, de 1990: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações*. Directiva 1990/388/EEC. 24 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

¹³⁸ A disciplina da época relativa à harmonização para uso de redes de telecomunicações no bloco foi introduzida pela Diretiva número 387, de 1990: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 90/387/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações*. Directiva 1990/387/EC. 24 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

¹³⁹ A primeira diretiva da Comissão com fundamento no artigo 106 do TFUE (ex-artigo 86 do TCE) relacionada ao tema havia sido editada antes mesmo de Conselho e Comissão terem chegado ao aludido consenso, consoante acima exposto.

¹⁴⁰ A liberalização da concorrência e a vedação de manutenção de privilégios e direitos de exclusividade em relação aos equipamentos terminais utilizados pelos consumidores foi editada pela Diretiva número 301, de 1988: UNIÃO EUROPEIA. *Directive on competition in the markets in telecommunications terminal equipment*. Directiva 1988/301/EEC. 16 mai. 1988. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

¹⁴¹ O caso *Terminal Equipment* recebeu o número 202, do ano de 1988: UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Caso 202/88. France v. Commission*. jun. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

eles¹⁴². Em qualquer hipótese, havia de se respeitar as normas do hoje TFUE, em especial as relativas ao direito da concorrência. Ou seja, o Tribunal decidiu que, a rigor, o mencionado artigo 86 não estabelecia vedação direta a todo e qualquer privilégio ou direito de exclusividade; mas, se algum privilégio ou direito de exclusividade estivesse em contrariedade com as demais disposições do Tratado, a Comissão poderia editar diretiva determinando, de forma geral para todos os Estados-membros, a sua vedação.

Além disso, no mesmo julgamento, o Tribunal esclareceu, ainda, que os artigos 106 e 114 do TFUE (ex-artigos 86 e 95 do TCE) eram complementares, não se sobrepondo ou conflitando entre si, razão pela qual não havia óbice algum para que a Comissão editasse diretivas com base no primeiro, visando à introdução da concorrência nas telecomunicações, ao mesmo tempo em que o Conselho editasse diretivas com base no segundo, disciplinando harmonização de redes¹⁴³. O Tribunal concluiu que tais dispositivos eram pertinentes a matérias diversas, de forma que poderiam ser utilizados por diferentes órgãos, inclusive de forma concomitante, mesmo em matérias semelhantes.

Com esta decisão, acabou se avaliando não só a forma de introdução da concorrência nos mercados da União Europeia, mas também o principal instrumento legislativo a ser utilizado e a sua respectiva base legal. Na prática, como será destacado, tal decisão foi de extrema relevância e teve significativos impactos, em especial assegurando maior celeridade¹⁴⁴ ao processo de liberalização da concorrência no setor, uma vez que, sem a participação direta do Conselho e do Parlamento Europeu na edição das principais diretivas,

¹⁴² Assim constou na aludida decisão do caso *Terminial Equipment*: “even though [article 86(1) EC] presupposes the existence of undertakings which have certain special or exclusive rights, it does not follow that all the special or exclusive rights are necessarily compatible with the Treaty”. UNIÃO EUROPEIA, *Caso 202/88. France v. Commission*, cons. 22.

¹⁴³ Novamente, nas palavras empregadas na aludida decisão do caso *Terminial Equipment*: “Article [95 ex] 100a is concerned with the adoption of measures for the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States which have as their object the establishment and functioning of the internal Market. As for Article [86 ex] 90, it is concerned with measures adopted by the Member States in relation to undertakings with which they have specific links referred to in the provisions of that article. It is only with regard to such measures that Article [86 ex] 90 imposes on the Commission a duty of supervision which may, where necessary, be exercised through the adoption of directive and decisions addressed to the Member States. It must therefore be held that the subject-matter of the power conferred on the Commission by Article [86(3) ex] 90(3) is different from, and more specific than, that of the powers conferred on the Council. The possibility that rules containing provisions which impinge upon the specific sphere of Article [86 ex] 90 might be laid down by the Council by virtue of its general power under other articles of the Treaty does not preclude the exercise of the power which Article [86 ex] 90 confers on the Commission”. *Idem*, cons. 26.

¹⁴⁴ O processo de reforma das telecomunicações mostrou-se mais célere, se comparado com os processos de liberalização de setores como os de correios e energia, os quais foram baseados na utilização do aludido artigo 114 do TFUE (ex-artigo 95 do TCE). Nesse sentido: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 52.

restou um pouco dificultada a atuação dos Estados-membros contrários (ou, pelo menos, críticos) ao rompimento dos monopólios estatais¹⁴⁵.

Assim, com este precedente do Tribunal de Justiça, restou consolidado o modelo da União Europeia de liberalização das telecomunicações. Com efeito, a fim de superar a realidade fragmentada de mercados nacionais monopolistas, a União Europeia optou por um processo gradual de introdução da concorrência, com extinção e vedação de monopólios, privilégios e direitos de exclusividade no setor em etapas, através de regulação específica introduzida por meio de diretivas editadas tanto pela Comissão, quanto pelo Conselho, com fundamento nos artigos 106 e 114 do TFUE (ex-artigos 86 e 95 do TCE).

De acordo com este modelo, os órgãos do bloco previamente indicavam quais eram os objetivos buscados na reforma que se seguiria – como ocorreu com o destacado Livro Verde – e, posteriormente, tais objetivos eram perseguidos com a utilização de diretivas, aplicáveis a todos os Estados-membros. Tais diretivas possibilitavam a harmonização legislativa entre os países, sem desconsiderar a realidade específica de cada um, ao imporem metas regionais comuns a serem alcançadas em cada uma das etapas da liberalização que se seguiram, com a evolução da disciplina do setor, até a realidade atual.

A devida compreensão deste modelo facilita a análise posterior das sucessivas etapas da disciplina do setor, o que é fundamental para se compreender o momento atual da mesma no espaço comum e as perspectivas para o futuro desta disciplina, em especial no que tange à necessidade de manutenção e ao papel da regulação setorial específica.

Nesse compasso, a fim de dar continuidade à primeira parte, mais histórica, da presente dissertação, e já tendo sido apresentados a realidade anterior do setor e o modelo adotado pela União Europeia para promover a sua reforma e liberalização, a seguir promove-se a investigação da evolução desta então novel regulação das telecomunicações da União Europeia até o quadro regulamentar que atualmente está a disciplinar o setor.

¹⁴⁵ Sobre o papel dos Estados-membros na definição do modelo de reforma do setor no âmbito da União Europeia, veja-se: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 220.

B) Evolução

Consoante exposto, uma das características do modelo da União Europeia de reforma e implantação da concorrência no setor de telecomunicações consistia na aplicação gradual das modificações a serem introduzidas no sistema então vigente. Como também demonstrado, mesmo esta aplicação gradual ainda era realizada por meio de diretivas, as quais, pela sua própria natureza, previam prazos para que suas determinações pudessem ser exigidas junto aos Estados-membros. Igualmente, foi destacado que tal modelo pressupunha a aplicação concomitante das normativas setoriais específicas e da disciplina da concorrência.

A compreensão deste modelo possibilita e facilita a análise da evolução da disciplina do setor na União Europeia até as mais recentes reformas. Com efeito, conhecendo as características do modelo acima destacadas, a conclusão lógica a que se chega é a de que, por decorrência, a evolução da reforma do setor se deu em sucessivas etapas, em que, inicialmente, eram publicados documentos com os objetivos visados e, posteriormente, eram editadas diretivas contendo a regulação a ser observada e os prazos a serem respeitados pelos Estados-membros. De fato, exatamente desta forma se processou a evolução da reforma nas telecomunicações da União Europeia, com as graduais introdução e consecução da concorrência no setor, em conjunto com a regulação setorial específica gradativamente introduzida e modificada através, especialmente, de diretivas. Foram sucessivas etapas que se seguiram, em conformidade com o modelo exposto, até se chegar ao quadro regulamentar que está em vigor atualmente.

Nesse sentido, a seguir serão expostas e analisadas estas sucessivas etapas já superadas, de forma a possibilitar, posteriormente, a análise das últimas e mais recentes reformas, que permanecem em vigor ainda nos presentes dias. Obviamente, não se apresentará em detalhes todas as características das sucessivas etapas verificadas ao longo destes mais de vinte anos de reforma das telecomunicações no bloco¹⁴⁶. Serão destacados e analisados os aspectos mais relevantes destas etapas, com enfoque nos pontos mais incisivos da regulação setorial então introduzida, na exata medida em que se acredita ser suficiente para atingir os objetivos visados na presente dissertação.

¹⁴⁶ Para detalhes sobre as sucessivas etapas iniciais da reforma, veja-se: LAROCHE, *Competition law and...*, p. 10.

B.1 - Etapas superadas

A primeira etapa da liberalização da concorrência no setor teve início com o já mencionado Livro Verde, em que foram apresentados os objetivos então buscados na reforma e, desde logo, referidos os aspectos que, inicialmente, seriam trabalhados. Nesta etapa, foram editadas diversas diretivas específicas sobre temáticas próprias¹⁴⁷, prevendo obrigações e disciplinando direitos decorrentes da primeira fase de abertura da concorrência. Em regra, as determinações destas diretivas tinham de ser internalizadas pelos Estados-membros até 1992.

Assim, com base no aludido artigo 106 do TFUE (ex-artigo 86 do TCE), a Comissão editou diretiva¹⁴⁸ liberalizando a concorrência no mercado de equipamentos terminais¹⁴⁹ utilizados pelos consumidores. Neste mercado, desde logo, foi prevista a liberalização completa da concorrência, vedando-se a manutenção dos privilégios e direitos de exclusividade que, em regra, permaneciam existindo dentro dos Estados-membros¹⁵⁰. Nesta mesma diretiva, a Comissão ainda determinou a completa separação das atividades de regulação e de operação, com a criação de autoridades nacionais reguladoras desvinculadas das antigas operadoras monopolistas.

¹⁴⁷ As principais diretivas editadas no período foram: Diretiva número 388, de 24 de julho de 1990; Diretiva número 263, de 29 de abril de 1991; Diretiva número 387, de 24 de julho de 1990; e Diretiva número 301, de 16 de maio de 1988.

¹⁴⁸ Como referido, a liberalização da concorrência nos equipamentos terminais foi introduzida através da Diretiva número 301, de 1988: UNIÃO EUROPEIA, *Directive on competition in the markets in telecommunications terminal...*

¹⁴⁹ Sobre equipamentos terminais, veja-se: “Às redes de telecomunicações conectam-se equipamentos denominados terminais de telecomunicações (aparelho telefónico, de fax, estação móvel, etc.), os quais obrigatoriamente devem possuir certificação”. ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 23.

¹⁵⁰ Assim constou nos primeiros considerandos da respectiva diretiva: “1. In all the Member States, telecommunications are, either wholly or partly, a State monopoly generally granted in the form of special or exclusive rights to one or more bodies responsible for providing and operating the network infrastructure and related services. Those rights, however, often go beyond the provision of network utilization services and extend to the supply of user terminal equipment for connection to the network. The last decades have seen considerable technical developments in networks, and the pace of development has been especially striking in the area of terminal equipment. 2. Several Member States have, in response to technical and economic developments, reviewed their grant of special or exclusive rights in the telecommunications sector. The proliferation of types of terminal equipment and the possibility of the multiple use of terminals means that users must be allowed a free choice between the various types of equipment available if they are to benefit fully from the technological advances made in the sector”. UNIÃO EUROPEIA, *Directive on competition in the markets in telecommunications terminal...*, cons. 1 e 2.

Igualmente, com base no referido artigo 86, foi editada diretiva¹⁵¹ pela Comissão determinando que, dentre os serviços de telecomunicações, os Estados-membros poderiam manter sob monopólio, sem a necessidade de introdução imediata da concorrência, somente os serviços de telefonia fixa. De acordo com tal normativa, todos os demais serviços deveriam ser liberados para a concorrência pelos Estados-membros¹⁵². Já em relação às infraestruturas do setor, a mesma diretiva permitiu a manutenção de monopólios, desde que assegurada a integridade das redes e possibilitado o acesso em condições razoáveis¹⁵³. Como visto anteriormente, os serviços de telefonia fixa respondiam por cerca de 90% das receitas das antigas operadoras monopolistas, de maneira que esta liberalização inicial, realizada de forma apenas parcial, sem envolver tais serviços, teve o claro intuito de não começar a reforma justamente pelo aspecto que traria maiores repercussão e oposição dentro da União Europeia.

Ainda nesta etapa do processo, em relação à harmonização, o Conselho editou diretivas¹⁵⁴ de forma a impor a obrigação de que todas as operadoras assegurassem a interoperatividade no setor, através da harmonização de padrões técnicos no bloco¹⁵⁵. Tais diretivas também tinham o condão de assegurar que as novas operadoras que surgissem tivessem a possibilidade de acessar as redes das antigas monopolistas, em condições razoáveis, mediante o pagamento de tarifas que seriam estipuladas e, se necessário,

¹⁵¹ Como referido, a liberalização da concorrência nos serviços de telecomunicações, à exceção da telefonia fixa, foi realizada com a edição da Diretiva número 388, de 1990: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva relativa à concorrência nos mercados de serviços...*

¹⁵² Assim constou no artigo 2º da aludida diretiva: “Artigo 2º. Os Estados-membros assegurarão, sem prejuízo do disposto no nº 2 do artigo 1º, a abolição dos direitos exclusivos ou especiais no que diz respeito ao fornecimento de serviços de telecomunicações, diversos dos serviços de telefonia vocal, e tomarão as medidas necessárias para garantir o direito de qualquer operador económico fornecer os referidos serviços de telecomunicações. [...] Sem prejuízo do disposto no artigo 3º, os Estados-membros informarão a Comissão, o mais tardar até 31 de Dezembro de 1990, das medidas tomadas para darem cumprimento ao presente artigo e informá-la-ão de toda a regulamentação existente ou de qualquer projecto destinado a instituir novos processos de autorização ou a alterar os existentes”. UNIÃO EUROPEIA., art. 2º.

¹⁵³ Consoante redação do artigo 4º da respectiva diretiva: “Artigo 4º. Os Estados-membros que mantenham direitos exclusivos ou especiais no que diz respeito ao estabelecimento e à exploração das redes públicas tomarão as medidas necessárias para tornar públicas, objectivas e não discriminatórias as condições em vigor para o acesso às redes. Os Estados-membros assegurarão, nomeadamente, que os operadores que o solicitem possam obter circuitos alugados num prazo razoável e que não subsistirá qualquer restrição à sua utilização, exceptuando as justificáveis em conformidade com o disposto no artigo 2º. Os Estados-membros comunicarão à Comissão, o mais tardar até 31 de Dezembro de 1990, as medidas adoptadas para darem cumprimento ao presente artigo”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva relativa à concorrência nos mercados de serviços...*, art. 4º.

¹⁵⁴ Como já destacado, estas foram as diretivas editadas em relação à harmonização do setor à época: UNIÃO EUROPEIA, *Directive on the approximation of the laws of the Member States concerning telecommunications equipment...*; e UNIÃO EUROPEIA, *Directiva 90/387/CEE do Conselho...*

¹⁵⁵ A harmonização de padrões técnicos no bloco possibilitou a posterior criação do “Instituto Europeu de Normas de Telecomunicações” e proporcionou, por exemplo, a adoção uniforme no espaço comunitário dos padrões *Global System for Mobile Communications* (GSM) e *Universal Mobile Telecommunications System* (UTMS) para os serviços de telefonia móvel de segunda e terceira geração, respectivamente. Nesse sentido: LAROCHE, *Competition law and...*, p. 229.

acompanhadas pelos respectivos órgãos. Com efeito, tendo em vista que uma significativa parcela dos mercados de infraestruturas e serviços ainda poderiam permanecer sob monopólio dentro de cada Estado-membro, era preciso garantir que a parte liberada para a competição do setor não fosse afetada pela parte ainda monopolista, de forma que as novas empresas que desejassem passar a atuar tivessem condições de utilizar as redes já existentes e alcançar seus clientes para ofertar seus serviços¹⁵⁶.

Por fim, também nesta etapa inicial, restou esclarecido que o direito da concorrência deveria ser aplicado no setor, seja nos mercados liberalizados, seja nos mercados em que ainda se permitia a manutenção dos monopólios, especialmente no que tange a eventuais concessões de subsídios cruzados¹⁵⁷, seja, ainda, nas telecomunicações internacionais¹⁵⁸.

Consoante referido, em regra, esta etapa inicial da reforma tinha de ser efetivamente aplicada e respeitada pelos Estados-membros até 1992. Por este motivo, já em 1991 a Comissão encomendou dois estudos¹⁵⁹ acerca das etapas seguintes das reformas que seriam necessárias no setor. Os resultados de tais estudos foram devidamente sistematizados pela Comissão¹⁶⁰ e apontaram no sentido de que a etapa inicial da reforma havia sido exitosa na introdução inicial da concorrência no setor, mas ainda se estava distante da consecução de um efetivo mercado interno das telecomunicações. Dentre as dificuldades apontadas pela Comissão¹⁶¹, destacaram-se a ausência de estruturas e redes transnacionais, a existência de inúmeros pontos de estrangulamentos (gargalos - *bottlenecks*¹⁶²) decorrentes da manutenção

¹⁵⁶ Sobre interconexão e direito de acesso nesta etapa do processo, veja-se: BRAUN; KOENIG, *The international regulatory...*, p. 15.

¹⁵⁷ Sobre subsídios cruzados, veja-se: “Cross-subsidisation occurs when a firm has one business activity where the revenues are insufficient to cover costs, but it is able to draw upon earnings from other business ventures where its earnings are greater than its costs to subsidise the less profitable activity. [...] In newly liberalized industries, however, cross-subsidisation can be more problematic”. MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Reino Unido: Cambridge, 2007. p. 478.

¹⁵⁸ Nas telecomunicações internacionais, a União Europeia teve destaque com a participação em negociações do GATT e com a adoção das respectivas disposições. Nesse sentido: ALABAU; GUIJARRO, *The electronic communications...*, p. 311.

¹⁵⁹ Os dois estudos encomendados pela Comissão à época são, a saber: *Telecommunications – issues and options 1992 to 2010* e *Performance of the telecommunications sector up to 2010 under different regulatory and market options*.

¹⁶⁰ Os resultados dos aludidos estudos foram publicados em Comunicação específica da Comissão, a saber: UNIÃO EUROPEIA. *Communication by the Commission: 1992 review of the situation in the telecommunications service sector*. SEC(92) 1048. 21 out. 1992. Disponível em: <http://aei.pitt.edu/4806/1/000954_1.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2011.

¹⁶¹ As dificuldades identificadas pela Comissão foram apontadas na mesma Comunicação SEC(92) 1048: Idem, cons. 3.2.

¹⁶² Sobre pontos de estrangulamento no setor de telecomunicações, veja-se: FAULHABER, Gerald R. *Bottlenecks and bandwagons: access policy in the new telecommunications*. In: MAJUMDAR, Sumit;

dos direitos especiais e exclusivos em grande parte do setor, o alto custo das tarifas dos serviços, o atraso na oferta de novas redes e novos serviços¹⁶³ e a ausência de investimentos em linhas de maior capacidade, que possibilitassem maior tráfego de dados.

Em decorrência destes estudos e das conclusões apontadas, a Comissão emitiu, em abril de 1993, uma Comunicação ao Conselho e ao Parlamento¹⁶⁴, na qual sugeria que a nova etapa de reforma do setor deveria prever a total liberalização da concorrência nos serviços de telefonia até janeiro de 1998. Nesta Comunicação, a Comissão manifestou o interesse em emitir um novo Livro Verde, desta feita sobre a liberalização das infraestruturas, bem como propôs adoção de definições e determinações comuns em matérias de serviços universais, acordos de interconexão, tarifas de acesso e independência das autoridades reguladoras. Tal qual já havia ocorrido anteriormente, o Conselho não concordou com a totalidade das proposições da Comissão¹⁶⁵.

Diante do impasse, primeiramente a Comissão emitiu uma Comunicação¹⁶⁶ destacando a importância da liberalização total da concorrência em infraestruturas e serviços, como condição necessária para o atingimento do objetivo maior de constituir uma *Sociedade da Informação Comunitária*¹⁶⁷, no que foi apoiada pelo Parlamento Europeu¹⁶⁸. Tal possibilitou

VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 490.

¹⁶³ Observou-se um atraso na oferta de serviços no setor, à exceção dos serviços de telefonia móvel, apontados pela Comissão como um caso de grande sucesso no progresso do setor. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA, *Communication by the Commission: 1992 review of the situation...*, cons. 3.2.3.

¹⁶⁴ A posição da Comissão sugerindo que a nova etapa de reforma do setor à época devesse prever a total liberalização da concorrência nos serviços de telefonia até janeiro de 1998 foi divulgada através da Comunicação número 159, de 1993: UNIÃO EUROPEIA. *Commission communication to the Council and the European Parliament on the consultation on the review of the situation in the telecommunications services sector*. COM(93) 159. 28 abr. 1993. Disponível em: <http://aei.pitt.edu/4806/1/000954_1.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2011.

¹⁶⁵ Para maiores detalhes sobre os temas em que houve discordância naquele momento, veja-se: ALABAU; GUIJARRO, *The electronic communications...*, p. 110.

¹⁶⁶ A Comunicação em questão foi denominada de *Europe's way to the Information Society, July 1994*. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. *Europe's Way to the Information Society. An Action Plan. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*. COM(1994) 347. 19 jul. 1994. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

¹⁶⁷ Sobre sociedade da informação, veja-se: “No limiar do século XXI, o conceito de Sociedade da Informação quer significar: ‘um modo de desenvolvimento social e econômico em que a aquisição, armazenamento, processamento, transmissão, distribuição e disseminação de informação conducente à criação de conhecimento e a satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na atividade econômica, na criação de riquezas, na definição da qualidade de vida dos cidadãos e das suas práticas culturais’”. WACHOWICZ, *Desenvolvimento Econômico e...*, p. 100.

¹⁶⁸ O apoio do Parlamento à aludida Comunicação da Comissão ficou consignado em Resolução própria daquele, a saber: UNIÃO EUROPEIA. *Resolution of the European Parliament about the Commission Communication:*

o início da nova etapa do processo, com a edição, em 1994, do Livro verde sobre a liberalização da infraestrutura das telecomunicações e das redes de televisão por cabo¹⁶⁹. Na verdade, neste documento, até mesmo em razão da anterior discordância do Conselho, a Comissão, desde então, abria mão de uma etapa única para a liberalização total e registrava a intenção de realizar duas novas etapas na reforma. Uma primeira, intermediária, prevendo que, até julho de 1996, os Estados-membros devessem acabar com o monopólio em todos os serviços e nas infraestruturas do setor, com exceção da rede pública de telefonia fixa¹⁷⁰. E a segunda, definitiva, prevendo a abertura total do setor, com a liberalização da concorrência em absolutamente todos os serviços e as infraestruturas existentes¹⁷¹.

A etapa transitória, acima referida, foi implantada através da edição de uma série de diretivas por parte da Comissão, prevendo a liberalização das comunicações via satélite¹⁷², das estruturas de televisão a cabo¹⁷³ e das comunicações móveis e pessoais¹⁷⁴. Tratou-se de uma etapa de curta duração, sendo apenas uma preparação para a fase seguinte. Na verdade, consistiu-se na forma que a Comissão vislumbrou para viabilizar a posterior liberalização total, que antes não havia sido adequadamente aceita pelo Conselho, conforme destacado.

Segundo previsto e acordado, ainda no ano de 1996, a Comissão editou diretiva¹⁷⁵ determinando que, até janeiro de 1998, todos os Estados-membros¹⁷⁶ fossem obrigados a

Europe's way to the Information Society. OJ C 363. 19 dez. 1994. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2011.

¹⁶⁹ O referido Livro Verde foi editado em 1994: UNIÃO EUROPEIA. *Livro verde sobre a liberalização da infraestrutura das telecomunicações e das redes de televisão por cabo*. COM(94) 440 e COM(94) 682. 25 out. 1994. Disponível em: <http://www.europa.eu>. Acesso em: 26 nov. 2009.

¹⁷⁰ Sobre a previsão da transitória fase de liberalização, veja-se: Idem, cons. 1.

¹⁷¹ Sobre a previsão da fase de liberalização total, veja-se: Idem, cons. 2.

¹⁷² A liberalização das comunicações via satélite foi formalizada pela Diretiva número 46, de 1994: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 94/46/CE da Comissão de 13 de Outubro de 1994 que altera as Directivas 88/301/CEE e 90/388/CEE em especial no que diz respeito às comunicações por satélite*. Directiva 1994/46/ECC. 19 out. 1994. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2011.

¹⁷³ A liberalização das estruturas de televisão a cabo foi formalizada pela Diretiva número 51, de 1995: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 95/51/CE da Comissão, de 18 de Outubro de 1995, que altera a Directiva 90/388/CEE, relativa à supressão das restrições à utilização de redes de televisão por cabo para o fornecimento de serviços de telecomunicações já liberalizados*. Directiva 1995/51/ECC. 26 out. 1995. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2011.

¹⁷⁴ A liberalização das comunicações móveis e pessoais foi formalizada através da Diretiva número 02, de 1996: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 96/2/CE da Comissão, de 16 de Janeiro de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que respeita às comunicações móveis e pessoais*. Directiva 1996/2/ECC. 26 jan. 1996. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2011.

¹⁷⁵ A liberalização total foi introduzida pela Diretiva número 19, de 1996: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações*. Directiva 1996/19/ECC. 22 mar. 1996. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2011.

assegurar a abertura de quaisquer serviços e infraestruturas de telecomunicações. Assim, em 1998, foi colocada em prática a terceira etapa de reforma do setor, a que promoveu a tão esperada e discutida¹⁷⁷ liberação completa da concorrência nas telecomunicações da União Europeia¹⁷⁸.

Nesta etapa, mudanças tiveram de ser introduzidas, especialmente porque as últimas áreas liberalizadas eram, justamente, aquelas de maiores interesse e relevância públicos à época, como já destacado, e, também, porque na maioria dos Estados estava em curso (ou já havia sido realizada) a privatização das antigas empresas estatais¹⁷⁹, o que modificava a forma de relação das principais operadoras, antigas monopolistas, com os respectivos Estados-membros. No entanto, nesta etapa, ainda se optou pela realização de emendas e ajustes na regulação anteriormente vigente, não tendo ocorrido uma revogação ampla e completa das diretivas até então editadas¹⁸⁰.

Uma das questões que mereceu destaque nesta etapa foi o aperfeiçoamento da regulação específica sobre a universalidade da prestação de serviços¹⁸¹. Foi determinado e

¹⁷⁶ Com exceção de Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Grécia, Espanha e Irlanda, aos quais, em razão do relativo atraso nos seus setores de telecomunicações, foi permitida a manutenção dos monopólios restantes até 2000 (para os dois primeiros) e 2003 (para os quatro últimos).

¹⁷⁷ Sobre as discussões da época envolvendo esta etapa de liberalização total, veja-se: LAROUICHE, *Competition law and...*, p.19.

¹⁷⁸ Pela relevância desta etapa em particular, ora se transcreve o conteúdo principal da diretiva que introduziu, formalmente, a liberalização completa da concorrência no setor: “1. Os Estados-membros devem suprimir todas as medidas que concedam: a) direitos exclusivos para o fornecimento de serviços de telecomunicações incluindo a criação e a oferta de redes de telecomunicações necessárias para o fornecimento desses serviços, ou b) direitos especiais que limitem a duas ou mais as empresas autorizadas a fornecerem esses serviços de telecomunicações ou a criarem ou oferecerem essas redes, sem ser em função de critérios objectivos, proporcionais e não discriminatórios, ou c) direitos especiais que permitam, sem ser em função de critérios objectivos proporcionais e não discriminatórios, designar várias empresas concorrentes para fornecerem esses serviços de telecomunicações ou para criarem ou oferecerem essas redes. Sem prejuízo do disposto no artigo 3º e no terceiro parágrafo do artigo 4º, os Estados-membros podem manter direitos especiais e exclusivos até 1 de Janeiro de 1998 no que diz respeito à telefonia vocal e à criação e oferta de redes públicas de telecomunicações”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência...*, art. 2º (1).

¹⁷⁹ Apesar de não haver uma determinação expressa da União Europeia vedando a manutenção de empresas estatais no setor, a fim de atingir a concorrência efetiva, os Estados-membros, cada um, em seu tempo e a sua maneira, optou por alienar o capital público de suas operadoras de telecomunicações. Para maiores esclarecimentos, veja-se: BARTOSCH, *The liberalisation of...*, p. 71.

¹⁸⁰ A própria Diretiva 96/19/ECC, que introduziu a concorrência plena em todo o setor, apenas alterou alguns dispositivos da Diretiva 90/388/ECC, que havia inicialmente introduzido de forma parcial a concorrência nas telecomunicações da União Europeia. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva 96/19/CE da Comissão...*

¹⁸¹ Obrigação de universalidade baseada nos princípios da continuidade, igualdade e modicidade, sendo que cada Estado-membro podia decidir os contornos da obrigação a ser imposta, desde que respeitado um pacote mínimo de serviços (que, no princípio, incluía acesso à rede de telefonia fixa, para utilização de serviços de voz e fax, disponibilidade de telefones públicos e serviços específicos para portadores de necessidades especiais). Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. *Directive on the application of open network provision (ONP) to voice telephony*

esclarecido que a imposição de obrigações às operadoras relativas à universalidade na prestação de serviços somente poderia recair sobre aquelas operadoras que oferecessem redes públicas de telecomunicações¹⁸². Ou seja, determinou-se que deveria competir às operadoras que haviam sucedido às antigas monopolistas as obrigações decorrentes da universalidade. Sendo elas que haviam tido os benefícios e as facilidades da propriedade das infraestruturas pré-existentes, deveriam ser de responsabilidade delas, também, as obrigações de universalidade no setor.

Também nesta etapa, foi reforçada a regulação da obrigação de interconexão com as redes das diversas operadoras, não só dentro dos mercados nacionais, mas também em todo o espaço comunitário. Restou determinado que os Estados-membros deveriam garantir que a interconexão com as redes existentes, por parte das detentoras das mesmas, fosse possibilitada de forma não discriminatória, proporcional, transparente e com base em critérios objetivos, os quais deveriam ser previamente definidos e publicados, para efetivo conhecimento de todos nos mercados¹⁸³.

Outro foco de alteração da regulação setorial, nesta etapa, consistiu no procedimento de licenciamento de operadoras para a oferta de novos serviços e para a instalação e a utilização de novas infraestruturas. Com o declarado intuito de facilitar e viabilizar o surgimento de novas operadoras e de infraestruturas alternativas, determinou-se a simplificação do processo de licenciamento, inclusive, em alguns casos, possibilitando a

and on universal service for telecommunications in a competitive environment. Directiva 1998/10/EC. 26 abr. 1998. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

¹⁸² Sobre a obrigação de universalidade e os mecanismos de seu financiamento, assim constou na respectiva diretiva: “Sem prejuízo da sua harmonização pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho no âmbito da ORA, qualquer regime nacional necessário para partilhar o custo líquido do cumprimento das obrigações de serviço universal conferidas aos organismos de telecomunicações com outros organismos, quer se trate de um sistema de encargos suplementares ou de um fundo de serviço universal, deverá: a) Aplicar-se exclusivamente a empresas que ofereçam redes públicas de telecomunicações; b) Repartir por cada empresa os respectivos encargos segundo critérios objectivos e não discriminatórios e em conformidade com o princípio da proporcionalidade”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva 96/19/CE da Comissão...*, art. 4ºC (1).

¹⁸³ Sobre a interconexão em tal fase, assim constou na mencionada Diretiva número 19, de 1996: “1. Sem prejuízo da futura harmonização dos regimes nacionais de interconexão pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho no âmbito da ORA, os Estados-membros garantirão que os organismos de telecomunicações assegurem a interconexão ao seu serviço de telefonia vocal e às suas redes públicas de telecomunicações a outras empresas autorizadas a fornecer estes serviços ou a oferecer estas redes, em condições não discriminatórias, proporcionais e transparentes e com base em critérios objectivos. 2. Os Estados-membros garantirão, em especial, que os organismos de telecomunicações publiquem, até 1 de Julho de 1997, as condições de interconexão aos componentes funcionais básicos do seu serviço de telefonia vocal e das suas redes públicas comutadas de telecomunicações, incluindo os pontos de interconexão e as interfaces oferecidas em função das necessidades do mercado”. *Idem*, art. 4ºA (1) e (2).

prestação de serviços de telecomunicações com base apenas em autorizações gerais ou em simples declarações unilaterais¹⁸⁴.

Modificações na regulação também foram introduzidas em razão da opção da União Europeia de se incentivar a inovação tecnológica, o desenvolvimento de infraestruturas alternativas e o surgimento de novos atores no mercado, visando ao objetivo de estabelecer maior concorrência no setor, com a constituição de um mercado interno das telecomunicações e de uma verdadeira sociedade europeia da informação¹⁸⁵. Tudo buscando um alegado equilíbrio entre liberalização e interesse geral¹⁸⁶.

Passados alguns anos em que, formalmente, já haviam sido rompidos todos os monopólios existentes, na prática, ainda se constatava que as antigas empresas monopolistas mantinham um grande poder de mercado, o qual, caso não fosse devidamente disciplinado, poderia impedir o surgimento de novos concorrentes e acabar prejudicando os consumidores. Tal disciplina foi realizada, por exemplo, através da regulação e da intervenção das autoridades nacionais reguladoras em questões como preços de acesso e de interconexão e padronizações técnicas de infraestruturas e serviços. Estas medidas, devidamente permitidas pela regulação setorial introduzida pelas diretivas então em vigor, como preconizavam os órgãos responsáveis da União Europeia, visavam a garantir que as novas operadoras pudessem razoavelmente utilizar as redes já existentes (que continuavam nas mãos das antigas monopolistas), fosse para conectar seus consumidores, fosse para oferecer novos serviços¹⁸⁷.

De acordo com estas normativas introduzidas na terceira etapa da liberalização do setor, competia às autoridades nacionais reguladoras determinar quais empresas detinham poder de mercado significativo e, conseqüentemente, impor a estas obrigações especiais,

¹⁸⁴ Sobre o licenciamento em tal etapa, assim constou na respectiva diretiva: “3. Os Estados-membros que sujeitem o fornecimento de serviços de telecomunicações ou a criação ou oferta de redes de telecomunicações a um processo de licenciamento, de autorização geral ou de declaração destinado a dar cumprimento às exigências essenciais, assegurarão que as condições relevantes serão objectivas, não discriminatórias, proporcionais e transparentes, que qualquer recusa será devidamente fundamentada e que qualquer decisão será passível de recurso. O fornecimento de serviços de telecomunicações, que não a telefonia vocal, a criação e oferta de redes públicas de telecomunicações e de outras redes de telecomunicações que impliquem a utilização de frequências de rádio apenas podem ser sujeitos a um processo de autorização geral ou de declaração”. Idem, art. 2º (3).

¹⁸⁵ Sobre os objetivos declarados desta etapa da reforma, veja-se: GOMEZ ALONSO, *Regulación sectorial y...*, p. 201.

¹⁸⁶ Para maiores detalhes sobre o equilíbrio e a relação entre liberalização da concorrência e respeito a interesse geral dos envolvidos, veja-se: RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações: a Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 96.

¹⁸⁷ Sobre a importância do acesso às redes existentes, veja-se: SILVA, *Essential facility theory...*, p. 225.

inclusive o dever de universalidade da prestação dos serviços básicos de telecomunicações, como destacado.

Contudo, naquele momento do processo de liberalização, o conceito de “poder de mercado significativo” não se confundia com o conceito de “posição dominante”¹⁸⁸ presente no direito da concorrência. Nos dois casos, tratava-se de definir a posição de um operador no mercado para, se fosse o caso, impor alguma medida para garantir determinado nível de concorrência ou outros objetivos neste mercado. Porém, as premissas, os objetivos e o procedimento de cada um ainda eram bem diferentes.

O conceito de poder de mercado significativo estava ligado a uma perspectiva preventiva, de controle *ex ante*¹⁸⁹ de comportamentos que, a partir de análise dinâmica do mercado, envolvendo elementos de risco e probabilidade, tinha-se como possíveis de prejudicar a concorrência existente ou potencial. As autoridades nacionais reguladoras concluíam que, em regra¹⁹⁰, existia uma empresa com poder de mercado significativo quando sua participação em um mercado relevante de telecomunicações era igual ou superior a 25%, adotando-se como critério geográfico a totalidade ou parte do território de um Estado-membro¹⁹¹. A imposição de obrigações especiais não dependia de qualquer abuso ou atuação prejudicial por parte da respectiva empresa, mas decorria da simples constatação do seu poder de mercado significativo. Na prática, todas as antigas monopolistas preenchiam o aludido

¹⁸⁸ Sobre posição dominante no direito da concorrência na União Europeia, veja-se: JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência...*, p. 392.

¹⁸⁹ Sobre o controle *ex ante* típico da regulação, veja-se: SALOMÃO FILHO, *Regulação da atividade...*, p. 37.

¹⁹⁰ Na verdade, as autoridades nacionais reguladoras tinham alguma margem de discricionariedade, sendo a participação de 25% no mercado relevante o principal indicador a ser seguido, podendo, todavia, ser ligeiramente reduzido ou aumentado de acordo, por exemplo, com capacidade de a empresa influir nas condições do mercado, seu volume de negócios em relação à dimensão do mercado, seu acesso a recursos financeiros e sua experiência na oferta do respectivo produto. Nesse sentido, constou na Diretiva número 33, de 1997: “Artigo 4°. Direitos e obrigações respeitantes à interligação: [...] 3. Dever-se-á pressupor que uma organização dispõe de um poder de mercado significativo sempre que seja detentora de uma fracção superior a 25 % de um mercado de telecomunicações da área geográfica do Estado-membro em que se encontra autorizada a exercer. As autoridades reguladoras nacionais poderão todavia classificar de detentora de poder de mercado significativo uma organização cuja fracção do mercado seja inferior a 25%. Poderão igualmente classificar de não detentora de poder de mercado significativo uma organização cuja fracção do mercado seja superior a 25%. Em ambos os casos será tido em conta, para efeitos de tal classificação, a capacidade da organização para influir nas condições do mercado, a relação de grandeza entre o seu volume de negócios e a dimensão do mercado, o seu controlo sobre os meios de acesso dos utilizadores finais, o seu acesso a recursos financeiros e a sua experiência em matéria de oferta de produtos e serviços no mercado”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997 relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA)*. Directiva 1997/33/EC. 30 jun. 1995. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2011. art. 4° (3).

¹⁹¹ Para maiores detalhes sobre a definição dos mercados relevantes naquela etapa da reforma do setor, veja-se: GOMEZ ALONSO, *Regulación sectorial y...*, p. 202.

requisito e eram consideradas como detentoras de poder de mercado significativo, sendo alvo da imposição de obrigações especiais pelas autoridades reguladoras.

Já as autoridades nacionais da concorrência intervinham no mercado de telecomunicações sob uma perspectiva diversa, com as medidas *ex post*¹⁹², típicas do direito da concorrência, nos casos em que havia abuso de posição dominante¹⁹³. Assim, o setor de telecomunicações ficou submetido a dois regramentos distintos, vigiado por duas autoridades diferentes, que atuavam com parâmetros e objetivos também diversos.

Como consequência destas medidas, a concorrência no setor efetivamente começou a se desenvolver no mercado comum. No entanto, apesar desta então recente reforma parcial, ainda permaneciam em vigor diversas normativas antigas, como destacado, já que as etapas anteriores da reforma haviam sido pautadas, basicamente, pela emenda e pela alteração das diretivas já existentes. Algumas das normativas em vigor eram do início da década de 1990, não mais se coadunando com a realidade pós-liberalização. Ademais, estavam em curso a segunda fase¹⁹⁴ de convergência de redes e tecnologias e o rápido desenvolvimento da internet¹⁹⁵, determinando que, já a partir de 1999¹⁹⁶, a União Europeia desse início a uma ampla revisão de toda a regulação específica do setor, que viria a pautar uma nova etapa das sucessivas reformas¹⁹⁷.

Como já havia ocorrido em todas as anteriores etapas da reforma, previamente a qualquer proposta de alteração legislativa, a Comissão e os demais órgãos do bloco revisaram,

¹⁹² Sobre o controle *ex post* típico do direito da concorrência, veja-se: SALOMÃO FILHO, *Regulação da atividade...*, p. 37.

¹⁹³ Não bastando mera existência de poder dominante. Sobre o abuso de posição dominante no direito da concorrência do bloco, veja-se: MONTI, *EC Competition Law*, p. 159.

¹⁹⁴ Após a primeira fase de convergência, entre as telecomunicações e a informática, verificou-se a segunda fase de convergência, envolvendo telecomunicações, informática e mídia. Nesse sentido, veja-se: JUST; LATZER, *EU competition policy...*, p. 398.

¹⁹⁵ O rápido desenvolvimento da internet foi reconhecido pela própria Comissão, ao solicitar ao Conselho e ao Parlamento alterações em políticas e em diretivas: “A Internet está a mudar o mundo em que vivemos. Esta mudança não é menos importante do que a revolução industrial dos séculos XVIII e XIX. Nas últimas duas décadas, as tecnologias da informação e a Internet transformaram o modo como as empresas funcionam, os estudantes estudam, os cientistas realizam trabalhos de investigação e as administrações públicas fornecem serviços aos cidadãos”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu, Comité Económico e Social e Comité das Regiões e Europe 2005: uma sociedade da informação para todos*. COM(2002) 263. 28 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

¹⁹⁶ O início da revisão de tal etapa ocorreu com a divulgação pela Comissão de documento específico, a saber: UNIÃO EUROPEIA. *Review 1999 – towards a new framework for electronic communications infrastructure and associated services*. COM(99) 539. 10 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

¹⁹⁷ Sobre os estudos e propostas que pautaram esta etapa da reforma, veja-se: BRAUN; CAPITO, *The emergence of...*, p. 59.

atualizaram e divulgaram novos objetivos que deveriam ser buscados na União Europeia. Foram estabelecidos objetivos para o próprio setor e objetivos mais amplos, a serem atingidos através das telecomunicações, remetendo à natureza dúplice do setor, destacada no início da presente dissertação.

Em março de 2000, em reuniões entre os Chefes de Estado e de Governo da União Europeia¹⁹⁸, restou reconhecido que esta deveria se tornar uma economia muito mais digital, tendo sido definido um novo objetivo do bloco: transformar a então Comunidade na sociedade da informação mais competitiva do mundo até o ano de 2010. Para tanto, foi lançado o programa *eEuropa*¹⁹⁹, com o expresso objetivo de garantir que, no espaço do bloco, todos – cidadãos, escolas, empresas, administrações – tivessem acesso aos serviços de telecomunicações, especialmente aqueles que permitissem acesso à banda larga²⁰⁰.

Quando do lançamento deste *eEuropa*, em 2001, foi reconhecido grande potencial à internet como ferramenta necessária para auxiliar a vida cotidiana das pessoas e as integrar na sociedade. No entanto, observou-se que, no espaço comum, a realidade ainda era de (i) acesso caro, inseguro e lento, (ii) número insuficiente de pessoas com cultura digital em linha e (iii) apoio insuficiente do setor público ao desenvolvimento de novas aplicações e serviços, dificultando uma maior e melhor utilização da internet. Por tais motivos, o *eEuropa* previa medidas focadas inclusive no desenvolvimento de acesso à internet mais barato, rápido e seguro. Já neste documento estava consignada a necessidade de revisão da etapa então vigente, com a edição de novas normativas setoriais mais adequadas, que possibilitassem a efetiva abertura do setor à plena concorrência²⁰¹, que incentivassem o investimento em novas

¹⁹⁸ Reuniões do ano de 2000 realizadas durante a denominada Cimeira de Lisboa de Março de 2000.

¹⁹⁹ Como constou neste programa *eEuropa* lançado em 2001: “O *eEuropa* tem como objectivo garantir que, na União Europeia, todos – cidadãos, escolas, empresas, administrações – tenham acesso às novas tecnologias da informação e das comunicações e as explorem plenamente. Por exemplo, a Internet pode ser utilizada numa vasta gama de actividades diárias, serviços e produtos, como o ensino, a administração pública, a saúde, a cultura e o lazer. A nova sociedade do conhecimento deve ser uma sociedade inclusiva. Também aqui a Internet oferece grandes possibilidades: quem souber utilizar um computador pode ser socialmente activo clicando simplesmente com um rato. O *eEuropa* e os seus programas componentes (eLearning, eHealth, eGovernment e eBusiness) incidem na plena exploração destas potencialidades com vista à inclusão social”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão de 13 de Março de 2001, eEurope 2002: Impacto e prioridades, Comunicação ao Conselho Europeu da Primavera, em Estocolmo, de 23 a 24 de Março de 2001*. COM(2001) 140. 23 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²⁰⁰ Como já referido, o acesso à internet, com banda larga, cada vez mais, ganha destaque no setor, sendo objeto de regulação em inúmeros países, inclusive no Brasil. Nesse sentido, o já referido Programa Nacional de Banda Larga, introduzido pelo Decreto n.º 7.175, de 12 de maio de 2010. BRASIL, *Decreto n.º 7.175...*

²⁰¹ Sobre o objetivo de efetiva abertura do setor à plena concorrência, constou no referido programa *eEuropa*: “Novo quadro para serviços de comunicações electrónicas: A liberalização do mercado das telecomunicações em curso constitui a principal ferramenta da UE para criar as infra-estruturas essenciais para uma nova economia

redes, com alta capacidade de tráfego de dados²⁰² e que assegurassem maiores proteção e segurança na utilização dos serviços do setor²⁰³.

Confirmando-se a relevância de tais objetivos expressamente declarados, inclusive o de transformar a União Europeia em uma efetiva sociedade da informação²⁰⁴, no ano de 2002 tal programa foi renovado, sendo lançado o *eEuropa 2005*²⁰⁵. Neste programa, foram expressamente incluídos dentre os objetivos maiores da União a universalização do acesso à internet com conexão de banda larga, a criação de uma infraestrutura segura do setor e a garantia de serviços e conteúdos que viabilizassem a oferta de serviços públicos *on line* e a efetivação do comércio eletrônico²⁰⁶. Tudo com o declarado intuito de possibilitar a maior participação na sociedade para todos dentro do espaço comunitário. Nesse contexto, foi destacado que o novo quadro regulamentar, que viria a ser introduzido, teria como foco

dinâmica, que forneça novos serviços e preços mais baixos para os utilizadores finais. A medida mais recente foi a introdução harmonizada da oferta separada da linha de assinante, que tem uma importância crucial para o desenvolvimento da Internet de elevado débito. A implementação completa e rigorosa desse Regulamento é uma tarefa urgente para todos os Estados-Membros. No Conselho e no Parlamento Europeu fizeram-se progressos encorajadores no que diz respeito ao novo quadro regulamentar. As restantes dificuldades têm de ser resolvidas urgentemente sem pôr em causa a necessidade de um quadro simplificado, favorável à concorrência e suficientemente harmonizado. Por conseguinte, deve ser dada uma prioridade elevada à adopção do quadro regulamentar para comunicações electrónicas e à sua rápida implementação nos Estados -Membros”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão de 13 de Março de 2001, eEurope 2002: Impacto e prioridades, Comunicação ao Conselho Europeu da Primavera...*, cons. 3.1.

²⁰² Sobre o incentivo ao investimento em novas redes, novamente, nas palavras utilizadas no mencionado programa: “Infra-estruturas de elevado débito: O desenvolvimento de redes de elevado débito é principalmente uma tarefa para o sector privado que trabalha no ambiente competitivo dos serviços de comunicações. Os investimentos em infra-estruturas de banda larga e os novos mercados necessitam de um contexto regulamentar favorável, o que sublinha novamente a importância de chegar rapidamente a acordo quanto ao novo quadro”. *Idem*, cons. 3.2.

²⁰³ Sobre a segurança das redes, constou no aludido programa: “Redes seguras: A necessidade de acções no domínio da segurança de redes tornou-se cada vez mais evidente nos últimos meses. O aumento de sabotagens de grande envergadura, como o vírus 'I Love You' e os ataques de negação de serviço, aumentaram a consciencialização do público relativamente às possibilidades de prejuízos económicos reais decorrentes da insegurança das redes. Não obstante a necessidade premente de acções, os progressos neste domínio têm sido relativamente lentos, para além da actividade relativa aos cartões inteligentes em que a Comissão incentivará a implementação de ‘requisitos comuns’”. *Idem*, cons. 3.7.

²⁰⁴ Sobre sociedade da informação, veja-se: WACHOWICZ, *Desenvolvimento Económico e...*, p. 100.

²⁰⁵ O *eEuropa* foi um Programa lançado através da Comunicação número 263, de 2002: UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu, Comité Económico e Social e Comité das Regiões eEurope 2005: uma sociedade da informação para todos*. COM(2002) 263. 28 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²⁰⁶ Sobre os objetivos declarados do *eEuropa*, assim constou na sua divulgação: “O *eEuropa 2005* atribui máxima prioridade à administração pública em linha, ensino em linha e saúde em linha, bem como à criação de um ambiente dinâmico para o desenvolvimento dos negócios em linha. O plano de acção define dois grupos de acções que se reforçam mutuamente, sendo ambos essenciais para a oferta de serviços prioritários: um acesso em banda larga generalizado e uma infra estrutura segura da informação; serviços, aplicações e conteúdos, nomeadamente para os serviços públicos em linha e os negócios em linha”. UNIÃO EUROPEIA. *Para uma Europa do Conhecimento...*, p. 19.

ampliar a concorrência e eliminar os limites e empecilhos que pudessem impedir a expansão do acesso à internet por banda larga²⁰⁷.

Assim, no mesmo ano de 2002, teve início a quarta etapa do processo de reforma e de introdução da concorrência no setor. Através da edição de seis novas diretivas, que deveriam ser transpostas pelos Estados-membros até julho de 2003, buscou-se, como declarado, fortalecer o mercado interno, assegurar direitos básicos aos consumidores, garantir acesso à internet de banda larga, elevar a proteção e a segurança das redes e promover a concorrência, diminuindo a regulação específica aplicável, sempre que constatada efetiva competição em um determinado mercado. Foram instituídas regras mais simples, flexíveis e tecnologicamente neutras, na tentativa de acompanhar a velocidade de transformação do setor²⁰⁸.

Nessa senda, foi editada uma diretiva específica sobre proteção de dados e segurança nas redes²⁰⁹, estabelecendo regulação com padrões básicos de segurança mais elevados nas redes públicas e tentando melhor garantir a privacidade dos usuários. Também foi introduzida nova diretiva específica sobre obrigações de acessos e de interconexões em todas as redes²¹⁰,

²⁰⁷ Sobre a necessidade de investimento em banda larga, como um objetivo a ser buscado no setor, veja-se: “O investimento na banda larga virá essencialmente do sector privado. Nas suas orientações gerais de política económica, a Comissão recomendava que ‘os Estados-Membros [...] garantissem uma efectiva concorrência nas redes locais de telecomunicações (lacete local) para acelerar o desenvolvimento da rede europeia de banda larga’. Prevê-se que a concorrência impulsione o investimento, produza inovações e reduza os preços. Assim, as medidas políticas devem incidir nos aspectos em que a concorrência não é eficaz ou em que devem ser garantidos objectivos políticos, como a cobertura territorial com vista à coesão. [...] O novo quadro regulamentar, que será aplicado em todos os Estados-Membros a partir de Julho de 2003, tem plenamente em conta a natureza convergente da banda larga. O incentivo a investimentos eficientes na infra-estrutura (por novos intervenientes e pelos operadores históricos) e a promoção da inovação são objectivos explícitos para os reguladores. Tal significa que se deve ter em conta a necessidade de os investidores obterem um rendimento adequado com o seu investimento face aos riscos assumidos. Significa também que a insegurança regulamentar com que os investidores se defrontam deve ser reduzida ao mínimo”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu, Comité Económico e Social e Comité das Regiões e Europe 2005...*

²⁰⁸ Sobre a instituição de regras mais simples, flexíveis e tecnologicamente neutras, na tentativa de acompanhar a velocidade de transformação do setor, observa-se no *overview of the EU regulatory framework for the electronic communications sector*: “The EU regulatory framework for electronic communications comprises a series of legal texts and associated measures that apply throughout the 25 EU Member States. The goals of the new framework are to encourage competition in the electronic communications markets, to improve the functioning of the internal market and to guarantee basic user interests that would not be guaranteed by market forces. The framework provides a set of rules that are simple, aimed at deregulation, technology neutral and sufficiently flexible to deal with fast changing markets in the electronic communications sector”. UNIÃO EUROPEIA. *Overview of the EU regulatory framework for the electronic communications sector*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²⁰⁹ A aludida diretiva específica sobre proteção de dados e segurança nas redes trata-se da Diretiva número 66, de 1997: UNIÃO EUROPEIA. *Directive concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector*. Directiva 97/66/EC. 30 jan. 1997. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²¹⁰ A referida diretiva específica sobre obrigações de acessos e interconexões em todas as redes trata-se da Diretiva número 19, de 2002: UNIÃO EUROPEIA. *Directive on access to, and interconnection of, electronic*

com regulação esclarecendo em que condições as operadoras deviam abrir suas redes para as demais operadoras do setor. Igualmente, foi editada diretiva acerca de licenciamento e de autorização²¹¹, determinando que, em regra, não seria mais necessária obtenção de autorização prévia específica para atuar no setor, de forma a facilitar a entrada de novas operadoras e o desenvolvimento de novas redes.

Outra das novas diretivas regulava, especificamente, a obrigação de universalidade e os direitos básicos dos usuários²¹². Dentre as principais disposições desta diretiva estavam a obrigatoriedade de se assegurar portabilidade numérica (nas telefonias fixa e móvel)²¹³ e a inclusão do acesso à internet no pacote mínimo de serviços da universalidade, reforçando a necessidade de aumento da oferta do acesso à internet, inclusive com conexão de banda larga, em todo o então mercado comum²¹⁴.

As duas últimas diretivas que compuseram esta etapa da reforma tratavam de um quadro regulamentar comum para todo o setor (Diretiva Quadro²¹⁵) e da ampliação da concorrência, sempre que possível, nas telecomunicações comunitárias²¹⁶. Nestas duas

communications networks and associated facilities. Diretiva 2002/19/EC. 24 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²¹¹ A mencionada diretiva acerca do licenciamento e das autorizações trata-se da Diretiva número 20, de 2002: UNIÃO EUROPEIA. *Directive on the authorisation of electronic communications networks and services*. Diretiva 2002/20/EC. 24 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²¹² A referida diretiva sobre universalidade e direitos básicos dos usuários trata-se da Diretiva número 22, de 2002: UNIÃO EUROPEIA. *Directive on universal service and users rights relating to electronic communications networks and services*. Diretiva 2002/22/EC. 07 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²¹³ Sobre a importância da garantia de portabilidade numérica para a consecução de competição efetiva nos mercados de telecomunicações, veja-se: “A experiência mostra que a portabilidade dos números fixos e móveis e a seleção e a pré-seleção do transportador têm contribuído para aumentar a pressão concorrencial. A portabilidade dos números está neste momento totalmente operacional na maioria dos Estados-Membros, com exceção da República Checa, Letónia, Lituânia, Malta, Polónia, Eslováquia e Eslovénia. A seleção e a pré-seleção do transportador está agora disponível em: toda a UE, com exceção da Eslováquia, embora alguns Estados-Membros tenham referido o problema de os custos de interligação conexos estarem a dificultar o desenvolvimento do serviço”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre regulamentação e mercados...*, p. 13.

²¹⁴ Corroborando a necessidade de aumento da oferta do acesso à internet, inclusive com conexão de banda larga, em todo o mercado comum, foram lançados planos como o *eEurope* e o *i2010*, os quais, apostando na ampla multiplicação dos serviços de internet de banda larga, tinham como maior objetivo transformar a União Europeia, até o ano de 2010, na sociedade baseada no conhecimento mais competitiva do mundo. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu, Comité Económico e Social e Comité das Regiões eEurope 2005...*; e UNIÃO EUROPEIA, *i2010 – A European Information...*

²¹⁵ A referida Diretiva Quadro trata-se da Diretiva número 21, de 2002: UNIÃO EUROPEIA, *Diretiva relativa a um quadro...*

²¹⁶ A diretiva da época sobre a ampliação da concorrência no setor trata-se da Diretiva número 77, de 2002: UNIÃO EUROPEIA, *Diretiva 2002/77/CEE da Comissão...*

diretivas foram fixadas as bases gerais desta nova etapa, inclusive no que tange aos limites de aplicação das obrigações setoriais específicas e do direito da concorrência.

Aliás, estas duas diretivas, acima referidas, introduziram talvez a mais importante e debatida²¹⁷ inovação desta fase da liberalização: a aproximação da regulação específica do setor com o direito da concorrência. Com efeito, foi mantida a possibilidade de atuação *ex ante* das autoridades nacionais reguladoras, quando constatada a existência de empresa com poder de mercado significativo.

No entanto, o conceito de “poder de mercado significativo” foi alterado e significativamente restringido. Tendo sido considerado relativamente exitoso o processo de liberalização da concorrência no setor até então realizado, concluiu-se que a atuação das autoridades nacionais reguladoras deveria ser adequada à realidade de mercados mais dinâmicos e complexos. Assim, o conceito de “poder de mercado significativo” foi equiparado²¹⁸ ao conceito de “posição dominante” do direito da concorrência²¹⁹, tal qual definido na jurisprudência do Tribunal de Justiça²²⁰.

Ou seja, a partir desta etapa, tanto as autoridades nacionais reguladoras, quanto as autoridades nacionais da concorrência, passaram a investigar se as empresas do setor possuíam poder dominante no mercado. A fim de auxiliar as autoridades reguladoras nesta

²¹⁷ Como exemplo destes debates envolvendo a aproximação da regulação setorial com o direito da concorrência, veja-se: ALABAU; GUIJARRO, *The electronic communications...*, p. 261.

²¹⁸ Sobre a equiparação mencionada, assim constou na aludida Diretiva Quadro: “É necessária a fixação de obrigações *ex ante* em determinadas circunstâncias, para garantir o desenvolvimento de um mercado concorrencial. A definição de poder de mercado significativo constante da Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA)(14), revelou-se eficaz na fase inicial da abertura do mercado enquanto limiar para as obrigações *ex ante*, mas deve agora ser adaptada, para se adequar a mercados mais complexos e dinâmicos. Por esta razão, a definição utilizada na presente directiva é equivalente ao conceito de posição dominante, tal como definido na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva relativa a um quadro regulamentar...*, cons. 25.

²¹⁹ Assim passou a ser definido o poder de mercado significativo, naquela etapa da reforma: “Considera-se que uma empresa tem poder de mercado significativo se, individualmente ou em conjunto com outras, gozar de uma posição equivalente a uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores”. *Idem*, art. 14.

²²⁰ Sobre a atuação do Tribunal de Justiça, especialmente em relação ao direito da concorrência, veja-se: JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência...*, p. 81.

atividade, a Comissão editou Recomendação²²¹ em que apresentou uma lista contendo dezoito mercados que, *a priori*, poderiam ser regulados, com a imposição de obrigações *ex ante*.

Assim, a Comissão indicou para as autoridades nacionais reguladoras em quais mercados estas poderiam intervir, a fim de estabelecer alguma obrigação especial para as operadoras que fossem identificadas como detentoras de poder de mercado significativo. Dos dezoito mercados, sete eram retalhistas (acesso à telefonia fixa para consumidores residenciais, acesso à telefonia fixa para consumidores não residenciais, chamadas fixas domésticas para consumidores residenciais, chamadas fixas internacionais para consumidores residenciais, chamadas fixas domésticas para consumidores não residenciais, chamadas fixas internacionais para consumidores não residenciais e número mínimo de linhas dedicadas) e onze eram grossistas (origem de chamadas fixas, terminação de chamadas fixas em redes individuais, tráfego, desagregação do acesso local, acesso a redes de banda larga, terminação em linhas dedicadas, acesso e terminação de chamadas em redes móveis, terminação de chamadas móveis em redes individuais).

Mesmo em relação a estes dezoito mercados previamente determinados, a Comissão ainda estabeleceu e divulgou o que denominou de “teste dos três critérios”²²². Com efeito, somente caso estivessem presentes, conjuntamente, os três critérios definidos é que seria possível a atuação preventiva das autoridades reguladoras²²³, intervindo diretamente em

²²¹ A lista contendo dezoito mercados que, *a priori*, poderiam ser regulados, com a imposição de obrigações *ex ante* foi divulgada pela Recomendação número 311, de 2003: UNIÃO EUROPEIA. *Recomendação da Comissão de 11 de Fevereiro de 2003 relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação ex ante, em conformidade com o disposto na Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas*. Recomendação 2003/311/CE. 11 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009.

²²² O “teste dos três critérios” foi definido pela Comissão em Comunicação específica, a saber: “Os mercados que poderão ser submetidos à regulamentação são seleccionados com base nos princípios do direito comunitário da concorrência. Na sua recomendação, a Comissão apresentava o ‘teste dos três critérios’ para ajudar os Estados-Membros nesta matéria. Presume-se que, nos mercados incluídos na Recomendação, estes requisitos estavam preenchidos. [...] Os critérios são: i) presença de obstáculos fortes e não transitórios à entrada no mercado; ii) ausência de condições de dinamismo no mercado que favoreçam uma concorrência efectiva; iii) impossibilidade de aplicação do direito da concorrência colmatar, por si só, as eventuais deficiências do mercado nesta matéria”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado nos termos do quadro regulamentar comunitário*. COM(2006) 28. 06 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009. p. 5.

²²³ Sobre o teste dos três critérios e a sua aplicação no setor pelas autoridades reguladoras, veja-se: “In order to be eligible for *ex ante* sector-specific regulation, markets have to satisfy three cumulative criteria: firstly, entry shall be difficult due to high and non-transitory entry barriers, secondly, those entry barriers need to be persistent, i. e. there should be durable lack of dynamics in the market towards effective competition and thirdly, competition law alone is incapable of remedying the competition problem”. STOYANOVA, Milena.

algum daqueles dezoito mercados. Da análise destes critérios, verifica-se que a imposição de obrigações específicas e preventivas às empresas do setor somente podia ocorrer ou permanecer se não houvesse²²⁴, no mercado em análise, “concorrência efetiva”²²⁵ e, ainda assim, desde que a aplicação do direito da concorrência não fosse tida como suficiente para solucionar as eventuais deficiências do mercado²²⁶ ou para atingir os objetivos buscados.

Todavia, apesar desta aproximação entre a regulação específica do setor e o direito da concorrência, as premissas e consequências da investigação das empresas com poder dominante no mercado continuaram sendo diferentes. Foi mantido o entendimento de que as autoridades nacionais reguladoras poderiam intervir independentemente do abuso de posição ou da prática de atos prejudiciais por parte da respectiva empresa. Bastava ser constatado o poder de mercado significativo (equivalente à existência de posição dominante no mercado), que a respectiva autoridade podia impor medidas especiais à empresa. Da mesma forma, restou mantida às autoridades nacionais reguladoras a possibilidade de atuação *ex ante*,

Competition problems in liberalized telecommunications: regulatory solutions to promote effective competition. Haia: Kluwer Law International, 2008. p. 14.

²²⁴ Sobre a não aplicação de medidas *ex ante* quando constatada concorrência efetiva, veja-se: “É essencial que só sejam impostas obrigações regulamentares *ex ante* nos casos em que não exista concorrência efetiva, ou seja, em mercados em que exista uma ou mais empresas com um poder de mercado significativo, e em que as soluções ao abrigo do direito nacional e comunitário em matéria de concorrência não sejam suficientes para fazer face ao problema. [...] As autoridades reguladoras nacionais deverão analisar se o mercado de um dado produto ou serviço é efetivamente concorrencial numa determinada área geográfica, que pode ser a totalidade ou parte do território do Estado-Membro em causa, ou partes limítrofes do território de Estados-Membros diferentes consideradas em conjunto. Ao analisar a concorrência efetiva dever-se-á analisar nomeadamente se o mercado é prospectivamente concorrencial e, portanto, se qualquer falta de concorrência efetiva será duradoura ou transitória. Estas linhas de orientação abordarão também a questão dos novos mercados, onde na realidade o líder do mercado terá, muito provavelmente, uma parte substancial do mercado, mas não deve ser sujeito a obrigações inadequadas. A Comissão deverá rever as linhas de orientação regularmente, a fim de garantir que continuem a adequar-se a um mercado em rápida evolução. As autoridades reguladoras nacionais devem cooperar entre si nos casos em que se conclua que o mercado em questão é transnacional”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva relativa a um quadro...*, cons. 27.

²²⁵ Para uma conceituação teórica da concorrência efetiva, veja-se: “Ela se estabelece entre empresas de dimensões, custos, horizontes diferentes e políticas diversas. Ela tende ao progresso, isto é, a uma melhoria dos métodos económicos de produção, a uma diferenciação crescente da qualidade e dos tipos de produtos e ao desenvolvimento de novos produtos. Ela permite a difusão de benefícios devidos a este progresso, a favor dos clientes (sob a forma de preços baixos) e a favor dos fatores de produção (sob a forma de elevação de suas remunerações). Ela não é um sistema de eliminação de lucros, mas, segundo a fórmula de J. M. Clarck, um sistema de erosão e de recriação dos lucros. Ela mantém as condições de uma rivalidade entre as firmas, através da limitação de suas margens discricionárias de ação”. MARQUES, *Direito Internacional da Concorrência*, p. 115.

²²⁶ Sobre este critério da suficiência da aplicação do direito da concorrência, veja-se: “In summary, the decision to subject a market to *ex ante* regulation should be based on an overall assessment of the state of the effectiveness of competition within such a market, taking into consideration not only static but also dynamic criteria. Markets which fulfill these two criteria should also be made subject to *ex ante* regulation if competition law remedies are deemed insufficient for ensuring effective and sustainable competition”. BUIGUES, Pierre A.. The new regulatory telecommunications framework: the competition policy approach. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 17.

quando vislumbrada a existência de posição dominante. Ademais, também foi possibilitado às autoridades nacionais reguladoras reconhecer a existência de posição dominante no mercado de duas ou mais empresas em conjunto, mesmo não havendo quaisquer relações entre elas, de acordo com critérios e requisitos específicos para os mercados de telecomunicações²²⁷.

Grandes diferenças também existiam no que tange às consequências que derivavam da constatação da existência de empresas com poder dominante no mercado. Além das autoridades reguladoras poderem impor obrigações preventivas às respectivas empresas, mesmo não havendo qualquer abuso, como já referido, tais obrigações passíveis de serem determinadas pelas autoridades reguladoras eram peculiares ao setor de telecomunicações e visavam a objetivos também particulares da política do setor, consoante exposto anteriormente. Uma vez constatada a existência de empresas com poder dominante, as autoridades reguladoras podiam impor obrigações relativas à universalidade de serviços e ao dever de liberar acesso e interconexão às redes, inclusive com limitação de preços ao público e aos concorrentes, controle de tarifas individuais e, especialmente, orientação de preços pelo custo²²⁸, seja em relação aos serviços prestados ao consumidor final, seja em relação à remuneração paga pelas demais operadoras em razão do acesso ou da interconexão às redes das empresas com poder dominante²²⁹.

Outra peculiaridade da regulação específica do setor daquela etapa referia-se à necessidade de observância de procedimento específico²³⁰, sempre que uma autoridade nacional reguladora pretendesse impor alguma obrigação à determinada empresa com poder

²²⁷ Sobre a existência de posição dominante do mercado conjunta, assim constou na Diretiva Quadro: “Pode considerar-se que duas ou mais empresas gozam de uma posição dominante conjunta na acepção do artigo 14º, mesmo na ausência de relações estruturais ou outras entre elas, se operarem num mercado cuja estrutura seja considerada como conducente a efeitos coordenados. Sem prejuízo da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre dominância conjunta, é provável que seja esse o caso sempre que o mercado satisfaça uma série de características adequadas, em especial em termos de concentração, transparência e outras características adiante referidas: Mercado plenamente desenvolvido; Falta de crescimento ou crescimento moderado da procura; Pouca elasticidade da procura; Homogeneidade do produto; Estruturas de custos semelhantes; Quotas de mercado semelhantes; Falta de inovação técnica, tecnologia plenamente desenvolvida; Ausência de excesso de capacidade; Barreiras elevadas ao acesso; Falta de um contrapoder dos compradores; Falta de concorrência potencial; Vários tipos de laços informais ou de outro tipo entre as empresas em questão; Mecanismos de retaliação; Falta de concorrência de preços ou pouca margem para essa concorrência”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva relativa a um quadro...*, anexo II.

²²⁸ Sobre orientação de preços pelo custo no setor, veja-se: GOMEZ ALONSO, *Regulación sectorial y...*, p. 207.

²²⁹ Sobre remuneração paga pela interconexão e suas repercussões em setores como o de telecomunicações, veja-se: MONTI, *EC Competition Law*, p. 478.

²³⁰ Sobre o denominado “procedimento do art. 7º”, assim constou na mencionada Diretiva Quadro: “Artigo 7º. Consolidação do mercado interno das comunicações electrónicas: 1. No exercício das suas funções ao abrigo do disposto na presente directiva e das directivas específicas, as autoridades reguladoras nacionais terão na maior

dominante no mercado. Com o declarado intuito de tentar consolidar um mercado interno das telecomunicações, a já mencionada Diretiva Quadro determinava que, antes de impor qualquer obrigação às empresas, as autoridades nacionais reguladoras deviam comunicar tal pretensão à Comissão e às autoridades reguladoras dos demais Estados-membros²³¹. Em regra, a Comissão e as demais autoridades reguladoras podiam apenas apresentar considerações em relação a tal pretensão. Somente em determinados casos excepcionais²³², que afetassem o comércio entre Estados-membros e significassem efetivo entrave ao mercado interno, é que a Comissão (e exclusivamente a Comissão) podia solicitar que a respectiva autoridade nacional retirasse a medida proposta.

Estes exemplos das peculiaridades existentes na disciplina específica no setor revelam que, ainda naquela quarta etapa do processo de liberalização da concorrência, os órgãos da União Europeia entendiam que a atuação exclusiva das autoridades nacionais da concorrência, aplicando o direito da concorrência, não era suficientemente capaz de solucionar as particularidades que envolviam o setor. Não obstante tais diferenças e peculiaridades, a completa reformulação do setor introduzida em tal etapa determinou mais um claro passo no sentido da aproximação da regulação específica do setor com o direito da concorrência, implicando, também, um estreitamento nas relações entre as autoridades nacionais

conta os objectivos estabelecidos no artigo 8.º, incluindo os relacionados com o funcionamento do mercado interno”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva relativa a um quadro regulamentar...*, art. 7º.

²³¹ Sobre o procedimento para a imposição de obrigações, assim constou na Diretiva Quadro: “Para além da consulta referida no artigo 6.º, caso uma autoridade reguladora nacional tencione tomar uma medida que: a) Se insira no âmbito de aplicação dos artigos 15.º ou 16.º da presente directiva, dos artigos 5.º ou 8.º da Directiva 2002/19/CE (directiva acesso) ou do artigo 16.º da Directiva 2002/22/CE (directiva serviço universal); e b) Afecte o comércio entre os Estados-Membros, esta tornará a proposta de medida simultaneamente acessível à Comissão e às autoridades reguladoras nacionais dos outros Estados-Membros. As autoridades reguladoras nacionais e a Comissão só podem apresentar observações à autoridade reguladora em causa no prazo de um mês ou no prazo referido no artigo 6.º, caso este seja mais longo. 4. Caso uma medida proposta e coberta pelo n.º 3 destine a: a) Identificar um mercado relevante diferente dos mercados identificados na recomendação formulado nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 15.º; ou b) Decidir designar ou não uma empresa como tendo, individual ou conjuntamente com outras, poder de mercado significativo, nos termos do disposto nos n.ºs 3, 4 ou 5 do artigo 16.º, e afecte o comércio entre os Estados-Membros, e a Comissão tenha informado a autoridade reguladora nacional de que considera que a proposta de medida criará um entrave ao mercado interno ou que tem sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o direito comunitário e, em particular, com os objectivos enunciados no artigo 8.º, a aprovação da medida será adiada por um prazo suplementar de dois meses. Este prazo não pode ser prorrogado. Durante este período, a Comissão pode tomar, em conformidade com o procedimento previsto no n.º 2 do artigo 22.º, uma decisão em que solicitará à autoridade reguladora nacional em causa que retire a proposta de medida”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva relativa a um quadro...*, art. 7º.

²³² Sobre os casos excepcionais em que a Comissão podia solicitar que a respectiva autoridade nacional retirasse a medida proposta, veja-se: “Num total de 229 notificações (examinadas até 30 de Setembro de 2005), a Comissão adoptou, em quatro casos, decisões que obrigam as ARN a retirarem as medidas propostas. Estas decisões de veto asseguram que não serão tomadas, a nível nacional, medidas incompatíveis com o direito comunitário, em especial com os objectivos políticos comuns de todas as ARN”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado...*, p. 7.

reguladoras e as respectivas autoridades nacionais da concorrência. Mesmo assim, como destacado, a política específica do setor reconhecia e mantinha objetivos claros e próprios para as telecomunicações, objetivos estes que permeavam as seis diretivas que compuseram, à época, aquela etapa da reforma.

Como destacado, um objetivo declarado de tal etapa do processo de reforma do setor – objetivo, aliás, que era preconizado desde o início da evolução da disciplina ora analisada, que pautará a análise do futuro da regulação setorial – era o da constituição de um efetivo mercado interno das telecomunicações. Este objetivo pressupõe a existência de efetiva concorrência nos diversos mercados do setor, como anteriormente exposto. Contudo, mesmo que os mercados nacionais já se encontrassem completamente liberalizados e com algum grau de concorrência à época, mesmo que as seis então recentes diretivas representassem um avanço para a implantação da concorrência nos mercados, mesmo com a abordada aproximação da regulação setorial com o direito da concorrência e mesmo com a determinação expressa de que as autoridades reguladoras somente pudessem intervir no setor após a realização do aludido “teste dos três critérios”, a verdade é que, na prática, a consecução do pretendido mercado interno das telecomunicações ainda estava distante.

Com efeito, a “concorrência efetiva” não era uma realidade concreta naquela etapa da reforma. De acordo com a aludida Diretiva Quadro que estava em vigor²³³, somente existia “concorrência efetiva” nos mercados de telecomunicações em que não era diagnosticada a existência de uma ou mais empresas com poder de mercado significativo (poder dominante). Contudo, ao final do ano de 2005, em investigação promovida a pedido da Comissão, do total de quatrocentos e cinquenta mercados de telecomunicações analisados (dezoito mercados nacionais de cada um dos então 25 Estados-membros), apenas em dezenove foi constatada a existência de concorrência efetiva²³⁴.

A investigação realizada apontou que as antigas empresas monopolistas, apesar de terem visto diminuídas suas participações nos mercados nacionais, via de regra, isoladamente ou em conjunto com outras empresas, continuavam com poder dominante, não havendo, ainda, naquela etapa, a consolidação generalizada de mercados nacionais de telecomunicações

²³³ Mais especificamente, consoante expresso no já referido considerando 27 da aludida Diretiva Quadro: UNIÃO EUROPEIA, *Directiva relativa a um quadro...*, cons. 27.

²³⁴ Os resultados da aludida investigação foram divulgados pela União Europeia. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. *Tomorrow's Framework*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2007.

com “concorrência efetiva”. Assim, sequer existindo mercados nacionais efetivamente competitivos, a concorrência em âmbito comunitário era ainda mais incipiente.

Ademais, foi constatado que, em alguns mercados específicos, nem sequer se vislumbrava a possibilidade de, no futuro, atingir-se a concorrência efetiva e o pretendido mercado interno. Nesse sentido, por exemplo, ainda não era visualizada a possibilidade de desconstituição do poder dominante das operadoras de telefonia fixa, especialmente no que dizia respeito à denominada última milha (*last mile*)²³⁵, pela qual é realizada a ligação dos consumidores às redes existentes, que os possibilita realizar e receber chamadas e fazer uso de serviços conexos e de valor adicionado. A ausência de infraestruturas alternativas consolidadas e independentes de fronteiras determinava que as novas operadoras dependessem muito do acesso e da interconexão às redes das antigas monopolistas, o que impossibilitava o fortalecimento da concorrência no setor²³⁶.

Diante de tal situação, e sabendo-se dos objetivos que eram buscados com a reforma do setor, já ao final de 2005, foram iniciados os estudos que, posteriormente, levariam à etapa mais recente da evolução da disciplina das telecomunicações. Como nas demais, acima abordadas, esta nova etapa iria se valer do passado e das conquistas que já haviam sido superadas, na busca da consolidação do mercado interno do setor e dos demais objetivos especificamente visados nas telecomunicações.

Nesse compasso, já tendo sido devidamente analisadas todas as etapas superadas na reforma gradual que vem sendo introduzida nas telecomunicações da União Europeia, resta facilitada a análise da disciplina que atualmente está em vigor, como a seguir será demonstrado.

B.2 - Disciplina em vigor

Consoante acima demonstrado, em que pesem as sucessivas etapas já superadas na evolução da disciplina do setor, e mesmo que a concorrência nas telecomunicações da União

²³⁵ Sobre o acesso às redes fixas, veja-se: RAMIRES, *Direito das Telecomunicações...*, p. 237.

²³⁶ Sobre a relevância do desenvolvimento de infraestruturas alternativas no setor, veja-se: SALOMÃO FILHO, *Regulação da atividade...*, p. 126.

Europeia já se encontrasse há vários anos efetivamente liberalizada, o fato é que, ao final do ano de 2005, a existência de concorrência efetiva nos mercados ainda não era a regra. Pelo contrário: ainda se mostrava relativamente distante a consecução do objetivo visado de se desenvolver o mercado interno de telecomunicações.

Justamente por este motivo é que, ainda em 2005, como visto, foram iniciados os movimentos necessários para a revisão da regulação anteriormente vigente²³⁷, com a consequente introdução da etapa que atualmente segue em vigor no cenário comunitário.

Tal qual já havia sido observado nas etapas anteriores, como antes ressaltado, também esta nova etapa foi precedida de Comunicação específica da Comissão, indicando os objetivos que seriam buscados no setor até o ano de 2010. Assim, ainda em 2005, a Comissão divulgou o denominado *Plano i2010*²³⁸, em que declarou o objetivo de criação de um espaço único europeu da informação²³⁹, a ser atingido, especialmente, através da modernização da regulação até então existente e com um melhor aproveitamento do espectro eletromagnético²⁴⁰.

Ao final de 2005, a Comissão abriu uma consulta pública a todos os interessados, em que solicitava contribuições acerca dos aspectos que deveriam ser aprimorados na nova etapa da reforma, que então estava por vir²⁴¹. Também a partir de tal data, a Comissão solicitou e

²³⁷ Sobre a introdução da etapa que atualmente segue em vigor na União Europeia, veja-se: “The review shall not be a missed opportunity for analyzing the current regulatory and deregulatory experience and learning from past mistakes and best practices. An important step forward to adapting the regulator regime to the dynamic nature of the telecoms sector is the proposal of the Commission to remove markets, like the minimum set of leased lines from the list of markets susceptible to ex ante regulation. The Review of the Regulatory Framework is the right tool to balance the views of the various stakeholders against prevailing policy considerations with a view to finding the optimal level of regulatory intervention that will secure innovation, investment and value for consumers and will contribute to the consolidation of the internal market for electronic communications networks and services”. STOYANOVA, *Competition problems in...*, p. 69.

²³⁸ Sobre as prioridades eleitas no aludido *Plano i2010*, assim constou na respectiva Comunicação da Comissão: “A Comissão propõe três prioridades para as políticas europeias da sociedade da informação e dos media: i) a criação de um espaço único europeu da informação, que promova um mercado interno dos serviços da sociedade da informação e de media aberto e concorrencial; ii) o reforço da inovação e do investimento em investigação na área das TIC, com vista a promover o crescimento e a criação de mais e melhores empregos; iii) a realização de uma sociedade da informação europeia inclusiva, que promova o crescimento e o emprego de um modo compatível com o desenvolvimento sustentável e que dê prioridade à melhoria dos serviços públicos e da qualidade de vida”. UNIÃO EUROPEIA, *i2010 – A European Information...*, p. 4.

²³⁹ Sobre a criação de um espaço único europeu da informação, restou definido no aludido *Plano i2010*: “Objectivo 1: Um espaço único europeu da informação que ofereça comunicações de elevada largura de banda, seguras e a um preço acessível, conteúdos ricos e diversificados e serviços digitais”. Idem, p. 7.

²⁴⁰ Sobre espectro eletromagnético, veja-se: ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 26.

²⁴¹ A consulta pública realizada previamente à fase hoje em vigor do processo foi divulgada através do seguinte documento: UNIÃO EUROPEIA. *European Commission call for input on the forthcoming review of the EU*

realizou estudos teóricos²⁴², análises econômicas²⁴³ e investigações econométricas²⁴⁴, a fim de avaliar qual seria a melhor forma de avançar na disciplina do setor. As conclusões a que a Comissão chegou após tais estudos e pesquisas foram divulgadas em um relatório²⁴⁵, no qual a Comissão apresentou, sobre cada um dos temas nos quais desejava introduzir alguma alteração legislativa, as alternativas que existiam e os impactos que eram previstos caso tais alternativas fossem adotadas.

Especificamente, para a alteração do quadro regulamentar, no que tange à relação entre regulação setorial e desregulação, com eventual alternativa de disciplina do setor exclusiva pelo direito da concorrência, a Comissão apresentou e analisou três cenários distintos. Neste ponto, foram investigadas as alternativas de: (a) aprimorar a regulação setorial, aumentando seu foco nos mercados em que a concorrência se apresentava mais deficiente, inclusive com medidas mais enérgicas, e diminuindo a incidência nos mercados já efetivamente concorrentes; (b) abolir, de vez, a regulação setorial, deixando a disciplina do setor, exclusivamente, para a legislação antitruste e para eventual autorregulação; e (c) manter o quadro regulamentar então vigente, apenas com pequenos ajustes mínimos, se necessários.

Foram investigados e comparados os impactos que tais alternativas possivelmente trariam em matérias de investimentos e inovação, competição, fortalecimento do mercado interno, competitividade com mercados estrangeiros, custos e benefícios para os operadores dos mercados, custos e benefícios para o Poder Público, custos e benefícios para os consumidores, inclusão digital e nível de emprego.

regulatory framework for electronic communications including review of the Recommendation on the relevant markets. 25 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²⁴² São exemplos dos estudos teóricos promovidos à época: UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: relatório de progresso sobre o mercado único europeu das comunicações electrónicas em 2008 (14.º relatório)*. COM(2009) 140. 24 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 dez. 2009; UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado nos termos do quadro regulamentar comunitário*. COM(2006) 28. 06 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009; e UNIÃO EUROPEIA. *Commission staff working document: impact assessment*. SEC(2007) 1472/3. 06 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009.

²⁴³ É exemplo das análises econômicas realizadas: CAVE, Martin; STUMPF, Ulrich; VALLETTI, Tommaso. *A Review of certain markets included in the Commission's Recommendation on Relevant Markets subject to ex ante Regulation*. jul. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²⁴⁴ São exemplos das avaliações econométricas realizadas: UNIÃO EUROPEIA. *Telecoms Services Indicators*. dez. 2004. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009; e UNIÃO EUROPEIA. *E-Communications Household Survey*. jul. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²⁴⁵ O referido relatório foi publicado pela Comissão em 2007, a saber: UNIÃO EUROPEIA, *Commission staff working document: impact assessment...*

A consulta pública prévia realizada revelou²⁴⁶ que, dentre tais alternativas, a maioria dos Estados-membros e das novas operadoras de telecomunicações defendeu, basicamente, o aprimoramento do modelo vigente, com readequação da regulação setorial *ex ante* pró-competição, focada nos mercados em que a concorrência se apresentava mais deficiente. Já a maioria das antigas empresas monopolistas, em regra as empresas com poder dominante e detentoras das maiores parcelas dos mercados, posicionou-se pela revogação ou ampla restrição da regulação setorial específica, defendendo a autorregulação e sustentando que a manutenção ou o fortalecimento da regulação setorial não incentivaria os futuros investimentos e a inovação necessária no setor.

A partir dos estudos e das avaliações realizados pela Comissão, esta concluiu, então, que a melhor alternativa, para a realidade da época, seria a de aprimorar a regulação setorial específica, aumentando seu foco nos mercados ainda problemáticos (do ponto de vista concorrencial), na proteção dos consumidores e na maior consistência da aplicação da regulação do setor em todo o espaço interno. Segundo a Comissão, esta alternativa era a que melhor atenderia aos objetivos da reforma do setor, especialmente no que se refere à constituição de um mercado interno das telecomunicações.

Assim, em seguimento, no ano de 2007, a Comissão editou nova Comunicação²⁴⁷, em que apresentou as conclusões e as propostas que havia formulado para a nova etapa da reforma do setor. Em síntese, a Comissão, reiterando os objetivos principais da reforma, consignou que havia diversos mercados importantes de telecomunicações que continuavam

²⁴⁶ Sobre os resultados da aludida consulta pública, assim constou do relatório final: “In general, the public consultation showed support for the current model of the framework that was seen to promote competition and investment. Especially new entrants saw that effective pro-competitive *ex ante* regulation and open access provisions on incumbents' networks are strongly correlated with increased investment and innovation. The new entrants and the European Regulatory Group as well as couple of Member States supported ‘open access model’ in its more limited form, i.e. functional separation. However, operators generally saw that this should be based on voluntary action. Several Member States preferred no change, whereas incumbents were clearly against forced structural or functional separation. Critics of the current approach, in most cases the incumbent operators, argued that the framework does not promote future investment and innovation. Reference was made specifically to the NGNs, which in their opinion merit regulatory forbearance, as they should be considered new investments and therefore be treated as new and emerging markets. Alternative operators were strongly against such approaches as they fear that their investments in core networks will be threatened if incumbents re-exert their monopoly power over local access”. UNIÃO EUROPEIA, *Commission staff working document: impact assessment...*, p. 43.

²⁴⁷ A Comunicação da Comissão em que esta apresentou suas conclusões e propostas para a nova etapa da reforma do setor trata-se da Comunicação número 696, de 2007: UNIÃO EUROPEIA. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: report on the outcome of the review of the EU regulatory framework for electronic communications networks and services in accordance with Directive 2002/21/EC and summary of the 2007*

carecendo da necessária concorrência, o que, aliado a atuações divergentes entre as autoridades reguladoras nacionais, impedia o surgimento de um efetivo mercado interno das telecomunicações e determinava a necessidade de uma reforma mais substancial na regulação do setor²⁴⁸.

Nesse contexto, a Comissão apresentou doze propostas de alteração da regulação vigente do setor, as quais, segundo o órgão, auxiliariam na consecução dos tão mencionados objetivos visados na reforma. Tais propostas foram encaminhadas pela Comissão ao Conselho e ao Parlamento e já haviam sido, como destacado, objeto de amplas discussões, inclusive com consultas públicas e investigações em relação às suas fundamentações e aos seus possíveis efeitos. Nesse compasso, depois das necessárias negociações junto ao Parlamento e ao Conselho²⁴⁹, que não alteraram significativamente as propostas inicialmente formuladas pela Comissão, estas foram devidamente aprovadas e colocadas em práticas. Assim, em 25 de novembro de 2009, teve oficialmente início a etapa em vigor da reforma no setor de telecomunicações da União Europeia, primeiramente, com a edição de duas novas Diretivas²⁵⁰ e um novo Regulamento²⁵¹ do Parlamento Europeu e do Conselho. No que tange às duas novas Diretivas, as respectivas disposições tinham de ser internalizadas pelos Estados-

reform proposals. COM(2007) 696. 13 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²⁴⁸ Sobre as conclusões da Comissão acerca da reforma, assim constou na referida Comunicação: “In 2006 and 2007, the Commission has reviewed the functioning of the EU framework against its main objectives, which are to promote competition, to consolidate the internal market and to promote the interests of the citizen. In the light of technological and market developments, especially improved competition in some areas, but also continued dominance by one or a few operators on a number of key markets as well as a continued lack of a single market for electronic communications and increasing divergence of regulatory approaches in the enlarged EU, a substantial reform of the regulatory framework is considered necessary by the Commission. The 2007 Reform Proposals of the Commission can be grouped under the three pillars of better regulation, completing the single market and connecting with citizens”. Idem, cons. 2.1.

²⁴⁹ Para maiores informações sobre as negociações à época, veja-se, por todos: ALABAU; GUIJARRO, *The electronic communications...*, p. 256.

²⁵⁰ A saber, Diretivas números 140 e 136, respectivamente, ambas de 2009: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/19/CE relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos e a Directiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas*. Directiva 2009/140/CE. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010; e UNIÃO EUROPEIA. *Directiva que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor*. Directiva 2009/136/CE. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

²⁵¹ A saber, Regulamento número 1211, de 2009: UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE) e o Gabinete*. Regulamento 1211/2009. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

membros até 25 de maio de 2011²⁵². As principais²⁵³ alterações introduzidas podem ser divididas em três grandes áreas: (i) focar a regulação existente nos mercados menos competitivos; (ii) melhorar a proteção aos cidadãos; e (iii) aprimorar o mercado interno das telecomunicações.

Assim, foi introduzida a simplificação das normativas existentes, de forma a focar a regulação nos pontos tidos, de um lado, como essenciais para os objetivos do bloco e, de outro lado, como problemáticos, sob ponto de vista concorrencial. A orientação acerca dos mercados sujeitos à aplicação de medidas setoriais *ex ante* foi restringida dos dezoito mercados até então existentes, para sete²⁵⁴ mercados²⁵⁵, sendo a grande maioria mercados grossistas²⁵⁶, com especial foco na regulação nos pontos de estrangulamento²⁵⁷. Para o mercado em que se verificavam as maiores dificuldades em termos de implementação de concorrência (de acesso à rede de telefonia), foi aprovada a introdução de um remédio excepcional, que agora pode ser aplicado pelas autoridades reguladoras quando as demais

²⁵² Assim constou da nova diretiva sobre o quadro regulamentar: “1. Os EstadosMembros devem aprovar e publicar até 25 de Maio de 2011 as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva. Devem comunicar imediatamente à Comissão o texto das referidas disposições”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, art. 4º (1).

²⁵³ Para a íntegra de todas as propostas, veja-se diretamente a Recomendação da Comissão: Idem, cons. 3.

²⁵⁴ São os sete mercados sujeitos à aplicação de medidas *ex ante* no quadro atual, quais sejam: acesso à rede de telefonia fixa, origem de chamadas em redes de telefonia fixa, terminação de chamadas em redes de telefonia fixa, acesso à rede local para banda larga e serviços de voz, acesso à rede de banda larga, terminação de chamadas na rede móvel, terminação em segmentos de linhas dedicadas.

²⁵⁵ Para maiores detalhes sobre esta diminuição do número de mercados relevantes, veja-se: “Together with the proposal of a new regulatory framework, the EC has issued a new Recommendation of Relevant Markets in which the markets subject to possible regulation were reduced from the original 18 to 7. According to the Referred body, this Recommendation ‘reduces regulation in more than a 50%’”. HERRERA-GONZALEZ, Fernando; CASTEJON-MARTIN, Luis. The endless need for regulation in telecommunication: An explanation. *Telecommunications Policy*. v. 33. Reino Unido: Elsevier, 2009. p. 667.

²⁵⁶ Sobre o foco nos mercados grossistas e sua consequência para a disciplina do setor, veja-se: “Na Europa, o quadro regulamentar tem favorecido a concorrência, por exigir que os operadores de redes com poder de mercado significativo forneçam acesso a nível grossista e que as radiofrequências sejam atribuídas por processos concorrenciais. [...] Aplicado em paralelo com o quadro regulamentar *ex ante*, o direito da concorrência contribuiu para a facilitação do acesso ao mercado prevenindo os abusos de posição dominante por parte dos operadores do mercado regulado. As tarifas retalhistas do acesso fixo e sem fios à Internet na UE não são, portanto, regulamentadas e os consumidores têm ao dispor serviços diversificados a preços adaptados às suas necessidades (de volume, largura de banda, etc.)”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Abertura e neutralidade da Internet na Europa*. COM(2011) 222. 19 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jun. 2011. item 3.1.

²⁵⁷ Sobre o foco necessário da regulação a ser mantida, veja-se: “Markets need only be regulated until they are competitive. Some markets, in particular retail markets, have reached this point today. However, on access markets and several wholesale markets, more needs to be done. The Commission will focus regulation on markets where competition is not yet effective and which are crucial for Europe’s competitiveness, such as broadband access”. UNIÃO EUROPEIA. *2007 EU Telecoms Reform # 9: From 18 to 7 regulated markets*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

tentativas de promoção da concorrência não tiverem sucesso: a separação funcional²⁵⁸. Trata-se, porém, de alternativa que, de acordo com a diretiva em questão, somente pode ser aplicada em casos específicos e excepcionais, quando as autoridades reguladoras não conseguem assegurar a existência de concorrência em mercados de acesso às redes²⁵⁹.

A Comissão realizou ajustes na política de administração do espectro, de forma a se introduzir e, efetivamente, respeitar o princípio da neutralidade para serviços e tecnologias. Ainda no que se refere ao espectro, foi proposto o aprimoramento do sistema de concessão de autorizações para serviços com amplitude transfronteiriça²⁶⁰.

²⁵⁸ A diretiva que alterou o quadro regulamentar assim definiu a separação funcional: “A separação funcional, nos termos da qual o operador verticalmente integrado é obrigado a estabelecer entidades empresariais operacionalmente separadas, tem por objectivo garantir a oferta de produtos de acesso totalmente equivalentes a todos os operadores a jusante, incluindo as divisões a jusante do próprio operador verticalmente integrado. A separação funcional permite aumentar a concorrência em vários mercados relevantes, ao reduzir significativamente o incentivo à discriminação e tornando mais fácil verificar e impor o cumprimento das obrigações de não discriminação. Em casos excepcionais, pode justificar-se enquanto remédio, sempre que se verifique uma impossibilidade continuada de assegurar uma efectiva não discriminação em vários dos mercados em causa e existam poucas ou nenhuma perspectiva de concorrência a nível das infra-estruturas, dentro de um prazo razoável após a aplicação de uma ou mais medidas dos anteriormente consideradas apropriadas. No entanto, é muito importante garantir que a sua imposição preserve os incentivos à empresa em causa para investir na sua rede e não produza eventuais efeitos negativos no bem-estar dos consumidores”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, cons. 61. Tal medida já era, contudo, abordado por alguns autores. Nesse sentido: “Given the difficulty of introducing substantial competition in the local market, even when telephone rate structure has been rebalanced and when appropriate rules on interconnection, carrier pre-selection, number portability, resale, and local loop unbundling are in place, it may be advisable to give serious consideration to imposing separation between the deployment of local infrastructure and the provision of local wholesale services on the one hand, and local retail activities on the other hand”. GERADIN, *Controlling market power...*, p. 333. Aliás, ainda em janeiro de 2006, mesmo antes da previsão da Comissão, portanto, o Reino Unido já havia implementado a separação funcional dentro de seu território. Nesse sentido: VELJANOVSKI, Cento. *Competition law: the new regulatory tool? Intermedia*. v. 37. n. 4 IIC. out. 2009. Disponível em: <<http://www.iicom.org>>. Acesso em: 10 mar. 2011. p. 24-29.

²⁵⁹ Sobre as hipóteses de aplicação da separação funcional, assim está previsto na diretiva em questão: “1. Caso conclua que as obrigações adequadas impostas nos termos dos artigos 9.º a 13.º não permitiram garantir uma concorrência eficaz e que persistem importantes problemas de concorrência/falhas de mercado em relação ao aprovisionamento grossista de determinados mercados de produtos de acesso, a autoridade reguladora nacional pode, como medida excepcional, nos termos do segundo parágrafo do n.º 3 do artigo 8.º, impor às empresas verticalmente integradas a obrigação de afectarem as actividades relacionadas com o fornecimento grossista de produtos de acesso a uma entidade empresarial operacionalmente independente. Essa entidade empresarial fornece produtos e serviços de acesso a todas as empresas, incluindo a outras entidades empresariais da empresa-mãe, nos mesmos prazos, termos e condições, nomeadamente no que respeita a preços e níveis de serviço, e através dos mesmos sistemas e processos”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, art. 13º A (1).

²⁶⁰ Sobre o aprimoramento do sistema de concessão de autorizações para serviços com amplitude transfronteiriça, assim constou na aludida diretiva: “1. Tendo devidamente em conta que as radiofrequências são um bem público com um importante valor social, cultural e económico, os Estados-Membros devem assegurar a gestão eficaz das radiofrequências para serviços de comunicações electrónicas no seu território nos termos dos artigos 8.º e 8.º-A. Devem assegurar que a atribuição do espectro utilizado para serviços de comunicações electrónicas e a emissão de autorizações gerais ou de direitos individuais de utilização dessas radiofrequências pelas autoridades nacionais competentes se baseiem em critérios objectivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais”. Idem, art. 9º (1).

Em relação aos cidadãos, verifica-se um aumento na proteção dos consumidores. Assim, a obrigação de portabilidade numérica, que já existia, foi tornada mais rígida, de forma que deve ser assegurada a transferência de número de uma operadora para outra, na mesma base territorial, em, no máximo, um dia útil dentro do bloco²⁶¹. Igualmente, foram ampliadas as informações mínimas que, necessariamente, têm de ser comunicadas aos consumidores, dentro de toda a União Europeia, antes de ser celebrada qualquer contratação de serviços de telecomunicações²⁶². Em razão de sucessivos casos de quebra de privacidade e de segurança na proteção de dados no bloco²⁶³, elevou-se o nível de proteção da privacidade e dos dados pessoais nas telecomunicações, com inclusão da obrigação dos provedores de notificar inclusive os riscos de violações e as efetivas violações da segurança, que provoquem a perda ou comprometam a integridade de dados pessoais dos usuários²⁶⁴. Ainda, foi prevista a inclusão de poderes para as autoridades reguladoras estabelecerem patamares mínimos de

²⁶¹ Sobre a portabilidade numérica nesta etapa da reforma, constou na respectiva Diretiva: “4. A transferência de números e a subsequente activação destes devem ser executadas no prazo mais curto possível. Em qualquer caso, os assinantes que tenham concluído um acordo para a transferência de um número para uma nova empresa têm o número activado no espaço de um dia útil. Sem prejuízo do disposto no primeiro parágrafo, as autoridades nacionais competentes podem definir o processo global de portabilidade dos números, tendo em conta as disposições nacionais sobre contratos, a viabilidade técnica e a necessidade de assegurar a continuidade do serviço ao assinante. Em qualquer caso, a perda do serviço durante o processo de portabilidade não excederá um dia útil. As autoridades nacionais competentes têm igualmente em conta, sempre que necessário, que os assinantes estão protegidos ao longo de todo o processo de transferência e que a transferência para outro fornecedor não é feita contra a sua vontade”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores...*, art. 30º (4).

²⁶² Sobre as informações mínimas aos consumidores, nas palavras da respectiva Diretiva: “A existência de informações transparentes, actualizadas e comparáveis sobre ofertas e serviços é um elemento fundamental para os consumidores em mercados concorrenciais, nos quais diversos fornecedores oferecem serviços. Os utilizadores finais e os consumidores de serviços de comunicações electrónicas deverão ter a possibilidade de comparar facilmente os preços dos vários serviços oferecidos no mercado com base em informações publicadas numa forma facilmente acessível. Para facilitar a comparação de preços, as autoridades reguladoras nacionais deverão ter a possibilidade de exigir às empresas que fornecem redes e/ou serviços de comunicações electrónicas maior transparência nas informações (incluindo tarifas, padrões de consumo, e outras estatísticas relevantes) e para assegurar a terceiros o direito de utilizarem gratuitamente as informações acessíveis ao público publicadas pelas empresas que fornecem redes e/ou serviços de comunicações electrónicas”. *Idem*, cons. 32.

²⁶³ Sobre os casos de quebra de privacidade e de segurança na proteção de dados no bloco, veja-se: TURLE, Marcus. Data security: past, present and future. *Computer Law and Security Review*. v. 25. Reino Unido: Elsevier, 2009. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 26 abr. 2009. p. 51-58; KEMMITT, Helen; JOLLEY, Rachael; PAIRMAN, Joanne; DUDUYEMI, Olufemi. Baker & McKenzie’s annual review of developments in EU law relating to IP, IT & telecommunications. *Computer Law and Security Review*. v. 25. Reino Unido: Elsevier, 2009. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 26 abr. 2009. p. 97-100; e SMALL, Harry; DIZON, Michael; MALIK, Tabeebah; KEMMITT, Helen; SMITH, Ben, CHIN, Alison; DUDUYEMI, Olufemi. *Computer Law and Security Review*. v. 25. Reino Unido: Elsevier, 2009. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 26 abr. 2009. p. 189-193.

²⁶⁴ Sobre as obrigações em matéria de privacidade e segurança no setor, constou na Diretiva em questão: “As autoridades nacionais competentes podem adoptar orientações, sujeitas às medidas técnicas de execução aprovadas nos termos do n.º 5 e, se for caso disso, emitir instruções sobre as circunstâncias em que os prestadores estão obrigados a comunicar violações de dados pessoais e a forma e processo aplicáveis a essa notificação. As referidas autoridades devem igualmente ter a possibilidade de verificar se os prestadores cumpriram as suas obrigações de notificação nos termos do presente número e aplicar sanções adequadas em caso de não cumprimento”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores...*, art. 3º (4).

qualidade para a prestação dos serviços no setor²⁶⁵, especialmente na universalização e, inclusive, para velocidade mínima de acesso à internet²⁶⁶.

Diante de relatada ausência de uniformidade na aplicação da regulação setorial no espaço comum interno, bem como de invocada dificuldade de estabelecimento e funcionamento de um verdadeiro mercado interno no setor, foi criada uma nova autoridade, no nível da União, a fim de tentar assegurar um tratamento uniforme para situações semelhantes em todo o bloco. Esta nova autoridade, denominada de Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrônicas (ORECE), é composta pelas autoridades reguladoras dos vinte e sete Estados-membros, e tem como principal meta uniformizar a aplicação da regulação setorial dentro do espaço comum, especialmente em matérias transnacionais, tanto em relação às medidas *ex ante* aplicadas, quanto em relação às penalidades que vierem a ser aplicadas em caso de violação às normativas vigentes²⁶⁷.

Ainda em relação às autoridades reguladoras, tendo em vista que estavam sendo observadas ingerências de alguns Estados-membros sobre as suas respectivas, inclusive com

²⁶⁵ Sobre a possibilidade de as autoridades reguladoras estabelecerem patamares mínimos de qualidade para a prestação dos serviços no setor, assim constou da respectiva Diretiva: “2. As autoridades reguladoras nacionais podem especificar, nomeadamente, os parâmetros de qualidade dos serviços a medir e o conteúdo, o formato e a maneira como as informações deverão ser publicadas, incluindo eventuais mecanismos de certificação de qualidade, a fim de garantir que os utilizadores finais, incluindo os utilizadores finais com deficiência, tenham acesso a informações completas, comparáveis, fiáveis e conviviais. Se adequado, podem ser utilizados os parâmetros, definições e métodos de medição indicados no anexo III”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores...*, art. 22 (2).

²⁶⁶ Sobre a exigência de velocidade mínima de acesso à internet, assim constou na aludida Diretiva número 136, de 2009: “(5) As ligações à rede de comunicações pública num local fixo deverão ser capazes de suportar comunicações de dados com um débito suficiente para garantir o acesso a serviços de informação em linha, como os fornecidos através da internet pública. A velocidade de acesso à internet constatada por um determinado utilizador pode depender de uma série de factores, nomeadamente da capacidade de ligação do(s) fornecedor(es) da internet, bem como da aplicação para a qual estiver a ser utilizada a ligação. O débito de dados que pode ser suportado por uma ligação à rede de comunicações pública depende não só das capacidades do equipamento terminal do assinante, mas também da própria ligação. Por este motivo, não é adequado estabelecer um débito de dados ou binário específico a nível comunitário. É necessária uma certa flexibilidade para permitir aos EstadosMembros tomar medidas, sempre que necessário, para garantir que uma ligação esteja apta a suportar débitos de dados suficientes para um acesso funcional à internet, tal como definido pelos EstadosMembros, tendo devidamente em conta as circunstâncias específicas dos mercados nacionais, nomeadamente a largura de banda mais utilizada pela maioria dos assinantes no Estado-Membro em questão e a viabilidade tecnológica, desde que essas medidas tenham por objectivo reduzir as distorções de concorrência. Se essas medidas implicarem um encargo excessivo para uma determinada empresa, tendo devidamente em conta os custos e as receitas, bem como benefícios não tangíveis decorrentes da prestação dos serviços em causa, esta repercussão pode ser incluída no cálculo dos custos líquidos das obrigações de serviço universal. Podem ser igualmente implementadas soluções alternativas de financiamento da infra-estrutura de rede subjacente, envolvendo fundos comunitários ou medidas nacionais compatíveis com a legislação comunitária”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores...*, cons. 5.

²⁶⁷ Para maiores detalhes sobre o funcionamento e a competência do ORECE, veja-se: UNIÃO EUROPEIA, *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE)*...

demissões injustificadas de presidentes das mesmas²⁶⁸, foi elevado o grau de independência e imparcialidade exigido para o seu funcionamento. Nesse sentido, foi esclarecido que os presidentes das autoridades nacionais reguladoras não poderiam ser afastados de forma injustificada ou fora de condições inicialmente estabelecidas, sendo que todos os Estados-membros ainda deveriam assegurar recursos financeiros e humanos suficientes para o funcionamento da respectiva autoridade nacional²⁶⁹.

Também nesta etapa, foi dada ênfase especial às redes de acesso da próxima geração²⁷⁰, tidas como essenciais para se atingir os objetivos principais da reforma, inclusive o de universalização do acesso à internet com banda larga. Nesse sentido, a Comissão editou Recomendação específica sobre o tema²⁷¹, determinando como deve ser a regulação a ser estabelecida visando a incentivar a criação de tais redes, seja pelas empresas que já detêm poder de mercado significativo, seja por novas operadoras. Desde logo foram previstos os

²⁶⁸ A Comissão abriu procedimentos de investigação e, inclusive, submeteu a julgamento casos de descumprimento da obrigação de assegurar imparcialidade às autoridades reguladoras nacionais. Mais especificamente, nos casos da Lituânia e da Romênia, em que houve o afastamento dos então presidentes das respectivas autoridades, sem fundamento legal. Para maiores detalhes, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Digital Agenda: Commission acts against Lithuania and Romania to ensure impartial regulation of telecoms*. IP/10/1557. 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

²⁶⁹ Sobre necessidade de elevação do grau de independência e de imparcialidade das autoridades reguladoras nacionais, assim constou na respectiva Diretiva: “Os Estados-Membros devem assegurar que o presidente – ou, se aplicável, os membros do órgão colegial que exercem essas funções – da autoridade reguladora nacional a que se refere o primeiro parágrafo ou os seus substitutos apenas possam ser exonerados se já não satisfizerem as condições requeridas para o exercício das suas funções, previamente definidas no direito nacional. A decisão de exoneração do presidente – ou, se aplicável, dos membros do órgão colegial que exercem essas funções – da autoridade reguladora nacional em questão deve ser tornada pública no momento da exoneração. O presidente da autoridade reguladora nacional – ou, se aplicável, os membros do órgão colegial que exercem essas funções – que tenham sido exonerados devem receber uma declaração justificativa, cuja publicação, se não se encontrar já prevista, têm o direito de exigir e que, nesse caso, deve ser publicada. Os Estados-Membros devem assegurar que as autoridades reguladoras nacionais a que se refere o primeiro parágrafo tenham orçamentos anuais separados, os quais são tornados públicos. Os Estados-Membros devem também garantir que as autoridades reguladoras nacionais disponham de recursos financeiros e humanos adequados para poderem participar activamente no Organismo dos Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE) e prestar-lhe o seu contributo”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, art. 3º (3-A).

²⁷⁰ De acordo com a Comissão, como consta na Recomendação número 572, de 2010, esta é a definição das redes de acesso da próxima geração: “Redes de acesso da próxima geração (NGA): redes de acesso cabladas, constituídas na totalidade ou em parte por elementos de fibra óptica, e que são capazes de fornecer serviços de acesso de banda larga com características mais avançadas (como maior capacidade de transmissão) em relação às dos fornecidos pelas redes de cobre já existentes. Na maior parte dos casos, as redes NGA resultam de melhorias introduzidas numa rede de acesso de cobre ou coaxial já existente”. UNIÃO EUROPEIA. *Recomendação da Comissão sobre o acesso regulamentado às redes de acesso da próxima geração (NGA)*. Recomendação 2010/572/UE. 20 set. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2011. art. 11.

²⁷¹ A já acima referida Recomendação número 572, de 2010: Idem.

princípios que pautarão a definição do preço de acesso a tais redes, contemplando um prêmio pelo risco no investimento assumido pela respectiva empresa²⁷².

Outro ponto que mereceu tratamento específico nesta etapa que está em vigor da reforma refere-se às tarifas de *roaming*²⁷³ cobradas dentro da União Europeia. Entendendo que as tarifas estavam indevidamente elevadas e que tal circunstância impedia o atingimento de um efetivo mercado interno nos mercados de telefonia celular, o Parlamento Europeu e a Comissão promulgaram Regulamentos²⁷⁴ criando e disciplinando a denominada *eurotarifa*, intervindo diretamente nos preços máximos possíveis de serem cobrados a título de *roaming* nos serviços de telefonia, de mensagens e de tráfego de dados móveis dentro do bloco²⁷⁵.

Assim, como se observa das alterações introduzidas nesta etapa da reforma, de um lado, em alguns aspectos, pode-se identificar que houve diminuição da regulação setorial, abrindo-se mais espaço para o direito da concorrência disciplinar o setor. Foi o que ocorreu, como visto, com a diminuição dos mercados definidos pela Comissão como passíveis de

²⁷² Sobre o sistema de atribuição de prêmio pelo risco envolvido na constituição de tais novas redes, veja-se: “O risco de investimento deve ser remunerado através de um prêmio de risco incorporado no custo do capital. O rendimento do capital autorizado ex ante para investimentos nas redes NGA deve estabelecer um equilíbrio entre, por um lado, o fornecimento de incentivos adequados às empresas para investirem (o que implica uma taxa de rendimento suficientemente elevada) e, por outro, a promoção da eficiência alocativa, da concorrência sustentável e dos máximos benefícios para os consumidores (o que implica uma taxa de rendimento não excessiva). Para conseguirem esse objectivo, as ARN devem, quando justificado, incluir, ao longo do período de amortização do investimento, no cálculo do custo médio ponderado do capital (CMPC) actualmente efectuado para fixar o preço de acesso ao lacete de cobre desagregado, um suplemento que tenha em conta o risco do investimento. A calibração dos fluxos de receitas para calcular o CMPC deve ter em conta todas as dimensões do capital aplicado, incluindo os adequados custos do trabalho, os custos de construção, os ganhos de eficiência previstos e o valor final dos activos, em conformidade com o considerando 20 da Directiva 2002/19/CE”. UNIÃO EUROPEIA, *Recomendação da Comissão sobre o acesso...*, anexo I, item 6.

²⁷³ De acordo com o Regulamento do Parlamento e do Conselho número 717, de 2007, esta é a definição de *roaming*: “a utilização do telemóvel ou de outro aparelho por um cliente de itinerância para efectuar ou receber chamadas intracomunitárias ou para enviar ou receber mensagens SMS ou utilizar comunicações de dados com comutação de pacotes, num Estado-Membro diferente daquele em que se situa a sua rede doméstica, mediante acordos entre o operador da rede doméstica e o operador da rede visitada”. UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 717/2007, relativo à itinerância nas redes telefónicas móveis públicas da Comunidade, e a Directiva 2002/21/CE, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas*. Regulamento 544/2009. 18 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010. art. 2º (2d).

²⁷⁴ Os regulamentos introduzidos em matéria de *roaming* foram os seguintes: UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à itinerância nas redes telefónicas móveis públicas da Comunidade e que altera a Directiva 2002/21/CE*. Regulamento 717/2007. 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010; e UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 717/2007, relativo à itinerância nas redes telefónicas móveis públicas da Comunidade, e a Directiva 2002/21/CE, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas*. Regulamento 544/2009. 18 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

²⁷⁵ Para maiores detalhes e críticas sobre a regulação introduzida em matéria de *roaming*, veja-se: SUTHERLAND, Ewan. *The regulation of international mobile roaming*. *Info*. v. 10. n. 1. Reino Unido: Elsevier, 2008. p. 13-24.

sofrerem intervenções *ex ante* por parte das autoridades reguladoras. De outro lado, porém, nos aspectos tidos como mais problemáticas (do ponto de vista da implantação da concorrência) e mais relevantes (para consecução dos objetivos da união, especialmente o de se atingir um efetivo mercado interno das telecomunicações), houve um fortalecimento da regulação setorial. Foi o que ocorreu, como visto, com criação do ORECE, com a inclusão da medida excepcional da separação funcional, e com a regulação das redes de acesso da próxima geração e das tarifas de *roaming* cobradas dentro da União Europeia.

Destarte, como é possível observar nesta nova e atualmente vigente etapa de reforma do setor na União Europeia, foram respeitados o modelo e o histórico de evolução da regulação setorial anteriormente vigente, sendo coerente com a lógica até então realizada nas etapas levadas a cabo pela União Europeia na busca da liberalização e da obtenção de concorrência no setor. Com efeito, manteve-se o conceito de se introduzir a concorrência no mercado então comum de forma constante e gradual, com base na evolução da regulação anteriormente vigente, mas ainda reconhecendo a importância e mantendo em vigor substantiva regulação setorial, paralelamente à aplicação do direito da concorrência.

Na verdade, observando-se todas as etapas realizadas pela União Europeia na busca da liberalização do setor, desde o primeiro impulso da quebra dos monopólios, em 1987, até os presentes dias, constata-se que a concorrência foi sendo implantada no mercado comum de forma constante e gradual, sempre com base na evolução sobre o que existia na fase anterior.

Como visto, a partir de uma situação inicial de mercados completamente fragmentados, desenvolveu-se um modelo próprio da União Europeia para a realização das reformas desejadas e para a introdução da concorrência no setor. Este modelo pressupunha etapas graduais de reforma, a partir da edição de diretivas, a serem seguidas pelos Estados-membros. Para a realização de tais etapas, inicialmente, eram previstos e ressaltados os objetivos buscados e, posteriormente, efetivamente introduzidas as alterações desejadas, sempre com a utilização de regulação setorial, paralelamente à aplicação do direito da concorrência.

Exatamente desta forma ocorreu a evolução da reforma, como visto. Na primeira etapa, foi permitida a manutenção dos monopólios nas infraestruturas e nos serviços de telefonia fixa, liberalizando-se a concorrência nos demais serviços. Nesta fase também foi

determinada a separação, em todos os Estados-membros, das atividades de regulação das de operação. Na etapa seguinte, que teve um curto caráter transitório (entre os anos de 1996 e 1998), foi determinada a quebra dos monopólios em todas as infraestruturas do setor, com exceção das utilizadas nos serviços de telefonia fixa. Em 1998, teve início a terceira etapa, com a total liberalização da concorrência no setor e a determinação de que todos os Estados-membros devessem assegurar a abertura de quaisquer serviços e infraestruturas de telecomunicações. Conforme destacado, nesta fase, foram reguladas as obrigações das principais empresas do setor (basicamente, as antigas monopolistas), a fim de também contornar as falhas apresentadas em mercados que, apesar de totalmente abertos à concorrência, ainda não se apresentavam competitivos. No ano de 2002, teve início a quarta etapa da liberalização. Com a edição de seis novas diretivas, buscou-se, principalmente, fortalecer o mercado interno, assegurar direitos básicos aos consumidores e promover a competição, diminuindo a regulação específica do setor, sempre que constatada efetiva concorrência nos mercados. Na prática, porém, a concorrência efetiva ainda era uma exceção em tal momento.

Por este motivo, já em 2005, foram iniciados os trabalhos que culminaram na etapa que atualmente está em vigor da reforma. Como visto, a introdução desta etapa foi precedida de diversos estudos e discussões, os quais conduziram à conclusão não só de que ainda se fazia necessária a existência de regulação setorial, mas que a mesma precisava ser intensificada no que tange aos efeitos na intervenção em mercados que ainda apresentavam problemas mais sérios sob o ponto de vista da concorrência. Nesse contexto, foi introduzido o novo remédio da separação funcional, como medida extrema para tentar viabilizar a concorrência nestes mercados. Além disso, visando ao conhecido objetivo da constituição de um mercado interno de telecomunicações, de dimensões efetivamente europeias (e não apenas uma soma de mercados nacionais), foi criado um novo órgão, de âmbito da União, que reúne todas as autoridades nacionais reguladoras e tenta dar maior uniformidade ao tratamento do setor. Aumentando o foco dado aos consumidores, foram realçados os deveres de sua proteção por parte das operadoras. E, ainda, houve diminuição do número de mercados passíveis de atuação *ex ante*, com intervenção direta nas tarifas de *roaming* dentro do espaço comum.

Portanto, como visto, apesar da aproximação histórica que vem ocorrendo da regulação setorial com o direito da concorrência, nesta etapa atual os órgãos do bloco entenderam que ainda é necessária e se mostra recomendada a manutenção da regulação

específica do setor, inclusive assimétrica e editada e aplicada de forma *ex ante*, especialmente, nos mercados que não se apresentem efetivamente concorrenciais. Nesse sentido, basicamente, à exceção principal dos serviços e das infraestruturas de telefonia fixa, em que ainda é muito incipiente a atuação de empresas concorrentes frente às antigas monopolistas, os demais mercados (de telefonia móvel, de acesso à internet e comunicação via satélite, por exemplo) já apresentam algum grau de concorrência, mesmo que ainda não seja uma “concorrência efetiva”, conforme será exposto, posteriormente, no presente trabalho.

A dúvida que surge é se este modelo da União Europeia de disciplina das telecomunicações mostra-se adequado, particularmente no que tange à manutenção e ao fortalecimento, em alguns pontos, da regulação setorial e dos poderes das autoridades reguladoras, mesmo após a mais recente reforma e apesar da realidade de maior competitividade nos mercados de telecomunicações. Especialmente, no que tange à consecução dos objetivos visados na reforma do setor e tão ressaltados e repetidos desde aquele Livro Verde, que, em 1987, a iniciou.

Justamente por este motivo é que, tendo sido devidamente analisado o que já ocorreu no processo de implantação da concorrência nas telecomunicações na União Europeia, a seguir será realizada uma análise prospectiva desta disciplina do setor. Tal qual realizado na primeira parte desta dissertação, a análise da segunda parte terá início com a investigação da realidade fática do setor, desta feita, porém, a partir dos resultados práticos observados em razão de toda a reforma realizada e acima tratada. Assim, conhecendo o cenário fático atual do setor, será possível, posteriormente, avaliar o êxito das sucessivas etapas da reforma e investigar as perspectivas para a disciplina do setor no futuro.

II - RESULTADOS E PERSPECTIVAS PARA A DISCIPLINA DO SETOR

Este capítulo, em particular, dedica-se à análise dos resultados práticos da aplicação do modelo comunitário de disciplina das telecomunicações, bem como à investigação das perspectivas para o futuro desta disciplina. Objetiva-se avaliar se as sucessivas etapas das reformas implementadas foram positivas para o setor, de maneira a possibilitar a apresentação daqueles aspectos que se acredita serem os que ainda demandam aprimoramento, indicando a alternativa que se vislumbra para a respetiva evolução.

Consoante destacado na primeira parte da presente dissertação, a União Europeia percorreu um longo caminho no processo de implantação de concorrência nas telecomunicações, tendo apresentado uma gradual e constante evolução na disciplina do setor. Assim, desde uma realidade inicial de mercados absolutamente fragmentados e divididos pelas fronteiras nacionais, com a existência, em síntese, apenas de estruturas e serviços básicos de telefonia fixa, sempre pautados pela regulação dos monopólios²⁷⁶, constatou-se a evolução da disciplina, de acordo com o modelo especificamente criado e adotado pela União Europeia, na busca dos objetivos declarados já no Livro Verde que deu início ao aludido processo²⁷⁷.

Esta evolução da disciplina, como destacado, ocorreu sempre através da tentativa de aprimoramento da regulação setorial existente, inclusive com a sua abolição em relação aos mercados tidos como efetivamente concorrentes, paralelamente à aplicação do direito da concorrência. As etapas deste processo foram devidamente expostas, o que, ao menos se espera, possibilitou à compreensão dos motivos e das justificativas que culminaram na introdução do quadro regulamentar atualmente vigente. Observou-se que a disciplina do setor continua sendo pautada pelo direito da concorrência, acompanhado pela regulação setorial cada vez mais reduzida e focada em aspectos e mercados tidos como problemáticos do ponto de vista concorrencial.

²⁷⁶ Como demonstrado, tratava-se de monopólios públicos, à exceção do Reino Unido, que manteve o setor sob monopólio privado. Nesse sentido: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 194.

²⁷⁷ O já referido Livro Verde editado em 30 de junho de 1987, que deu início ao processo abordado neste trabalho: UNIÃO EUROPEIA, *Livro Verde relativo ao desenvolvimento...*

Devidamente realizada esta análise do histórico do setor e do processo de introdução da concorrência e já tendo sido expostos os conceitos básicos e a fundamentação que justificou cada uma das etapas deste processo, torna-se possível avaliar os seus méritos e as suas deficiências, com o objetivo maior de tentar apontar as perspectivas para a disciplina das telecomunicações na União Europeia, especialmente no que toca ao papel que ainda poderá e deverá ser atribuído à regulação setorial.

Nesse contexto, vale lembrar que, conforme destacado no início da presente dissertação, um dos motivos pelos quais este estudo foi focado na experiência da União Europeia de implementação da concorrência e de disciplina do setor de telecomunicações se deve ao avançado estágio de evolução de tal disciplina e à grande quantidade de informação disponível. Especialmente, considerando que, como exposto, cada vez mais as sucessivas etapas de reforma do setor na União Europeia são precedidas e acompanhadas de estudos e avaliações econômicas, bem como de amplas discussões e consultas públicas²⁷⁸. Assim, é possível localizar inúmeros dados, tanto da própria União Europeia, quanto de estudos independentes e de organismos internacionais²⁷⁹, os quais já possibilitaram a análise de tal evolução e, agora, possibilitam a investigação acerca da realidade e das perspectivas do setor, inclusive no que tange aos efeitos práticos e concretos do modelo de reforma adotado.

Com efeito, a fim de se analisar se o apresentado modelo da União Europeia de reforma da disciplina do setor e o quadro regulamentar atual mostram-se adequados, para, ao final, concluir-se sobre as perspectivas de disciplina das telecomunicações, nada mais lógico do que, inicialmente, investigar os resultados concretos da aplicação deste modelo. Desta forma, a análise crítica que se seguirá em relação às perspectivas para o futuro da disciplina do setor no bloco não só considerará o seu histórico, como também os efeitos práticos de tal disciplina nos mercados de telecomunicações da União Europeia.

Consoante é sabido, especialmente em matérias envolvendo liberalização da concorrência e regulação setorial, as discussões são extremamente polarizadas, sendo

²⁷⁸ Sobre as consultas públicas implementadas especialmente pela Comissão a cada nova etapa do processo, bem como sobre os estudos econômicos igualmente realizados, veja-se, por todos: CHOUMELOVA, Dessislava; DELGADO, Juan. Monitoring competition in the telecommunication sector: European Commission sector inquiries. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 269-285.

²⁷⁹ Dentre os organismos internacionais que realizam estudos sobre o setor, destacam-se a Organização para a Cooperação Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a União Internacional de Telecomunicações (UIT).

encontrados entendimentos radicalmente opostos²⁸⁰. Assim, haverá quem sustente que a regulação setorial específica, mesmo visando ao estabelecimento de competição, traria mais prejuízos do que benefícios, devendo-se optar pela tutela geral da concorrência e das práticas antitruste, inclusive em mercados monopolistas²⁸¹. Da mesma forma, também haverá quem defenda que a regulação setorial sempre será necessária e recomendada em mercados de telecomunicações, mesmo após a comprovação da existência de concorrência efetiva nos mesmos²⁸².

Assim, na presente dissertação, para não se adotar a solução simplista e sem fundamentação de apenas se filiar, diretamente e *a priori*, a algum destes entendimentos antagônicos, antes de se analisar a adequação e as perspectivas da disciplina do setor na União Europeia, serão abordadas as efetivas consequências da aplicação deste modelo em todo o bloco. Com este procedimento, entende-se que as conclusões que vierem a ser apresentadas não só terão fundamentação do ponto de vista teórico, mas, especialmente, também encontrarão abrigo na efetiva realidade do setor e nas consequências que a aplicação do modelo exposto realmente vem produzindo no bloco.

Nessa senda, em contraposição à primeira parte do trabalho, que foi voltada para o passado, a segunda parte da dissertação será focada no presente e no futuro. Inicialmente serão analisados os efeitos práticos das sucessivas etapas de reforma do setor na União Europeia. Em seguimento, com base nestes resultados, serão apresentados os aspectos que já são apontados como problemáticos, especialmente considerando os objetivos declarados da reforma do setor e aqueles inerentes à própria disciplina das telecomunicações, seja pelo marco regulatório, seja pelo direito da concorrência.

Posteriormente, já se conhecendo os efeitos positivos e negativos do modelo e do quadro atual, restará facilitada a tarefa de se investigar as perspectivas para a disciplina do

²⁸⁰ Especialmente por envolverem conceitos e concepções relacionados também à Economia, com escolas e posicionamento muitas vezes diametralmente opostos, as discussões envolvendo liberalização da concorrência e manutenção de regulação seguidamente acabam sendo polarizadas entre aqueles que defendem uma liberalização total e completa, acreditando na suficiência das forças de mercado, e aqueles que entendem pela necessidade cogente da manutenção de regulação, a fim de preservar interesses tidos como públicos e comuns a todos. Para maiores detalhes sobre tais posicionamentos divergentes, veja-se: SALOMÃO FILHO, *Regulação da atividade...*, p. 19.

²⁸¹ Sobre a suficiência da disciplina antitruste, veja-se: POSNER, Richard. The Social Costs of Monopoly and Regulation. *The Journal of Political Economy*. v. 83. n. 4. ago. 1975. p. 807-828. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1830401>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

²⁸² Sobre a necessidade de manutenção da regulação, especialmente na União Europeia, veja-se: LAROCHE, *Competition law and...*

setor no bloco. Assim, neste tocante, iniciar-se-á por uma análise crítica da disciplina das telecomunicações, com o objetivo de constituir um arcabouço teórico, para, posteriormente, concluir-se, objetivamente, acerca da necessidade e do âmbito de incidência regulação setorial em mercados como os da União Europeia.

A) Resultados

Conforme destacado, para uma compreensão mais adequada das perspectivas da disciplina do setor, mostra-se relevante a análise dos resultados práticos produzidos pela implementação do modelo da União Europeia de liberalização da concorrência nas telecomunicações, tanto em relação aos aspectos positivos da realidade atual, quanto em relação aos aspectos que ainda são apontados como problemáticos, mesmo já estando em vigor o quadro regulamentar introduzido a partir de 2009.

Tal tarefa torna-se um pouco facilitada em razão da grande disponibilidade de informações sobre o setor na União Europeia. Para tentar assegurar maior credibilidade aos resultados apresentados nesta dissertação, foram buscadas informações divulgadas por órgãos do próprio bloco, como a Comissão²⁸³ e o departamento especializado em estatística da União Europeia (denominado de *Eurostat*²⁸⁴), por instituições independentes²⁸⁵ e por organizações internacionais²⁸⁶. Os resultados destas pesquisas foram devidamente comparados e cotejados, sendo apresentados na presente dissertação os que se apresentaram coerentes.

²⁸³ São exemplos de estudos encomendados e realizados pela Comissão: UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: relatório de progresso...*; UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado...*; UNIÃO EUROPEIA, *Commission staff working document...*; UNIÃO EUROPEIA. *Telecoms Services Indicators*. dez. 2004. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009; UNIÃO EUROPEIA. *E-Communications Household Survey*. jul. 2011. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012; UNIÃO EUROPEIA, *E-Communications Household Survey*. jul. 2006.

²⁸⁴ O *Eurostat* é o departamento de estatísticas oficial da União Europeia, com sede em Luxemburgo. Para maiores detalhes sobre os métodos de pesquisa e estatístico utilizados, veja-se o *website* do *Eurostat*: <<http://ec.europa.eu/eurostat>>.

²⁸⁵ É exemplo de estudo promovido por instituição independente: TELIGEN STRATEGY ANALYTICS LTD. *Report on Telecoms Price Developments from 1998 to 2008*. Reino Unido: Teligen, 2009. Disponível em: <<http://www.teligen.com>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

²⁸⁶ Como já referido, dentre os organismos internacionais, destacam-se a Organização para a Cooperação Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a União Internacional de Telecomunicações (UIT). São exemplos de divulgação de resultados de pesquisas destes organismos internacionais: UNIÃO INTERNACIONAL DE

Certamente, até mesmo por tal volume de informações disponíveis, não foi possível se fazer uma análise absolutamente exaustiva de tais dados²⁸⁷. No entanto, tal em nada prejudica a consecução dos objetivos do presente trabalho, uma vez que as informações efetivamente utilizadas, também por terem sido buscadas junto a diferentes órgãos e instituições, são mais do que suficientes para expor a realidade atual do setor e os aspectos a serem aprimorados no futuro, conforme a seguir exposto.

A.1 - Realidade atual

Passados mais de vinte anos desde o início do processo de introdução da concorrência nas telecomunicações, o grande volume de informações disponíveis acerca deste modelo escolhido pela União Europeia possibilita a análise dos respectivos resultados sob diversos aspectos.

Em um setor com receitas no mundo avaliadas em mais de um trilhão de dólares americanos, mesmo após a queda global observada nos últimos anos devido à recente crise mundial²⁸⁸, as receitas das telecomunicações na União Europeia, depois de um grande crescimento inicial, praticamente permaneceram estáveis nos mais recentes anos. Atualmente,

TELECOMUNICAÇÕES. *The World Information Society Report 2007*. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 26 nov. 2009; UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Yearbook of common carrier telecommunications statistics 1987*. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 26 nov. 2009; UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Measuring the Information Society*. Genebra: ITU, 2011. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 01 dez. 2011; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Communications Outlook 2011*. OECD. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2012; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Communications Outlook 2009. Information and communications technologies*. OECD. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2010; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Communications Outlook 2007. Information and communications technologies*. OECD. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

²⁸⁷ A análise exaustiva de todos os dados disponíveis, inclusive, seria incompatível com os objetivos e as limitações da presente dissertação, que não tem na investigação de tais efeitos sua razão de ser, tratando-se de objetivo secundário, que contribui para as conclusões principais do trabalho.

²⁸⁸ Sobre as receitas do setor no mundo, veja-se o recente estudo publicado pela OECD: “The telecommunications industry has fared relatively well during the crisis. Mobile communication markets continued to demonstrate resilience, but the overall amount of telecommunication revenue experienced a decline of 5.1%: the market was valued at USD 1.16 trillion in 2009, compared to USD 1.17 trillion in 2007 and USD 1.21 trillion in 2008”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *OECD Communications Outlook 2011*, p. 21.

atingem patamares na ordem de trezentos e cinquenta bilhões de Euros²⁸⁹ e representam, aproximadamente, três e meio por cento do produto interno bruto do bloco²⁹⁰. Estas receitas são geradas, preponderantemente, pelos serviços relacionados à telefonia celular móvel e à telefonia fixa (incluído o acesso fixo à internet)²⁹¹.

No que tange à concentração do poder de mercado, as sucessivas etapas da reforma sempre tiveram o declarado intuito de levar à concorrência efetiva os mercados de telecomunicações, com a consequente diminuição da participação e do domínio que as antigas empresas monopolistas normalmente continuavam a exercer, mesmo após o início do processo de liberalização. Nesse tocante, como já referido, ao final do ano de 2005, dos quatrocentos e cinquenta mercados de telecomunicações então investigados (os dezoito mercados nacionais de cada um dos então 25 Estados-membros), havia sido constatada a existência de concorrência efetiva em apenas dezenove²⁹². No ano de 2007, a situação já havia avançado mais, com algumas dezenas de mercados efetivamente competitivos, mas outros, especialmente em mercados grossistas e de terminações de chamadas, ainda sem perspectiva efetiva de diminuição do poder de mercado das operadoras históricas²⁹³.

Ao final do ano de 2009²⁹⁴, a situação havia avançado mais ainda, com a grande maioria dos mercados retalhistas já contando com concorrência parcial ou efetiva. Tanto que,

²⁸⁹ Sobre as receitas do setor no bloco, assim constou na Comunicação número 253, de 2010, emitida pela Comissão: “Em 2008, as receitas do sector das comunicações electrónicas da UE ascenderam a 351.000 milhões de euros, praticamente metade de todo o sector das TIC. Sete dos dez maiores operadores de telecomunicações do mundo são europeus”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: relatório de progresso sobre o mercado único europeu das comunicações electrónicas em 2009 (15.º relatório)*. COM(2010) 253. 25 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012. p. 3.

²⁹⁰ Sobre a participação das receitas do setor no produto interno bruto da União Europeia, veja-se: “For the EU-27, the value added by the ICT industry at current prices amounted to € 592.7 billion in 2007, representing around 5% of GDP. This is less than in the US (6.4%) and Japan (6.8%). Revenues for the EU electronic communications sector were € 351 billion in 2008, accounting for about half of the total for the entire ICT sector. The ICT industry includes ICT manufacturing and ICT services. In 2007, the value added by the ICT manufacturing sectors amounted to € 130.6 billion or 1% of GDP and for ICT services came to € 462 billion or 4% of GDP”. UNIÃO EUROPEIA, *Europe’s Digital Competitiveness...*, p. 8.

²⁹¹ Sobre as principais fontes de receitas no setor, assim constou da aludida Comunicação número 253, de 2010: “43% das receitas do sector das comunicações electrónicas provêm da telefonia vocal fixa e do acesso fixo à Internet (incluindo serviços de dados a empresas), 47% dos serviços móveis (voz e de dados) e os restantes 10% da televisão por assinatura. De acordo com o Observatório Europeu das Tecnologias da Informação (OETI), o crescimento em 2009 foi próximo de zero”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão [...] 15.º relatório*, p. 3.

²⁹² Consoante informação divulgada pela Comissão: UNIÃO EUROPEIA, *Tomorrow’s Framework...*

²⁹³ Consoante informação igualmente divulgada pela Comissão: Idem, *ibidem*.

²⁹⁴ Sobre o aumento da concorrência nos mercados, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Art. 7 Market Overview*. 20 out. 2009. Disponível em: <<http://ec.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

como destacado, a Comissão decidiu pela diminuição dos mercados que eram sujeitos à aplicação de medidas setoriais *ex ante*, dos dezoito inicialmente previstos para sete²⁹⁵.

Especialmente em relação aos serviços de telefonia móvel, a participação no mercado mostra-se bem mais distribuída entre diversos concorrentes dentro de cada Estado-membro, não havendo uma concentração tão elevada em apenas uma empresa do setor, evidenciando a existência de competição ao menos parcial em todos os Estados-membros. Em muitos deles existem até quatro empresas concorrendo com maiores participações nos mercados. Nesse sentido, comparando-se os resultados de 2005 e de 2009, ambos reunidos e apresentados em estudos próprios da OCDE²⁹⁶, observa-se que os percentuais de participação no mercado de telefonia móvel das principais empresas vêm gradativamente diminuindo, com o correspondente aumento proporcional da participação das demais empresas concorrentes nos mercados nacionais.

Esta concorrência mais visível nos serviços de telefonia celular também se mostra relevante considerando a informação de que, ainda no ano de 2006, o percentual de residências da União Europeia que utilizavam exclusivamente serviços de telefonia móvel²⁹⁷ já havia superado o percentual de residências que utilizavam apenas serviços de telefonia fixa²⁹⁸. E a diferença entre tais percentuais continuou aumentando até o ano de 2011, evidenciando que a telefonia móvel, em algumas hipóteses pelo menos, pode ser considerada uma alternativa à telefonia fixa.

Não obstante esta possibilidade de substituição, especificamente no que tange à concentração da participação no mercado das principais operadoras em matéria de serviços e redes de telefonia fixa, observou-se a manutenção da participação das antigas monopolistas

²⁹⁵ Para maiores detalhes e críticas sobre esta diminuição do número de mercados relevantes, veja-se: HERRERA-GONZALEZ; CASTEJON-MARTIN, *The endless need...*, p. 667.

²⁹⁶ As já referidas pesquisas da OECD sobre o panorama do setor, a saber: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *OECD Communications Outlook 2011*; e ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *OECD Communications Outlook 2009...*

²⁹⁷ O percentual de residências da União Europeia que utilizavam exclusivamente serviços de telefonia móvel passou de 12%, em 2003, para 18%, em 2006 e, mais recentemente, para 27%, em 2011. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA, *E-Communications Household Survey*. jul. 2006; e UNIÃO EUROPEIA, *E-Communications Household Survey*. jul. 2011.

²⁹⁸ O percentual de residências na União Europeia que utilizavam apenas serviços de telefonia fixa diminuiu de 20%, em 2003, para 17%, em 2006, e, mais recentemente, para 9%, em 2011. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA, *E-Communications Household Survey*. jul. 2006; e UNIÃO EUROPEIA, *E-Communications Household Survey*. jul. 2011.

em patamares extremamente elevados, em regra superiores a sessenta por cento²⁹⁹. Em que pese em patamares um pouco menores, a participação das antigas monopolistas nos mercados de banda larga fixa também permanece elevada, tendo estabilizado nos últimos anos na média de, aproximadamente, quarenta e cinco por cento³⁰⁰.

Com efeito, pelo seu histórico e por suas peculiaridades, especialmente no que diz respeito à denominada última milha (*last mile*) – pela qual é realizada a ligação dos consumidores às redes existentes³⁰¹ – os mercados de telefonia fixa permaneceram preponderantemente dominados pelas antigas monopolistas, inclusive após as sucessivas etapas de disciplina do setor acima referidas.

Apesar desta persistente preponderância, todavia, no que tange aos serviços relacionados à telefonia fixa, como visto, a participação das antigas monopolistas sofreu alguma redução, tanto na telefonia, quanto no acesso à internet com banda larga. Contudo, no que tange à infraestrutura, nenhuma redução é observada. Com efeito, tais empresas, antigas monopolistas, seguiram com participações em média superiores a oitenta por cento³⁰² dos mercados em relação à infraestrutura cabeada do setor. Esta grande diferença na participação nos mercados em relação aos serviços e às infraestruturas de telefonia fixa deve-se à meramente incipiente constituição de infraestruturas alternativas no bloco. Na prática, a atuação das novas operadoras nestes mercados com base em redes próprias corresponde a

²⁹⁹ Sobre os dados específicos relativos à participação de mercado nas redes e serviços de telefonia fixa, veja-se: UNIÃO EUROPEIA, *Europe's Digital Competitiveness...*, p. 9.

³⁰⁰ Sobre a participação nos mercados de banda larga fixa, veja-se: “Desde Julho de 2003, a quota de mercado dos operadores históricos no mercado da banda larga fixa diminuiu, mantendo-se agora estável nos 45% (48,3% se incluirmos a revenda). No entanto, nalguns países, os operadores históricos começam a reconquistar quota de mercado”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão [...] 15.º relatório*, p. 4. Em sentido semelhante: “The market share of the incumbent fixed operators since July 2003 has followed a downward trend, which is now stabilising around 45% of the broadband market. In some cases, incumbents are even regaining market share. The decline in their market share in 2009 was the lowest since data began to be collected, only 0.5% compared to 0.6 and 0.8 pp drops in the past two years and losses of between 3 and 4% in previous years. In most of the largest EU Member States, incumbents still control a large share of the market, affecting the EU average (IT 57%, ES 55%, DE 46%; FR 46%, PL 40%)”. UNIÃO EUROPEIA, *Europe's Digital Competitiveness...*, p. 10.

³⁰¹ Sobre o acesso às redes de telefonia fixa, veja-se: “Em contraste, os mercados grossistas deram poucos sinais de concorrência sustentável, excepto, num reduzido número de casos, no que respeita ao mercado dos serviços de trânsito. A oferta de originação de chamadas, necessária para que os operadores alternativos possam oferecer os seus próprios serviços retalhistas de telefonia e de acesso à Internet na banda vocal, continua a ser um factor de estrangulamento permanente da concorrência”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado...*, p. 8. Ainda sobre o acesso às redes fixas, veja-se: RAMIRES, *Direito das Telecomunicações...*, p. 237.

³⁰² Sobre a participação das antigas monopolistas, veja-se a Comunicação da Comissão número 140, de 2009: UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: relatório de progresso sobre...*, p. 9.

apenas um por cento do seu total³⁰³. Basicamente, toda a atuação destas novas operadoras é realizada, preponderantemente³⁰⁴, pela desagregação da rede do assinante (*unbundling*³⁰⁵), aliada ao acesso *bitstream*³⁰⁶ e ao aluguel de linhas (especialmente no atacado³⁰⁷).

Justamente em função desta circunstância, de a concorrência nos mercados de telefonia e banda larga fixas ser baseada no acesso às redes das operadoras históricas, e não através da concorrência com novas redes desenvolvidas pelas operadoras incumbentes, e também pela relevância das redes no que tange à já referida *last mile*, inclusive para a implantação das redes de acesso da próxima geração³⁰⁸, é que a Comissão justificou a

³⁰³ Novamente conforme bem exposto no aludido estudo da Comissão: UNIÃO EUROPEIA, *Europe's Digital Competitiveness...*, p. 46.

³⁰⁴ Sobre a preponderância do acesso desagregado, veja-se: “A desagregação do lacete local cresceu (73,7% das novas linhas DSL, quando esta taxa era de 69,2% em Janeiro de 2009), principalmente em detrimento da revenda, que baixou de 12,9% das linhas DSL dos novos operadores em Janeiro de 2009 para 9,4% em Janeiro de 2010. Os lacetes locais desagregados permitem que os novos operadores ofereçam serviços triplos (‘triple play’), que incluem televisão pela Internet”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado...*, p. 8. No mesmo sentido: “Local loop unbundling (fully unbundled lines and shared access) has recorded positive growth and has become the main form of wholesale access for new entrants, with 73.7% of DSL lines, up from 69.2% in January 2009. New entrants’ use of bitstream access for local loop unbundling in the provision of broadband services has remained stable (down by only 1 pp since January 2009). The share of lines based on resale, a type of access suited to low-investment new entrants, has shrunk by 3.5 percentage points over the last year”. UNIÃO EUROPEIA, *Europe's Digital Competitiveness...*, p. 12.

³⁰⁵ Sobre o desagregamento da rede (*unbundling*), veja-se: “Acesso desagregado à rede de acesso do assinante (que interliga o ponto terminal da rede a um ponto de concentração ou a um acesso intermediário localizado na rede fixa), provê ao operador alternativo o acesso à rede local do assinante do operador com PMS, permitindo-lhe o uso pleno da capacidade dessa infraestrutura de rede. O acesso partilhado da rede local do operador com PMS permite que o operador alternativo usar apenas uma parte determinada da capacidade dessa infraestrutura de rede”. SCARAMUZZI, Elena. *Construindo uma Agenda Digital para o Brasil e Europa*. Bruxelas: Cullen Internacional, 2011. p. 13.

³⁰⁶ Sobre o acesso *bitstream*, veja-se: “O *Bitstream* é um produto de atacado que consiste na oferta de capacidade de transmissão entre um usuário final, em alta velocidade de conexão (normalmente xDSL) usando a rede telefônica, e um ponto de interligação do novo operador, de modo a permitir que os novos operadores possam oferecer, por conta própria, serviços de valor adicionado aos seus clientes. Em 2004, o Grupo de Reguladores Europeus (ERG) adotou uma ‘posição comum’ que define o acesso ‘*bitstream*’ como o fornecimento, no atacado, de capacidade de transmissão que permite aos operadores alternativos: controlar as características técnicas dos serviços para o usuário final e oferecer seu próprio valor adicionado aos serviços. Diferentes níveis de diferenciação são possíveis com o uso do *bitstream*, dependendo do ponto em que o tráfego é entregue ao novo operador. De qualquer forma, a ‘posição comum’ do ERG diferencia entre o acesso ‘*bitstream*’ e pura revenda, o último significando que o novo operador não controla o serviço de acesso e não tem possibilidade de diferenciar seu serviço do operador histórico. A ‘posição comum’ do ERG foi revista em 25 de maio de 2005 para incluir um capítulo sobre acesso ‘*bitstream*’ através das redes de cabo”. Idem.

³⁰⁷ Sobre o aluguel de linhas, veja-se: “Um operador histórico pode alugar suas linhas de acesso ao assinante para os operadores alternativos com base em uma relação de atacado, para este último, em seguida, revender a linha de assinante para o usuário final, geralmente conhecido como aluguel no atacado de linhas (Wholesale Line Rental – WLR). Em conjunto com a pré-seleção, o WLR permite aos operadores alternativos eliminar o relacionamento de faturamento entre o operador histórico e o usuário final. WLR somente é usada para fornecer serviços de voz ou ISDN”. Idem.

³⁰⁸ Sobre as redes de acesso da próxima geração, veja-se a já mencionada Recomendação da Comissão número 572, de 2010: UNIÃO EUROPEIA, *Recomendação da Comissão sobre o acesso regulamentado...*, art. 11.

necessidade de adoção do referido remédio excepcional da separação funcional³⁰⁹. Até o momento, tal remédio já foi adotado por apenas três países no bloco, estando em estudo em um quarto³¹⁰, não sendo ainda possível, contudo, avaliar suas consequências em relação ao poder de mercado das operadoras históricas.

Assim, é possível concluir que, à exceção dos mercados relacionados à telefonia fixa e, especialmente, à sua rede, e aos mercados relacionados à terminação de chamadas, os demais mercados de telecomunicações no espaço da União Europeia, especialmente retalhistas, já apresentam algum grau de competição. Tal deixa claro, aliás, o motivo pelo qual, mesmo na última reforma realizada, estes mercados relacionados à telefonia fixa e à terminação de chamadas permaneceram incluídos entre os agora sete mercados genericamente sujeitos à regulação setorial *ex ante* em todo o bloco.

Já no que tange aos preços dos serviços oferecidos ao consumidor final, após as reformas realizadas, observou-se a diminuição dos mesmos³¹¹. Nesse sentido, no ano de 2006, em média os consumidores da União Europeia pagavam vinte e sete por cento mais barato pelo mesmo serviço de telecomunicações, em comparação com o ano de 1996 (em termos reais, tal equivale a quarenta por cento de decréscimo)³¹². Em geral, esta redução dos preços prosseguiu até o ano de 2011³¹³.

³⁰⁹ Sobre separação funcional, veja-se a já referida Diretiva número 140, de 2009: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, cons. 61.

³¹⁰ Sobre a implementação da separação funcional na União Europeia, veja-se: “Functional separation and/or other ways of imposing a more stringent ‘non-discrimination obligation’ have so far been implemented in the UK, Italy and Poland either through voluntary or regulatory measures. The option of imposing a functional separation remedy is also currently being discussed in Sweden”. UNIÃO EUROPEIA. *Digital Agenda: how new EU rules foster more competition in telecoms markets*. MEMO/11/321. 23 maio 2011. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

³¹¹ As reformas implementadas certamente não foram o único motivo para a queda dos preços e, talvez, nem mesmo o seu mais impactante motivo. Não obstante, comparando-se com os preços dos mesmos serviços em países de fora da União Europeia, como será exposto, observa-se que a queda dos preços no bloco, em muitos casos, foi relativamente superior, a demonstrar que as reformas, no mínimo, contribuíram para a diminuição observada. Em sentido semelhante: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *OECD Communications Outlook 2011...*

³¹² Sobre a redução geral dos preços, veja-se: UNIÃO EUROPEIA, *Commission staff working document: impact assessment...*

³¹³ Sobre a redução nos preços mais recentemente, até 2011, veja-se: “No que respeita à acessibilidade dos preços, o preço mensal médio de um cabaz de serviços móveis de utilização reduzida (pré- e pós-pagamento) na UE ascendia a 9,07 € em 2010, ou seja, cerca de 30% menos que em 2006”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. O serviço universal no sector das comunicações electrónicas: relatório sobre os resultados da consulta pública e a terceira revisão periódica do âmbito do serviço, em conformidade com o artigo 15.º da Directiva*

Contudo, especificamente em relação às tarifas de terminação de chamadas (em redes fixas e móveis), não houve uma redução significativa, permanecendo a existência de tarifas relativamente altas e com grande discrepância dentro de cada país do bloco³¹⁴, o que ensejou, inclusive, a edição de recente Recomendação da Comissão, nesta matéria³¹⁵. Já em relação às tarifas relacionadas à rede fixa, observou-se um ligeiro aumento nos últimos anos, igualmente com grandes diferenças entre cada Estado-membro³¹⁶.

Também foi possível observar uma queda acentuada, de até sessenta por cento³¹⁷, nas tarifas médias de *roaming* internacional praticadas dentro do bloco, especialmente após o ano de 2007, quando editado o já referido regulamento inicial que disciplinou especificamente esta questão. Mesmo com esta redução, entretanto, persiste o entendimento de que as tarifas de *roaming* dentro do bloco seguem em patamares muito elevados, a dificultar a consecução de um efetivo mercado interno no setor. Tanto é que, em 2009, foi editado novo Regulamento sobre a matéria³¹⁸, já estando em estudo nova forma de sua disciplina.

2002/22/CE. COM(2011) 795. 23 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012. p. 6.

³¹⁴ Sobre as tarifas de terminação de chamadas, veja-se: “As tarifas da terminação de chamadas nas redes móveis continuaram a baixar (cerca de 18,4%, face a 14,8% em 2008), mas ainda com discrepâncias significativas entre Estados-Membros. As tarifas mais baixas verificam-se em Chipre (1,95 cêntimos) e as mais altas na Bulgária (12,4 cêntimos). As tarifas da terminação de chamadas nas redes móveis permanecem elevadas quando comparadas com as tarifas de interligação nas redes fixas. As divergências no tratamento regulatório das tarifas de terminação criam distorções da concorrência e dificultam o desenvolvimento do mercado único. Por essa razão, a Comissão adoptou uma Recomendação sobre o tratamento regulatório das tarifas da terminação de chamadas nas redes fixas e móveis. Prevêem-se novas reduções depois de as ARN aplicarem a Recomendação”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: relatório de progresso [...] (15.º relatório)*, p. 5.

³¹⁵ A Recomendação sobre as tarifas de terminação de chamadas foi publicada em 2009, sob o número 396: UNIÃO EUROPEIA. *Recomendação da Comissão sobre o tratamento regulamentar das tarifas da terminação de chamadas em redes fixas e móveis na UE*. Recomendação 2009/396/UE. 07 maio 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

³¹⁶ Sobre o aumento recente das tarifas na rede fixa, veja-se: “As tarifas da telefonia vocal fixa aumentaram em 2009. Apesar de uma tendência geral para a descida na última década, o preço de uma chamada local de 3 minutos aumentou cerca de 3,7% em 2009 e o de uma chamada nacional de 3 minutos 4,8%. O preço de uma chamada local de 10 minutos aumentou ligeiramente, 0,5%, ao passo que o de uma chamada nacional de 10 minutos aumentou 4,1%. Desde 2007 que os preços retalhistas das chamadas locais divergem cada vez mais e não se verifica qualquer diminuição das diferenças de preços das chamadas vocais nacionais”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: relatório de progresso [...] (15.º relatório)*, p. 6.

³¹⁷ Sobre a redução das tarifas de *roaming* dentro da União Europeia, veja-se: “O Regulamento relativo ao *roaming* fez baixar significativamente as tarifas das comunicações móveis de e para o estrangeiro (ou ‘em *roaming*’) e aumentou a transparência tarifária para os utilizadores de telemóveis que se deslocam dentro da EU”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: relatório de progresso [...] (15.º relatório)*, p. 5.

³¹⁸ Como já referido, o novo Regulamento sobre *roaming* foi publicado em 2009, sob o número 544: UNIÃO EUROPEIA, *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 717/2007...*

De qualquer forma, comparando-se a evolução dos preços dos serviços básicos de telefonia na União Europeia, com outros mercados do bloco que também funcionam em rede (mais especificamente com mercados de eletricidade, transporte, gás e serviços postais), desde 1996 até os presentes dias, observou-se uma diminuição mais significativa dos preços finais cobrados dos consumidores nos serviços de telecomunicações, em relação à variação dos preços cobrados nos demais serviços de rede na União Europeia³¹⁹.

Ou seja, ao longo dos anos, a média dos preços dos serviços no setor vem em constante queda, mesmo considerando a inflação observada no período. Aliás, a significativa queda dos preços destes serviços tem, inclusive, um efeito moderador sobre a inflação³²⁰.

Comparando-se esta diminuição dos preços nos serviços de telefonia no bloco, com a diminuição média dos preços nos demais países pesquisados pela OCDE, por exemplo, observa-se que, em geral, proporcionalmente a queda verificada nos países da União Europeia foi mais acentuada³²¹. Ou seja, não só houve a diminuição dos preços no bloco, como também tal diminuição mostra-se significativa, quando da comparação com a média dos demais países analisados pela OCDE. O mesmo ocorre com os preços para acesso à internet com banda larga. Comparando-se tais preços praticados nos mercados dos países da União Europeia com os preços praticados em outros países, observa-se que, na maioria dos Estados-membros da União Europeia, o preço de conexão à internet vem diminuindo, proporcionalmente, de forma mais acelerada do que ocorre com a média dos demais países membros da UIT³²², por exemplo.

Em outro aspecto, observa-se um rápido aumento nas taxas de penetração das telecomunicações na União Europeia. É o que ocorre, por exemplo, em relação à conexão à internet de banda larga, cuja taxa de penetração média na União Europeia aumentou em mais de trinta por cento apenas entre julho de 2006 e julho de 2007³²³. Tal crescimento continuou,

³¹⁹ Consoante informações obtidas em pesquisas da Comissão, disponibilizadas em: <http://ec.europa.eu/internal_market/economic-reports/index_en.htm>. Acesso em: 26 nov. 2009.

³²⁰ Sobre a relação entre redução das tarifas e inflação do período na União Europeia, veja-se: UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: relatório de progresso [...] (15.º relatório)*, p. 6.

³²¹ É o que se depreende na análise comparativa das conclusões apresentadas pela OCDE nas já referidas ‘*OECD Communications Outlook*’ dos anos de 2007 e 2009.

³²² Como se observa nos dados oficiais divulgados pela UIT: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *Measuring the Information...*

³²³ Sobre este aumento da taxa de penetração do acesso à banda larga entre 2006 e 2007, veja-se: UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: relatório de progresso [...] (15.º relatório)*.

em menor ritmo, porém, até o ano de 2011, tendo a aludida taxa de penetração atingido, em média, cerca de vinte e cinco por cento³²⁴, mas havendo ainda muitas diferenças entre cada Estado-membro³²⁵. Com tal crescimento, alguns países do bloco passaram a figurar entre os líderes mundiais no que toca a este índice³²⁶. Apesar do recente crescimento do acesso à banda larga através de redes móveis³²⁷, a maior parte deste acesso ainda é realizada através da rede fixa³²⁸, não havendo, porém, significativa oferta através de redes de fibra ótica³²⁹. Cada vez mais, tem se observado o crescimento da oferta da banda larga, em redes fixas, pela operadora histórica, através de pacotes agregados com outros serviços, especialmente telefonia³³⁰, com o conseqüente aumento de sua participação nos mercados envolvidos.

³²⁴ Sobre a taxa de penetração da banda larga, veja-se: “Em 2009, alguns Estados-Membros (como os Países Baixos e a Dinamarca) eram líderes mundiais em termos de penetração. A taxa média de penetração da banda larga fixa atingiu os 24,8%, o que representa um aumento de 2 pontos percentuais em relação aos números do ano anterior, embora a taxa de crescimento tenha abrandado mais de um terço”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão [...] 15.º relatório*, p. 5.

³²⁵ Sobre o crescimento e a variação da disponibilidade e da taxa de penetração do acesso à banda larga no bloco, veja-se: “No final de 2010, as redes fixas (DSL) de banda larga estavam disponíveis, em média, para cerca de 95% da população da UE. No início de 2011, existiam na UE cerca de 133 milhões de linhas de assinantes de banda larga fixa e 36 milhões de linhas de assinante de banda larga móvel, o que mostra que, hoje, as comunicações móveis contribuem fortemente para a adoção crescente da banda larga. 70% dos agregados familiares da UE dispõem agora de acesso à Internet e 61% têm uma ligação de banda larga com ou sem fios. No entanto, o grau de utilização da banda larga varia consideravelmente de Estado-Membro para Estado-Membro. A penetração da banda larga vai de 23% dos agregados familiares na Roménia e 26% na Bulgária a 80% nos Países Baixos e na Dinamarca e 83% na Suécia”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. O serviço universal...*, p. 7.

³²⁶ Segundo informações da OECD: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *OECD Communications Outlook 2011...*

³²⁷ Sobre o crescimento da banda larga através de redes móveis, veja-se: “Use of the mobile phone network to access the Internet is the only method that has shown a significant increase since winter 2009 (+3). Use of the mobile phone network is now the same as use of a dial up connection (8%). This type of access is most common in Finland, where around three in ten access the Internet this way (29%). Conversely, in Belgium (3%), France (3%), Luxembourg (3%) and Malta (3%) use is lowest”. UNIÃO EUROPEIA, *E-Communications Household 2011...*

³²⁸ Sobre a preponderância do uso da banda larga através de redes fixas, veja-se: “Of the two most popular broadband connection methods, most EU households connect via an ADSL, XDSL connection using a telephone line (62%). The French, Greek and Spanish are using this mode of connection most commonly, 88%, 84% and 80% respectively. Lithuanians and Romanians are using this mode least, with 12% and 18% using it respectively”. *Idem*.

³²⁹ Sobre a pequena representatividade das redes de acesso da próxima geração, veja-se: “A maior parte das linhas de banda larga baseia-se nas tecnologias xDSL. A implantação da banda larga de elevada capacidade é ainda limitada, dado que só um quarto das linhas oferece mais de 10 megabits por segundo (Mbps). No que respeita ao acesso de próxima geração, a Europa está a atrasar-se. As linhas baseadas na fibra até às instalações do cliente apenas representam 1,8% a 5% de todas as linhas fixas de banda larga, o que aponta para a necessidade de melhorar as condições de implantação das redes de acesso de próxima geração (NGA)”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: relatório de progresso [...] (15.º relatório)*, p. 5.

³³⁰ Sobre o crescimento da oferta de pacotes agregados de banda larga e telefonia, nas redes fixas, veja-se: “Overall, four out of ten EU households are buying bundles of communication services from a single provider (42%). The incidence of bundles appears to be more prevalent in northern Europe in general. Bundle purchasing is highest in the Netherlands (67%), Malta (64%) and Slovenia (60%). It is lowest in Finland (14%), the Czech Republic (19%) and Bulgaria (20%). In most Member States the use of bundles has increased since winter 2009.

Este aumento da taxa de penetração também é bem observado nos serviços de telefonia móvel. Com efeito, entre 2004 e 2008, a taxa de penetração média da telefonia celular na União Europeia passou de oitenta e quatro por cento para cento e dezenove por cento³³¹, atingindo hoje mais de cento e trinta por cento e cobrindo praticamente todo o espaço da União Europeia³³². Mais uma vez, este aumento da taxa de penetração da União Europeia mostra-se equivalente, em alguns anos, e superior, em outros, ao aumento médio nos demais países, de acordo com as referidas pesquisas realizadas pela OCDE³³³. No total, noventa e oito por cento das residências da União Europeia possuem, de fato, acesso a algum tipo de telefonia³³⁴.

Um ponto em que se verificou um crescimento no período inicial, mas que, recentemente, especialmente após a crise, teve uma queda perceptível, trata-se do nível de investimento no setor. Historicamente, a União Europeia sempre investiu menos no setor do que outros países de ponta nas telecomunicações, como os Estados Unidos da América³³⁵. Não bastasse isso, entre 2007 e 2011, observou-se uma constante queda no nível de investimento, o que, inclusive, tem afetado o surgimento de infraestruturas alternativas e o desenvolvimento das redes de acesso da próxima geração³³⁶.

On average, across the EU the use of bundles has increased by four percentage points since the previous survey. The greatest increases have been in Luxembourg (+18), Latvia (+17) and Malta (+17). Only three countries have exhibited a significant decrease, namely Estonia (-5), Spain (-4) and Denmark (-4). Packages continue to be dominated by Internet access, with nine out of ten packages including Internet access, which has increased since winter 2009 (+4 percentage points). The inclusion of a fixed line also remains a main component of most packages, being included in just over eight out of ten packages (82%)". UNIÃO EUROPEIA, *E-Communications Household Survey*. jul. 2011, p. 26.

³³¹ Sobre a taxa de penetração nos serviços móveis até 2008, veja-se: UNIÃO EUROPEIA, *Commission staff working...*

³³² Sobre a taxa de penetração nos serviços móveis em geral, veja-se: “As redes móveis cobrem mais de 95% da população da UE, tomando como base as licenças de serviços móveis nacionais. A taxa de penetração global em termos de assinantes de serviços móveis atingiu 124,2% em Outubro de 2010. 89% dos agregados familiares da UE assinam serviços de telefonia móvel e 71% serviços de telefonia fixa, pelo que, actualmente, 98% dos agregados familiares da UE têm acesso a serviços de telefonia”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. O serviço universal no sector das comunicações electrónicas: relatório sobre os resultados...*

³³³ É o que se depreende na análise comparativa das conclusões apresentadas pela OCDE nas já referidas ‘*OECD Communications Outlook*’ dos anos de 2007, 2009 e 2011.

³³⁴ Com destaque positivo para Suécia, Holanda, Dinamarca, Luxemburgo, Chipre e Malta, nos quais praticamente 100% das residências já têm acesso à telefonia. E com destaque negativo para Portugal, Polónia e Lituânia. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA, *E-Communications Household Survey*. jul. 2011, p. 8.

³³⁵ Sobre a comparação dos investimentos no setor na União Europeia e nos Estados Unidos da América, veja-se: “While EU spending is below that of the US, the spending gap can to a large extent be explained by the smaller size and diferente composition of the EU ICT sector. However, the ICT gap is largely responsible for holding back total EU R&D relative to the US”. UNIÃO EUROPEIA, *Europe’s Digital Competitiveness...*, p. 7.

³³⁶ Sobre a queda nos investimentos no setor do bloco, veja-se: “To offset the slow revenue growth in 2009, incumbent operators focused on cost-cutting strategies using two main approaches: restructuring activities

Por fim, cumpre destacar que, nos anos de 2007 e 2011, a UIT realizou amplos estudos e pesquisas mundiais³³⁷, tendo criado um “índice de oportunidade digital” (IDI), o qual tem como objetivo medir a possibilidade de acesso à informação pelas pessoas, inclusive por meio da internet e de outras comunicações eletrônicas. Nesta pesquisa da UIT, chegou-se à conclusão de que os Estados-membros da União Europeia são os que mais haviam avançado em termos de “oportunidade digital”, sendo que diversos deles figuram entre os vinte e cinco mais destacados, dos quais oito estão entre os dez primeiros colocados. Ademais, a Europa, se comparada a outras regiões, é a região que apresenta menor disparidade entre as telecomunicações dos respectivos países, o que indica que, pelo menos em alguma medida, a tentativa de harmonização produziu efeitos³³⁸.

Estes são os principais e mais pertinentes resultados práticos do processo da União Europeia de implantação da concorrência no setor. Ainda poderiam ser analisados e apresentados outros critérios e resultados no setor, o que, todavia, não se faz necessário ou relevante no presente trabalho, até mesmo pelo seu objeto. Ademais, como também é muito claro, não se pretende argumentar ou induzir a alguma conclusão de que os resultados acima descritos devem-se exclusivamente a este modelo da União Europeia de disciplina do setor, com gradual diminuição da regulação setorial e concomitante aplicação do direito da concorrência. Com efeito, sabe-se que existem diversos outros fatores que interferem e contribuem na produção de tais resultados. Por outro lado, também não seria apropriado querer afirmar que as reformas anteriormente tratadas não tiveram, absolutamente, qualquer ligação com os aludidos resultados práticos.

Na verdade, ainda que os dados acima expostos correspondam a uma pequena parte de todos os inúmeros critérios e indicadores que poderiam ser ora utilizados e apresentados, e mesmo que estes não decorram necessária, direta e exclusivamente da forma de disciplina do

(OPEX) and cutting investment (CAPEX). Furthermore, operators are seeking agreements to share infrastructure and spectrum with competitors. Investment is declining at a faster pace than revenues. The intensity of investment as measured by the CAPEX/revenue ratio is declining and is estimated to be around 11 % (from a level of 14 % in 2008 and 15 % in 2007)”. UNIÃO EUROPEIA, *Europe's Digital Competitiveness...*, p. 10.

³³⁷ Tais pesquisas e estudos foram divulgados através dos já mencionados documentos, a saber: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *The World Information...*; UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *Measuring the Information...*

³³⁸ Sobre a situação da Europa em relação ao IDI, veja-se: “Countries from Europe rank high on the IDI, and eight out of the top ten countries on the global IDI are European. Over 85 per cent of the European countries figure in the top third of the global IDI, and the lowest ranked country in the region (Albania) occupies 78th place on the global IDI. Europe is also the region with the lowest range difference in IDI values, so countries are improving their ICT levels at similar speeds. As discussed in (ITU, 2010b), this is largely due to the adoption of

setor adotada pela União Europeia, é possível depreender que, em maior ou menor grau, as reformas abordadas colaboraram para a geração de resultados práticos positivos no bloco. Não obstante, a análise de tais resultados – e do próprio processo descrito – também evidencia que há aspectos a serem aprimorados e pontos a serem enfrentados ainda hoje no setor.

Assim, para que se possa analisar as perspectivas de disciplina do setor, especialmente no que tange ao papel que deverá desempenhar a regulação setorial, torna-se mister também expor tais aspectos que ainda carecem de adequado enfrentamento na União Europeia, como a seguir será realizado.

A.2 - Aprimoramento

Consoante exposto acima, a aplicação do modelo adotado pela União Europeia de liberalização da concorrência e de evolução da disciplina do setor apresentou uma série de resultados que, em uma rápida análise superficial, apontam para a adequação do procedimento e do quadro regulamentar atual. No entanto, a análise de tais resultados igualmente revela que há aspectos, mesmo após a introdução do quadro vigente, que ainda não restaram bem enfrentados ou solucionados, demandando alguma espécie de aprimoramento da forma de sua disciplina.

Estes pontos a serem aprimorados são ainda de mais fácil visualização quando se relembra dos objetivos que pautaram toda a reforma do setor no bloco. Nesse sentido, relembre-se que, já na edição do primeiro Livro Verde pertinente ao setor³³⁹, foi esclarecido que a liberalização da concorrência no setor era apenas um dos objetivos da União Europeia, cuja consecução seria inclusive um meio para constituir um mercado interno de telecomunicações.

a harmonized legal and regulatory framework and common technological platforms among EU member states”.
UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *Measuring the Information...*, p. 105.

³³⁹ O já referido Livro Verde de 1987: UNIÃO EUROPEIA, *Livro Verde relativo ao desenvolvimento...*

Posteriormente, quando lançados os Planos *eEurope 2005*³⁴⁰, *i2010*³⁴¹ e *Europa 2020*³⁴², foi claramente destacado o objetivo maior de constituição de um mercado interno do setor, sendo, inclusive, referida a aludida meta de criação de um espaço único europeu da informação. Igualmente, foram apontados os objetivos secundários de reforço da inovação e do investimento em novas tecnologias e em infraestruturas alternativas, de universalização do acesso à internet com banda larga e de melhor aproveitamento do espectro eletromagnético.

Ao analisar tais objetivos expressamente adotados pela União Europeia como determinantes para a reforma do setor, observa-se que, apesar da concorrência, em maior ou menor grau, ter evoluído e, inclusive, se consolidado em alguns mercados, o objetivo maior de constituição de um efetivo mercado interno do setor em todo o bloco ainda se encontra relativamente distante. Mesmo considerando que, como já referido, o recente estudo da UIT³⁴³ apontou a Europa como sendo a região que apresenta menos disparidade entre as telecomunicações dos respectivos países. Entretanto, tal estudo considerou os países individualmente, e não o bloco como um todo. Realizando-se a análise de todo o espaço da União Europeia, contata-se que, não obstante esta tenha evoluído muito em matéria de harmonização do setor entre os países, os mercados continuam sendo, basicamente, nacionais. Continuam existindo tratamentos diferentes no setor entre cada país, de forma que,

³⁴⁰ O Plano *eEurope 2005* foi lançado através da já mencionada Comunicação número 263, de 2002: UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu, Comité Económico e Social e Comité das Regiões eEurope 2005...*

³⁴¹ O Plano *i2010* foi lançado através da já referida Comunicação número 229, de 2005: UNIÃO EUROPEIA, *i2010 – A European Information...*

³⁴² Através da Comunicação número 2020, de 2010, a Comissão divulgou os objetivos que deseja atingir até o ano de 2020, inclusive envolvendo o setor: “O objectivo desta iniciativa é retirar benefícios económicos e sociais sustentáveis do mercado único digital baseado na Internet rápida e ultra rápida e na interoperabilidade, contribuindo para os objectivos de acesso à banda larga para todos até 2013 e de acesso à Internet a velocidades muito mais altas, superiores a 30 Mbps, até 2020, assegurando que 50 % ou mais das famílias europeias podem dispor de ligações à Internet superiores a 100 Mbps. A nível da UE, a Comissão vai trabalhar no sentido de: Criar um quadro jurídico estável que estimule os investimentos numa infra-estrutura aberta e concorrencial de acesso à Internet de alta velocidade e nos serviços conexos; Desenvolver uma política do espectro eficiente; Facilitar a utilização dos fundos estruturais da UE na prossecução desta agenda; Criar um verdadeiro mercado único de conteúdos e serviços em linha (por exemplo, serviços Web seguros e mercados de conteúdos digitais transfronteiras a nível da UE, que ofereçam níveis elevados de confiança e segurança, um quadro normativo equilibrado com regimes jurídicos claros, que promova as licenças multiterritoriais, a protecção e remuneração adequada dos titulares dos direitos e o apoio activo à digitalização do rico património cultural europeu, e que possa influenciar a governação global da Internet; Reformar os fundos de investigação e inovação e aumentar os apoios no domínio das TIC, com vista a reforçar a capacidade tecnológica da Europa em domínios estratégicos essenciais e criar condições para que as PME de elevado potencial de crescimento conquistem os mercados emergentes e estimular a inovação no domínio das TIC em todos os sectores económicos; Promover o acesso e a adopção da Internet por todos os cidadãos europeus, nomeadamente através de acções de apoio à literacia digital e à acessibilidade”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europa 2020. Estratégia para o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*. COM(2010) 2020. 03 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

normalmente, a operação das empresas continua sendo realizada dentro das fronteiras de cada Estado-membro.

Ou seja, apesar da existência de concorrência ao menos parcial na grande maioria dos mercados nacionais e da relativa harmonização da disciplina e do tratamento atribuído ao setor, ainda não se atingiu um mercado interno do setor ou o pretendido espaço único europeu da informação³⁴⁴. As redes continuam respeitando as fronteiras nacionais de cada país. Os serviços, igualmente, na grande maioria dos casos, continuam sendo prestados de forma compartimentada em cada Estado-membro. A rigor, mesmo com todos os avanços e os resultados positivos anteriormente apontados, ainda se alude ao setor dentro do bloco como uma “colcha de retalhos” de mercados nacionais de telecomunicações³⁴⁵.

Especialmente em relação à rede fixa, seja para fins de telefonia, seja para conexão à internet, inclusive com banda larga e fibra ótica, a fragmentação é ainda mais evidente. É clara a ausência de um mercado interno³⁴⁶, normalmente havendo uma detentora de grande

³⁴³ Estudo realizado pela UIT em 2011: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *Measuring the Information...*

³⁴⁴ Ainda que tenha efetivamente avançado a harmonização da disciplina do setor dentro do espaço da União Europeia, ainda há aspectos apontados como problemáticos neste tocante. Nesse sentido: “Embora o actual quadro regulamentar da UE tenha trazido benefícios para os cidadãos europeus em termos de serviços de comunicações electrónicas inovadores e a preços cada vez mais acessíveis, há ainda que ultrapassar alguns sérios obstáculos. A independência e a eficácia das autoridades reguladoras nacionais (ARN) são ainda de certa maneira questionadas. As diferenças significativas de preços aos níveis grossista e retalhista nos diversos Estados-Membros não podem apenas ser justificadas pelas características dos mercados, sendo também o resultado de abordagens regulatórias divergentes. Por exemplo, as tarifas grossistas da terminação de chamadas nas redes móveis nos Estados-Membros que aplicam as cinco tarifas mais caras são, em média, 2,5 vezes mais altas do que nos Estados-Membros que aplicam as cinco tarifas mais baratas. Do mesmo modo, o preço médio retalhista das chamadas móveis por minuto é quase quatro vezes superior, em média, nos Estados-Membros com as cinco tarifas mais caras relativamente aos que aplicam as cinco tarifas mais baratas. A diferença exagerada entre estas tarifas deve-se à não aplicação de medidas correctivas (também chamadas ‘remédios’) de um modo coerente, atempado, transparente e previsível e à falta de capacidade das ARN para agirem perante os novos desenvolvimentos tecnológicos e a evolução dos mercados. Os consumidores e as empresas ainda se confrontam com 27 mercados diferentes, não sendo por isso capazes de tirar partido do potencial económico de um mercado único”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão [...] 15.º relatório*, p. 3.

³⁴⁵ Sobre a qualificação do setor no bloco como uma colcha de retalhos de mercados nacionais de telecomunicações, veja-se: “A Europa continua a ser uma manta de retalhos de mercados nacionais em linha, estando os europeus impedidos, por problemas que são solúveis, de colher os benefícios do mercado único digital. Os conteúdos e serviços comerciais e culturais precisam circular através das fronteiras; para isso, há que eliminar as barreiras regulamentares e simplificar os pagamentos e a facturação electrónicos, facilitar a resolução de litígios e oferecer confiança aos clientes. Muito pode e deve ser feito com base no actual quadro regulamentar para construir um mercado único no sector das telecomunicações”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: uma agenda digital para a Europa*. COM(2010) 245. 26 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012. p. 7.

³⁴⁶ Sobre a ausência de mercado interno na União Europeia em relação às redes fixas, veja-se: “Although briefly, it is important to recall that the EU Digital Agenda crucially depends on the achievement of the Single Market for ecommunications. In this respect, the approach adopted so far by the Commission – and also reiterated in the NGA Recommendation – does not seem to move in any desirable direction. One of the reasons for this problem

parcela de cada rede nacional, como já destacado. Tal circunstância ainda é agravada pelas diferenças de tratamento das autoridades nacionais em matéria, por exemplo, de interconexão³⁴⁷ e de terminação de chamadas³⁴⁸, tanto no que tange à regulação, como no tocante aos remédios utilizados.

Já em relação às redes móveis, a constituição de um efetivo mercado interno parece mais próxima³⁴⁹. Com efeito, há empresas com atuação para além das fronteiras dos países. Ademais, especificamente a disciplina do *roaming* internacional dentro do bloco melhorou a utilização transfronteiriça dos serviços relacionadas às redes móveis. No entanto, mesmo em relação às redes móveis, ainda é entendido, como já destacado, que os preços estão em patamares elevados, prejudicando a constituição de um mercado interno. Ademais,

is that the current regulatory framework for e-communications is geared towards competition ‘in Member States’, rather than the development of a Single Market, and the benefits of price reductions and entry of mobile telephony have eventually led policymakers to almost ignore the Single Market, to the extent that in a forthcoming paper Pelkmans and Renda define the Single Market as ‘EU telecom’s Cinderella’. One clear impact of the peculiar approach adopted by EU institutions to telecoms liberalization has been the emergence of very fragmented markets, still mostly dependent on the incumbent’s infrastructure, but effectively populated by an almost unbelievable number of players, very few of which have been investing nonnegligible amounts in network infrastructure. Accordingly, while the United States are served by not more than 7-8 big players, in Europe at least 150 ‘major players’ – and, some say, 2,000 operators overall – survive in the ‘Single’ Market. A very small portion of them invests in network infrastructure, and the rest operates on an access basis, from resale to LLU”. RENDA, Andrea. NGAs and the single market: the achilles’ heels of the digital agenda. *Monitoring EU Telecoms Policy. 2010*. Disponível em: <<http://www.nerec.com>>. Acesso em: 10 jan. 2012. p. 13.

³⁴⁷ Sobre as divergências em matéria de interconexão e interoperatividade, veja-se: “A Europa não tira ainda partido de todas as vantagens da interoperabilidade. As lacunas no estabelecimento de normas, nos contratos públicos e na coordenação entre as autoridades públicas, impedem os serviços e aparelhos digitais utilizados pelos europeus de funcionarem em conjunto tão bem como deveriam. A agenda digital apenas pode arrancar se as suas diferentes componentes e aplicações forem interoperáveis e baseadas em normas e em plataformas abertas”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: uma agenda digital...*, p. 7.

³⁴⁸ Sobre as divergências em matéria de terminação de chamadas, veja-se: “No Reino Unido, na Eslovénia, nos Países Baixos, em Malta, em Espanha, na Áustria e na Alemanha, a desregulamentação dos mercados retalhistas das chamadas vocais registou novos avanços. A regulamentação do mercado retalhista das linhas alugadas foi retirada na Finlândia, na Alemanha, na República Checa e na Itália. Ao nível grossista, procedeu-se à desregulamentação dos mercados de trânsito (Suécia, Espanha, Alemanha) e do mercado dos segmentos de interligação das linhas alugadas (Itália, Polónia, Espanha). As medidas tomadas pelas ARN em relação à terminação das chamadas nas redes fixas resultaram apenas numa redução modesta dos níveis médios das tarifas. Os níveis dessas tarifas, no entanto, ainda continuam a ser diversificados. As divergências em matéria de tarifas da terminação entre os Estados-Membros não diminuíram nos últimos anos. As variações das tarifas da terminação nas redes fixas aumentaram ligeiramente. [...] Estas diferenças não podem ser explicadas meramente pelas características dos mercados, o que indica, em suma, que não existe, por enquanto, mercado único”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão [...] 15.º relatório*, p. 3.

³⁴⁹ Sobre o estágio mais avançado da constituição de um mercado interno no que tange às redes móveis, veja-se: “As a matter of fact, there is no initiative aimed at creating a Single Market for fixed-line telephony, with a limited number of players investing in local fixed-line infrastructure. If anything, although nothing official has been tabled to date, there may be new rules on abating roaming tariffs and creating a European wireless broadband space, which may lead to a more integrated market at least in the mobile sphere. Perhaps, due to all the delays in adopting the telecoms package and the NGA Recommendation, the European Commission has already concluded that the Single Market goal is going to be exclusively a wireless one, whereas in the fixedline domain mere convergence of regulatory approaches will be sought, in a field where national governments and regulators will continue to be in charge of their own territory”. RENDA, *NGAs and the...*, p. 15.

especificamente no que tange à terminação de chamadas, também nas redes móveis observa-se grande concentração dos mercados, uma vez que cada operadora acaba, na prática, tendo um monopólio sobre a terminação de chamadas para os respectivos clientes³⁵⁰, razão pela qual, também neste tocante, há necessidade de aprimoramento, sob pena de não se atingir a concorrência efetiva, mesmo nos mercados móveis³⁵¹.

Não surpreende que estes aspectos, que notadamente carecem de aprimoramento em relação à constituição de um mercado interno das telecomunicações, tenham sido enfrentados na etapa mais recente do processo de reforma da disciplina do setor. Consoante referido, a introdução do remédio excepcional da separação funcional e a criação da autoridade setorial de âmbito da União (a já mencionada ORECE) foram justificadas, em grande parte, justamente para tentar contornar a dificuldade de constituição de mercado interno efetivo do setor, especialmente no que tange ao poder de mercado das antigas monopolistas e à uniformidade de aplicação da disciplina comum pelas autoridades reguladoras nacionais.

No entanto, mesmo que tais questões tenham sido endereçadas na última etapa de reforma do setor, as alterações introduzidas ainda não podem ser adequadamente analisadas para saber se serão suficientes, por se tratar de alterações representativas e, ainda, muito recentes. Especialmente, o funcionamento da ORECE e a sua relação com as autoridades reguladoras nacionais e, inclusive, com as autoridades da concorrência, terão de ser investigadas e aprimoradas, a fim de se obter verdadeiros ganhos no que tange à consecução de um mercado interno do setor, em que os serviços estejam à disposição de todos, independentemente das fronteiras nacionais, com redes totalmente interligadas e operacionais.

³⁵⁰ Sobre os monopólios na terminação de chamadas, veja-se: “No que respeita ao mercado grossista da terminação (serviços que os operadores comprem entre si para que os seus clientes possam efectuar chamadas para outras redes), todos os operadores, independentemente da sua dimensão, foram considerados dominantes, dado que, segundo a Recomendação, a rede de cada operador constitui um mercado distinto no qual esse operador possui o monopólio da terminação de chamadas. As autoridades reguladoras tiveram em conta as diferenças de dimensão dos operadores, impondo medidas correctivas mais leves aos de menor dimensão (ou seja, aplicando medidas correctivas assimétricas)”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado...*, p. 9.

³⁵¹ Sobre os problemas gerados pela disciplina inadequada de terminação de chamadas, veja-se: “High mobile termination rates can be a barrier to lower prices for mobile calls and more effective competition in mobile markets. This is because mobile providers have a degree of monopoly power in terminating calls to their users from the customers of other providers. Operators levying far higher MTRs than the efficient operator’s incurred cost would imply placing an additional hurdle for mobile operators seeking to explore price reductions and behave independently from their competitors. In particular, high MTRs prevent the launching of flat-rate mobile plans, thus lowering usage. Additionally, if MTRs are set well above costs, this creates substantial transfers between fixed and mobile users. Asymmetric charging between a pair of mobile operators may result in

Ademais, a grande maioria dos Estados-membros não introduziu todas as inovações no quadro regulamentar dentro do prazo previsto, que era maio de 2011, consoante anteriormente exposto. Com efeito, apenas Dinamarca, Estônia, Finlândia, Irlanda, Malta, Suécia e Reino Unido comunicaram, dentro do prazo, a total implementação das novas medidas previstas no quadro regulamentar hoje em vigor³⁵². Ao final de 2011, apenas Letônia, Lituânia, Luxemburgo e Eslováquia haviam se somado aos países que introduziram integralmente as medidas previstas na mais recente etapa de evolução da disciplina do setor³⁵³, sendo que os demais países, neste momento, estavam sujeitos à aplicação das penalidades cabíveis³⁵⁴.

Em que pense ao longo de todo o processo exposto da reforma do setor alguns Estados-membros não tenham conseguido implementar as novas determinações que foram surgindo dentro dos respectivos prazos previstos³⁵⁵, a situação atual de descumprimento, na qual vinte Estados-membros não implementaram totalmente as novas disposições nos respectivos prazos, consiste no maior descumprimento conjunto observado em todo o

excessive payments from smaller to larger competitors". ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *OECD Communications Outlook 2011*, p. 52.

³⁵² Sobre os países que não implementaram as mais recentes alterações na disciplina dentro do prazo previsto pela Comissão, veja-se: "As novas regras conferem às empresas e aos consumidores novos direitos no respeitante às comunicações telefónicas, aos serviços móveis e ao acesso à Internet. Entre eles, reafirmam-se o direito dos clientes de mudarem de operador de telecomunicações em apenas um dia, guardando o mesmo número de telefone, o direito a maior clareza quanto aos serviços oferecidos e o direito a uma maior protecção dos dados pessoais em linha. Os novos poderes de fiscalização atribuídos à Comissão Europeia e os poderes regulatórios atribuídos ao Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE) criarão maior segurança regulamentar e ajudarão os operadores de telecomunicações a criar um mercado único, pan-europeu, das telecomunicações (ver IP/11/622, MEMO/11/319, MEMO/11/320 e MEMO/11/321). A transposição rápida e coerente destas regras é uma prioridade da Agenda Digital para a Europa (ver IP/10/581, MEMO/10/199 e MEMO/10/200). No entanto, embora os processos legislativos estejam em curso em todos os Estados-Membros da UE e a maioria destes tenha comunicado à Comissão algumas medidas de transposição, apenas sete Estados-Membros (Dinamarca, Estónia, Finlândia, Irlanda, Malta, Suécia e Reino Unido) notificaram à Comissão a transposição integral das novas regras". UNIÃO EUROPEIA. *Agenda Digital: Comissão inicia processo de infracção contra 20 Estados-Membros devido à transposição tardia das regras das telecomunicações*. IP/11/905. 19 jul. 2011. Disponível em: <<http://ec.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

³⁵³ Sobre a situação da internalização da última etapa da reforma, ao final de 2011, veja-se: "A Comissão Europeia notificou os dezesseis Estados-Membros que, seis meses após o prazo estabelecido, 25 de Maio de 2011, ainda não transpuseram integralmente para o direito nacional as novas regras da UE para as telecomunicações. [...] As notificações hoje enviadas pela Comissão assumem a forma de 'pareceres fundamentados'. Os Estados-Membros que não transponham integralmente as novas regras para o direito nacional podem ver os respectivos processos submetidos ao Tribunal de Justiça da UE e vir a sofrer eventuais sanções pecuniárias. Os 16 Estados-Membros são os seguintes: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Eslovénia, Espanha, França, Grécia, Holanda, Hungria, Itália, Polónia, Portugal, República Checa e Roménia. [...] A Eslováquia, a Letónia, a Lituânia e o Luxemburgo notificaram, entretanto, à Comissão a transposição integral". UNIÃO EUROPEIA. *Agenda Digital: Comissão pressiona 16 Estados-Membros para aplicarem as novas regras da UE para as telecomunicações*. IP/11/1429. 24 nov. 2011. Disponível em: <<http://ec.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

³⁵⁴ Sobre as penalidades possíveis de aplicação em razão do não cumprimento dos prazos estabelecidos, veja-se: JAEGER JUNIOR, *Mercado Comum e...*, p. 199.

³⁵⁵ Sobre o descumprimento dos prazos de internalização das determinações do bloco no setor, ao longo do processo de reforma exposto, veja-se: RAUN; CAPITO, *The emergence of...*, p.57.

processo. Tal está a atrasar, por exemplo, uma maior efetividade das novas previsões relativas à portabilidade numérica³⁵⁶ e à autonomia das autoridades nacionais reguladoras³⁵⁷ e uma maior uniformidade em matéria de universalidade de serviços³⁵⁸, questões que foram devidamente abrangidas no quadro atual, mas que não foram integralmente implantadas pela maioria dos Estados-membros. Contudo, considerando que os órgãos do bloco dispõem de mecanismos para pressionar os Estados-membros a adotarem as respectivas medidas, entende-se que tal atraso não chegará a caracterizar algum impasse concreto no processo, não demandando aprimoramento além da aplicação efetiva do que já é previsto no ordenamento da União Europeia.

Um ponto, todavia, que demanda efetivo aprimoramento na União Europeia diz respeito à ausência de investimento e de desenvolvimento de infraestruturas alternativas ao longo de todo o processo. Como destacado, no que tange às redes fixas, a prestação de serviços pelas incumbentes através de redes próprias corresponde a apenas um por cento dos respectivos mercados, inclusive no que tange à denominada *last mile* e ao acesso à internet com banda larga. Consoante exposto, seguindo previsões da regulação setorial introduzida ao longo do processo, as autoridades reguladoras acabaram incentivando a concorrência no setor muito através da facilitação do acesso à infraestrutura existente, seja com desagregação da

³⁵⁶ Como referido, no quadro atual está prevista a realização da portabilidade numérica em, no máximo, um dia útil. Sobre a portabilidade numérica na etapa atual do processo, veja-se: “Manter o mesmo número quando se muda de operador já é possível em todos os Estados- Membros. O tempo de espera e o nível dos encargos são factores importantes que afectam a ‘transferência’ dos números. Alguns países (Portugal, Países Baixos, Eslováquia, Polónia, República Checa) impuseram reduções significativas nos prazos e outros planeiam fazê-lo. O prazo médio para a transferência de números móveis e fixos em Outubro de 2009 era de 4,1 e de 5,9 dias respectivamente, quando em Outubro de 2008 era de 8,5 e 7,5 dias. Há que progredir neste domínio, já que o quadro regulamentar revisto exige que a portabilidade se realize no prazo de um dia útil”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão [...] 15.º relatório*, p. 4.

³⁵⁷ Sobre os problemas em relação à autonomia das autoridades nacionais reguladoras, veja-se: “A independência das ARN é fundamental para garantir uma regulação justa e eficaz. A necessidade de garantir a separação estrutural efectiva entre as funções regulatórias dos Estados-Membros e as actividades associadas à propriedade ou ao controlo dos operadores originou processos de infracção contra a Letónia, a Lituânia e a Roménia. As condições de demissão dos presidentes das ARN levaram a Comissão a instaurar processos contra dois Estados-Membros (Roménia e Eslováquia) e a lançar uma investigação aos critérios de demissão na Eslovénia. O quadro regulamentar revisto exige que os Estados-Membros garantam que o presidente da ARN apenas possa ser demitido se já não satisfizer as condições exigidas para o desempenho das suas funções, definidas previamente no direcionacional. A Comissão continuará a concentrar as suas atenções nesta questão enquanto não entra em vigor o quadro regulamentar revisto”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão [...] 15.º relatório*, p. 5.

³⁵⁸ Sobre os problemas relativos à universalidade, veja-se: “Alguns Estados-Membros estão a deixar de impor obrigações no que respeita a serviços cuja prestação é assegurada pelo mercado ou que se considera estarem a perder importância. Por exemplo, na República Checa, na Estónia, na Itália, na Finlândia, na Irlanda e na Áustria não existe qualquer empresa designada para assegurar listas telefónicas completas e serviços informativos sobre listas. Na Alemanha, no Luxemburgo e na Suécia, o serviço universal é prestado sem uma designação formal. Continuam pendentes processos de infracção contra a Bélgica, Portugal e Espanha por transposição incorrecta da legislação da UE. Também o mecanismo de financiamento dinamarquês está actualmente a ser examinado”. Idem, p. 5.

rede do assinante (*unbundling*), seja com o acesso *bitstream*, seja, ainda, com o aluguel de linhas.

Tal forma de atuação, como visto, efetivamente possibilitou a elevação do nível de concorrência em matéria de serviços; contudo, contribuiu para a meramente incipiente rede alternativa existente dentro do bloco, o que dificulta o efetivo surgimento de uma concorrência entre redes³⁵⁹. Tal carência do setor da União Europeia já restou reconhecida pela Comissão³⁶⁰, havendo planos para sua superação, mas, ainda, sem ter sido, na prática, elevado suficientemente o nível de investimento do setor na União Europeia.

Este aspecto, a merecer aprimoramento, ganha ainda mais relevo considerando que a União Europeia, como visto, já possui um nível de investimento no setor significativamente inferior ao de outros países líderes em telecomunicações³⁶¹ e quando se está implementando as redes de acesso da próxima geração, que, por um lado, são essenciais para o atingimento dos objetivos maiores fixados pela União Europeia³⁶², mas, por outro, sabidamente demandam grandes investimentos³⁶³. Consoante apontado, recentemente a Comissão editou

³⁵⁹ Sobre concorrência entre redes, veja-se: “Over the past two decades, OECD countries have aimed to increase market efficiency through the use of facilities-based competition (also called platform or infrastructure competition), but have sometimes differed in approach. In some countries (Korea, United States), infrastructure competition is prevalent and no or very little local loop unbundling (LLU) takes place, or at least it does not play a key role in the competitive dynamics. Others (France, Netherlands) have identified LLU as a key aspect to allow alternative operators to gain market share while deploying their networks. In some countries (Greece, Hungary, New Zealand, Poland, Switzerland), LLU is only nascent or available for a low share of exchanges, and more time will be needed to assess the success of this policy option. Only in Mexico is LLU unavailable. Current regulatory obligations, if any, and pricing of loop unbundling in the OECD area are presented here, alongside data on the number of unbundled loops by country”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *OECD Communications Outlook 2011*, p. 47.

³⁶⁰ A Comissão, ao editar a Comunicação número 245, de 2010, reconheceu e destacou a necessidade de maior investimento em redes alternativas: “Falta de investimento em redes: há que fazer mais para garantir a implantação e o acesso à banda larga para todos, a débitos cada vez maiores, através não só das tecnologias fixas como também das sem fios, e facilitar o investimento nas novas redes Internet muito rápidas, abertas e concorrenciais, que serão as artérias da futura economia. A nossa acção deve concentrar-se no fornecimento dos incentivos adequados para estimular o investimento privado, complementado por investimentos públicos meticulosamente direccionados, sem remonopolizar as nossas redes, assim como na melhoria da atribuição das radiofrequências”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: uma agenda digital...*, p. 7.

³⁶¹ Como destacado, países como Estados Unidos da América e Japão, por exemplo, investem mais no setor. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA, *Europe’s Digital Competitiveness...*, p. 7.

³⁶² Consoante já exposto, ao longo de todo o processo e, também, recentemente, a União Europeia tem fixado dentre os objetivos no setor e em todo o bloco a universalização do acesso à internet, com banda larga de velocidades rápidas e ultrarrápidas, para o que se faz imprescindível a existência de redes de acesso da próxima geração, uma vez que as redes atualmente existentes não tem capacidade viabilizar a consecução de tais resultados. Sobre a necessidade das redes de acesso da próxima geração, veja-se: UNIÃO EUROPEIA, *Recomendação da Comissão sobre o acesso regulamentado...*

³⁶³ Sobre a importância das redes de acesso da próxima geração e o peso de seu custo, veja-se: “The market in Europe, however, has been very cautious about migration to higher capacity, as investment costs are high and business models are not yet developed. Many operators blame uncertainty surrounding regulatory approaches as

Recomendação nesta matéria, a qual prevê um sistema especial com objetivo de incentivar o investimento no desenvolvimento das aludidas redes, seja pelas operadoras históricas, seja pelas incumbentes. Por se tratar de alteração recente, dito sistema ainda não pode ser totalmente avaliado, o que não impede que já existam críticas, no sentido de que os incentivos previstos não terão o condão de efetivamente conduzir ao aumento dos investimentos necessários para a implantação das novas redes³⁶⁴. De qualquer forma, pela relevância e, inclusive, em razão das alternativas existentes³⁶⁵, certamente a disciplina especificamente das redes de acesso da próxima geração terá de ser aprimorada.

Talvez, no momento, o maior desafio que ainda tenha de ser enfrentado sequer seja específico do setor. Com efeito, exatamente neste momento em que se faz necessário o aumento dos investimentos, para o desenvolvimento de novas redes e a melhoria da capacidade das redes existentes, a União Europeia passa por grave crise financeira³⁶⁶, a qual

well as uncertainty regarding demand. To stimulate migration to this 21st century infrastructure, Europe 2020 has set broadband targets for all Europeans to have access to broadband by 2013 and to much higher internet speeds (30 Mbps or more) by 2020, with 50 % or more of European households having subscriptions above 100 Mbps”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão [...] 15.º relatório*, p. 5.

³⁶⁴ Sobre as críticas ao sistema de incentivo ao investimento previsto pela União Europeia para o desenvolvimento das redes de acesso da próxima geração, veja-se: “What we see in the NGA Recommendation today is, eventually, a reiteration of the good old ‘investment ladder’ approach that dominated the implementation of the 2002 telecoms package in the ‘copper’ years. The Recommendation clarifies that national regulators should open as many access points as possible, possibly encouraging new entrants to gradually invest in their own infrastructure. At the same time, it clarifies that, when setting access charges for the various network elements (both passive and active infrastructure), they should apply a premium that reflects the riskiness of the investment for the infrastructure owner. The final result is, in theory, that new players without an own infrastructure will initially enter the market as resellers to then start climbing the ladder of investment; and at the same time facilities-based players will be more fully compensated, which will preserve their incentives to invest. [...] This is still the weakest link in the Digital Agenda. While, on the one hand, the NGA Recommendation merely pours new wine into old bottles, reiterating the access policy scheme that has already led Europe to lag behind in infrastructure investment in the past few years, the Single Market situation is even more worrying”. RENDA, *NGAs and the single...*, p. 14.

³⁶⁵ Sobre as alternativas de disciplina das redes de acesso da próxima geração, veja-se: “A growing number of countries have introduced changes to market structures surrounding NGA deployment. These include functional separation in countries such as Italy and the United Kingdom. Moreover, some countries such as Australia and New Zealand are using public investment to create national broadband networks. Here, a split between service and infrastructure provision is being introduced, as is already the case in Singapore. In other countries, such as Chile, public investment in national broadband backbone networks is being pursued. Meanwhile, ‘unbundling’ or new open access models are being built in line with policy and regulatory approaches. Finally, infrastructure competition continues to deliver leading performance in countries such as Korea and in some non-member economies such as Hong Kong and China”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *OECD Communications Outlook 2011*, p. 43.

³⁶⁶ Tão séria a crise financeira do momento que, às pressas, foi assinado e colocado em prática um novo tratado estabelecendo um Mecanismo de Estabilidade Europeu. Nesse sentido, manifestou-se o presidente do Conselho: “I welcome today's signature of the treaty establishing the European Stability Mechanism (ESM). The objective is that it enters into force in July 2012, one year earlier than initially planned. This permanent crisis mechanism will contribute to raising confidence and ensuring solidarity and financial stability in the euro area. It creates a permanent firewall with a broad range of tools and a strong financial basis, to safeguard financial stability. The ESM will be an international financial institution, based in Luxembourg and founded by euro area member states, with an initial maximum lending volume of €500 billion, to be achieved by €700 billion of subscribed

já afetou os progressos econômicos e sociais atingidos nos últimos anos³⁶⁷. Nesse compasso, as questões a serem aprimoradas na disciplina atual, dentre as quais as acima destacadas, terão de ser conciliadas com os desafios e as dificuldades impostas por esta crise, o que poderá, por exemplo, dificultar maiores investimentos em redes e, por consequência, retardar o atingimento das metas estabelecidas no já mencionado plano *Europa 2020*. Com efeito, trata-se de questão não específica do setor, mas que o afeta de sobremaneira, seja pela capacidade de investimento, seja pelo nível de consumo, seja, ainda, pelas prioridades que acabaram sendo alteradas por todos dentro do bloco, com um maior foco imediato na superação da crise.

Assim, devidamente expostos os resultados de todo o processo de introdução da concorrência no setor e de reforma da disciplina das telecomunicações na União Europeia, seja em relação aos efeitos práticos já atingidos, seja em relação aos aspectos que demandam alguma espécie de aprimoramento, mesmo no quadro regulamentar atual, resta facilitada a tarefa, a seguir, de apontar as perspectivas para a disciplina do setor. Com efeito, já se conhecendo o modelo de liberalização da concorrência, o histórico de todo o processo de reforma da disciplina do setor, o quadro regulamentar atual, os efeitos práticos da aplicação deste quadro e os pontos que ainda carecem de aprimoramento, entende-se que será possível apresentar conclusões mais subsidiadas e lógicas acerca da forma que se imagina que o setor deverá ser disciplinado no futuro. Em especial, entende-se que será possível analisar mais facilmente se há de permanecer o processo de aplicação conjunta do direito da concorrência com a regulação setorial constantemente aprimorada, ou se o estágio atual dos mercados, ou mesmo suas perspectivas, possibilitariam a extinção da regulação setorial dentro da União Europeia.

capital (€80bn in paid-in shares and €620 billion in callable shares). As agreed in December by the leaders of the European Union, we will reassess the adequacy of resources under the European Financial Stability Facility and European Stability Mechanism on 1 March 2012”. UNIÃO EUROPEIA. *Statement by President of the European Council Herman Van Rompuy on the signature of the European Stability Mechanism Treaty*. EUCO19/12. 02 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

³⁶⁷ Sobre as consequências da crise financeira atual, veja-se: “A crise deitou por terra anos de progresso econômico e social e pôs a descoberto as debilidades estruturais da economia europeia. O principal objectivo da Europa deve ser agora retomar a senda do progresso. Para assegurar um futuro sustentável, a Europa tem que apontar já o seu olhar para além do curto prazo. Confrontados com o envelhecimento da população e a concorrência mundial, colocam-se-nos três opções: trabalhar mais, trabalhar mais tempo ou trabalhar de um modo mais inteligente. Muito provavelmente teremos de optar pelas três, mas a terceira opção é a única que garante níveis de vida cada vez mais elevados para os europeus. Para isso, a Agenda Digital formula propostas de acções que devem ser postas em prática urgentemente para colocar a Europa na rota de um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. Essas propostas prepararão o terreno para as transformações de mais longo prazo que advirão de uma economia e de uma sociedade cada vez mais ‘digitais’”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: uma agenda digital...*, p. 2.

B) Perspectivas

Com base no que foi anteriormente tratado na presente dissertação, parte-se, a seguir, para a exposição acerca das perspectivas para a disciplina do setor na União Europeia. Desta forma, poder-se-á responder à indagação inicialmente apresentada, acerca da necessidade de manutenção de regulação setorial específica, mesmo no estágio atual – e nos futuros – do setor no bloco, em que já foi liberalizada a concorrência em todos os mercados, existindo empresas, em maior ou menor grau, atuando em regime de concorrência.

Para tentar facilitar a resposta a tal indagação, a exposição do que se entende ser o futuro da disciplina do setor na União Europeia será precedida de uma análise crítica do processo, especialmente no que se refere ao espaço que a regulação setorial ocupou e ocupa. Tal análise crítica preliminar fornecerá o arcabouço teórico que, aliado à investigação histórica promovida e à apuração dos resultados concretos da implantação do modelo, viabilizará a conclusão final acerca do futuro da disciplina do setor naquela realidade.

B.1 - Análise crítica

Como destacado, tendo sido expostos todo o histórico do setor e os resultados práticos da aplicação do modelo adotado na União Europeia, a fim de culminar com a apresentação das perspectivas de disciplina para o futuro das telecomunicações no bloco, mostra-se relevante realizar uma análise crítica de tal quadro, agora do ponto de vista teórico.

Consoante já exposto, a União Europeia tem apresentado uma constante preocupação com as consequências e as implicações da sua maneira de disciplinar o setor. Com efeito, ao longo de todo o processo exposto, as repercussões econômicas e sociais das reformas realizadas foram pesquisadas, relevadas e acompanhadas pelos órgãos competentes. Nesse sentido, por exemplo, como destacado, antes de levar a cabo a mais recente das reformas, iniciada em novembro de 2009, a Comissão solicitou pesquisas e estudos econômicos,

apresentando um relatório³⁶⁸ e prevendo três cenários possíveis para a evolução do quadro anteriormente em vigor.

Assim, a União Europeia vem apreciando, especialmente, as alternativas de abolir a regulação setorial ou de aprimorá-la³⁶⁹, sendo cotejados os efeitos em matérias de investimentos, de inovação, de concorrência, de fortalecimento do mercado interno, de competitividade com mercados estrangeiros, de aumento ou diminuição de custos, de elevação da inclusão digital e de benefícios para os envolvidos, mormente para os consumidores.

Destarte, constata-se que a União Europeia está consciente que, em um setor como o em tela, a opção pelo levantamento do marco regulatório, com a disciplina pelo direito da concorrência exclusivamente, ou pela sua manutenção e pelo seu fortalecimento, traz significativas consequências, econômicas e sociais, algumas positivas e outras negativas, as quais merecem ser analisadas e compreendidas, a fim de se adotar a disciplina mais adequada para a situação específica de seus mercados. Independente das conclusões apresentadas, tal preocupação e a realização destes estudos e pesquisas prévios evidenciam que a União Europeia está ciente da complexidade de matéria e, especialmente, está considerando as características do setor e as peculiaridades do próprio bloco.

Tal qual demonstrado, até o momento, a opção da União Europeia foi sempre no sentido da diminuição e do aprimoramento da regulação setorial existente, levantando a existência de obrigações assimétricas em mercados tidos como efetivamente concorrentes e focando a regulação, inclusive de forma mais intensa, nos mercados tidos como mais problemáticos (especialmente relativos aos mercados grossistas, às redes existentes e à terminação de chamadas). O foco da regulação também é realizado em aspectos entendidos pelo bloco como mais relevantes, incluída a defesa dos interesses dos consumidores e a consolidação do mercado interno, com universalização do acesso à internet, inclusive com banda larga e com redes de acesso da próxima geração.

³⁶⁸ O já referido documento publicado pela Comissão em 2007, a saber: UNIÃO EUROPEIA, *Commission staff working document: impact assessment...*

³⁶⁹ Conforme exposto, ao introduzir o quadro disciplinar em vigor, igualmente foi cogitada a alternativa de não se alterar o quadro disciplinar anterior. No entanto, tal alternativa restou de plano descartada, por incoerente com todo o histórico de evolução do processo.

Dentro desta perspectiva, e respeitando todo o histórico do processo, pautado pela constante evolução da disciplina do setor, a partir das etapas anteriores, para o futuro desta disciplina igualmente pode se cogitar das aludidas duas alternativas básicas: disciplina do setor exclusivamente pelo direito da concorrência e manutenção e aprimoramento da regulação setorial.

Argumenta-se³⁷⁰ que a primeira alternativa, de abolição da regulação setorial, seria o caminho natural para o qual todo o processo de liberalização da concorrência teria caminhado, consoante a própria União Europeia se manifesta a cada nova etapa do processo³⁷¹. A regulação setorial específica, então, seria meramente temporária e exclusivamente para sanar as falhas que o setor apresentaria no período compreendido entre o rompimento dos monopólios existentes e o estabelecimento de concorrência efetiva nos mercados de telecomunicações³⁷².

Sustenta-se que o fato das telecomunicações constituírem um setor fundamental para sociedade, por si só, não teria o condão de determinar a aplicação de regulação específica, até mesmo porque outros setores, também essenciais, são geralmente disciplinados apenas pelo direito da concorrência. Na verdade, segundo preconizado, a necessidade de utilização da regulação específica decorreria, principalmente, do histórico monopolístico do setor, que impediu o surgimento natural da concorrência nos mercados. Nesse sentido, uma vez consolidada a efetiva concorrência no segmento, perderia sentido qualquer norma setorial transitória, consoante, aliás, já teria sido consignado em algumas das diretivas editadas ao longo de todo o processo, anteriormente exposto³⁷³.

³⁷⁰ Entendendo pela viabilidade da alternativa de disciplina do setor na União Europeia exclusivamente pelo direito da concorrência, veja-se: BRAUN; CAPITO, *The emergence of...*, p. 66.

³⁷¹ Sobre as manifestações da União Europeia no sentido do gradual levantamento da regulação setorial, veja-se: “This regulatory framework played a major role in helping to create competition in the telecommunications market, although lack of competition can still be witnessed in several market segments. [...] As we have seen in Section A, the 1999 Review proposed a vision whereby sector-specific regulation would be progressively rolled-back, market power being exclusively controlled by competition law. This vision is to a large extent translated into the new framework, although we will see that sector-specific regulation will retain a significant importance, at least in the next few years”. GERADIN, *European and American...*, p. 536.

³⁷² Sobre o entendimento acerca da transitoriedade da regulação no setor de telecomunicações, veja-se: “La regulación no substituye al derecho de la competencia, que permanece en vigor como red de seguridad para aquellos casos en los que la regulación falla, bien por sus lagunas, bien por la incorrecta aplicación por parte de las autoridades públicas. Por otra parte, la regulación sectorial tiene una naturaleza transitoria y debe ser paulatinamente eliminada para dar paso a la mera aplicación de las normas de defensa de la competencia”. MONTERO PASCUAL; SOUTO SOUBRIER, *De la desmonopolización...*, p. 48.

³⁷³ Sobre o objetivo final de levantamento total da regulação setorial nas telecomunicações da União Europeia, assim constou na Diretiva número 140, de 2009: “O objetivo consiste em reduzir progressivamente a

Esta alternativa de disciplina do setor tem como pressuposto a ideia de que, em mercados efetivamente competitivos, não há melhor disciplina do que a decorrente do próprio mercado, com as intervenções e as proteções inerentes à aplicação do direito da concorrência, o qual seria mais flexível do que qualquer regulação setorial³⁷⁴. A regulação específica do setor, por sua própria natureza, seria editada para disciplinar casos futuros, algo extremamente complexo em um setor tão dinâmico quanto o das telecomunicações. Ao fim e ao cabo, teria de se escolher quais concorrentes do mercado deveriam ser beneficiados³⁷⁵, por se desejar incentivar o desenvolvimento de uma tecnologia específica, por exemplo. Isto acabaria engessando o mercado e sacrificando incentivos à eficiência³⁷⁶, de forma que, a longo prazo, qualquer escolha previamente realizada pelas autoridades reguladoras acabaria sendo mais prejudicial do que as consequências às quais a própria concorrência conduziria³⁷⁷.

Ademais, por se tratar de poucas normas e princípios gerais que se amoldam e são aplicados de acordo com cada caso concreto, independentemente do setor econômico

regulamentação *ex ante* específica do sector para acompanhar a evolução da concorrência nos mercados e, em última análise, para que as comunicações electrónicas sejam regidas exclusivamente pela lei da concorrência. Considerando que, nos últimos anos, os mercados das comunicações electrónicas revelaram uma forte dinâmica competitiva, é essencial que só sejam impostas obrigações regulamentares *ex ante* nos casos em que não exista uma concorrência efectiva e sustentável”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, cons. 5.

³⁷⁴ Entendendo pelas vantagens da disciplina pelo direito da concorrência, veja-se: “An advantage of general competition rules is that they apply horizontally and are totally sector independent. This makes them more flexible than sector-specific rules, especially in cases such as refusal to access. Situations may arise where the sector-specific framework cannot cope with the rapid development of technology which brings about new regulatory challenges. In such cases, Article 82 EC is a welcome instrument to address abusive behaviour which stifles competition”. BRAUN; CAPITO, *The emergence of...*, p. 64.

³⁷⁵ Sobre as consequências da concessão de incentivo a determinada empresa no setor de telecomunicações, veja-se: “It has been noted that asymmetric measures in favour of newcomers lead to a sort of duopolistic equilibrium that is later difficult to rectify. Other companies attempting to enter the market later are therefore damaged. Thus, an asymmetric approach to market-opening regulation would lead to new and serious imbalances and favour one (or few) of the incumbent's competitors”. PERRUCCI, CIMATORIBUS, *Competition, convergence and...*, p. 497.

³⁷⁶ Sobre a possibilidade de a regulação nas telecomunicações implicar incentivos à ineficiência, veja-se: “The regulatory delays, together with the asymmetric nature of *ex ante* control, provide the entrants with a competitive advantage, even though they may be inefficient. These transitory competitive advantages may have substantial impact on the long-run evolution of the market whenever there is a strong first-mover advantage due to the presence of switching costs or strong network externalities. For example, services like access to the Internet or mobile telephony may involve strong network externalities and switching costs. Thus, once the customers are locked-in, it may be costly to move from a less efficient network to a better one. Reluctance to switch to a superior technology may impede incentives for further innovation. Cost of delays and disincentives for innovation may be further increased in fast-growing new markets in which there is a large population of unattached customers”. BOURREAU; DOGAN, *Regulation and innovation...*, p. 172.

³⁷⁷ Sobre a maior flexibilidade do direito da concorrência e seus benefícios a longo prazo no setor, veja-se: “In general, *ex post* control mechanisms provide a greater flexibility for the incumbent's business decisions. The incumbent is expected to engage in more substantial innovative activities compared to those he would exploit in the case of a tighter *ex ante* control. *Ex ante* control, and its asymmetric nature may provide inefficient entrants a competitive advantage. This transitory competitive advantage, accompanied by network externalities and switching costs, may have substantial impact on the long-run evolution of the market”. *Idem*, p. 182.

envolvido, a aplicação do direito da concorrência, por si só, poderia dar uma resposta de forma mais ágil às novas situações que fossem surgindo nas telecomunicações³⁷⁸. Especialmente em um setor como o de telecomunicações, no qual as inovações tecnológicas se sucedem exponencialmente, tais flexibilidade e velocidade de adaptação assegurariam uma melhor disciplina dos mercados, em comparação com qualquer regulação setorial.

Se não bastasse isso, tendo em vista a crescente convergência entre todas as tecnologias e serviços, naturalmente surgiriam novas empresas concorrentes³⁷⁹, disputando com aquelas de maior participação do mercado, tal qual já está ocorrendo com os serviços baseados em tecnologias sem fio, que avançam sobre mercados anteriormente dominados pelas detentoras das redes físicas históricas, bem como com os serviços de voz sobre IP (VoIP)³⁸⁰. Esta convergência ainda tornaria totalmente desnecessária e, inclusive, inútil, qualquer regulação setorial específica para cada tecnologia ou serviço, e fortaleceria o próprio direito da concorrência, aplicável indistintamente a todos os setores e mercados.

Outrossim, é invocado que, em razão do razoável período em que coexistiram regulação específica do setor e direito da concorrência, a jurisprudência relativa à aplicação do direito da concorrência já teria incorporado as questões fundamentais daquela, especialmente após a aproximação ocorrida nas últimas etapas da liberalização do segmento. Desta forma, a experiência adquirida pelas autoridades da concorrência em análises de atos de concentração no setor, em investigações de abuso de poder dominante e nas atuações em conjunto com as autoridades nacionais reguladoras seria suficiente para, através da aplicação

³⁷⁸ Sobre a maior facilidade de adaptação do direito da concorrência às novas situações que surgem em mercados dinâmicos, como os inerentes ao setor de telecomunicações, veja-se: “It is true that EC competition law can more easily be used to intervene in a new situation, since it consists of a small number of general provisions which are meant to be applied across the board in every economic sector. Furthermore, not only is the substance of EC competition law general, but its procedural and institutional framework is also framed in broad terms and can be quickly put in motion”. LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 347.

³⁷⁹ Sobre a relação da introdução de novas tecnologias com o surgimento de concorrentes e a necessidade de regulação, veja-se: “A introdução de novas tecnologias pode criar uma pressão concorrencial suplementar, o que tende a diminuir a necessidade de regulamentação”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado...*, p. 11.

³⁸⁰ Sobre os serviços de VoIP e suas implicações para os mercados, veja-se: “As comunicações vocais via Internet (VoIP) constituem mais outro segmento a desafiar a posição de mercado dos operadores instalados. Veremos em que medida esse desafio se materializará em serviços oferecidos por empresas de software e de motores de pesquisa para a Internet. [...] Os serviços de telefonia via o protocolo Internet (IP) (como o VoIP – ‘Voice over Internet Protocol’) já estão disponíveis na maioria dos Estados-Membros. Embora não tenham ainda produzido um efeito arrasador sobre as receitas da telefonia fixa tradicional, a eventual entrada no mercado de novos e ameaçadores prestadores de serviços VoIP está a levar os operadores actualmente presentes no mercado a responderem com os seus próprios produtos VoIP ou com pacotes de serviços que incluem a telefonia vocal”.

do direito da concorrência, solucionar os problemas e os impasses específicos dos mercados de telecomunicações. Os dispositivos pertinentes do hoje TFUE, que disciplinam justamente a promoção da concorrência no bloco, por sua amplitude, seriam suficientes para defender os mercados.

Ainda de acordo com esta primeira alternativa, sustenta-se que, em mercados efetivamente competitivos, o objetivo seria promover a menor intervenção possível, apenas, no máximo, para corrigir algumas pequenas falhas ainda observadas. E isto já poderia ser obtido exclusivamente pelas normas de defesa da concorrência, a qual, até mesmo pelas circunstâncias acima apontadas, argumenta-se que seria mais benéfica para o setor, amplamente suficiente para assegurar a devida disciplina dos mercados e, conseqüentemente, tornaria despendiosa qualquer regulação específica.

No entanto, em razão do histórico e de todas as peculiaridades que envolvem as telecomunicações na União Europeia, mesmo quando se cogita da adoção desta alternativa, reconhece-se que ela somente seria viável em mercados em que comprovadamente há concorrência efetiva. Contudo, consoante destacado, a existência de concorrência efetiva ainda não é a regra nos mercados da União Europeia, especialmente considerando o bloco como um todo.

Ademais, existem alguns mercados específicos em que ainda nem sequer se vislumbra a possibilidade de se atingir a concorrência efetiva. Nesse sentido, como já destacado, ainda não é visualizada a possibilidade de se desconstituir o poder dominante das operadoras no que diz respeito à denominada última milha (*last mile*), pela qual é realizada a ligação dos consumidores às redes existentes e que os possibilita realizar e receber chamadas e fazer uso de serviços conexos³⁸¹. O mesmo ocorrendo com a terminação de chamadas, seja na telefonia fixa, seja na móvel. Como cada operador detém um monopólio sobre a respectiva rede, este pode, se desejar, criar os mais variados empecilhos para realizar a terminação de chamadas e de serviços de outras operadoras³⁸², já que possui o total controle desta parte específica do

UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre regulamentação e mercados...*, p. 03.

³⁸¹ Considerando como serviço conexo, inclusive, o acesso à Internet, especialmente com o advento das redes da próxima geração, em que o detentor da rede com a ligação final para o consumidor permanecerá em posição privilegiada em relação aos demais concorrentes. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA, *Directiva 2002/21/CE do Parlamento...*, art. 2º.

³⁸² Como já destacado, mesmo no momento atual dos mercados na União Europeia, segue o entendimento de que, em relação à terminação de chamadas, as detentoras das redes permanecem em posição monopolista. Nesse

mercado. Conseqüentemente, não sendo eliminado o poder dominante nestes mercados, não haverá de se falar em concorrência efetiva.

Ou seja, a alternativa de aplicação exclusiva do direito da concorrência estaria limitada aos mercados que já possuem concorrência efetiva, deixando ainda considerável espaço para a regulação setorial em todos os demais mercados em que ainda se observa a existência de empresas com poder de mercado significativo.

Contudo, mesmo nos mercados em que já existe ou é viável a concorrência efetiva, argumenta-se³⁸³, em outro sentido, pela necessidade de adoção da alternativa de manutenção da regulação setorial, em conjunto com a aplicação do direito da concorrência. Em um curto espaço de tempo, tal alternativa seria necessária até mesmo para contornar as falhas de mercado e os já expostos problemas que ainda são verificados no setor, mesmo após a introdução do quadro disciplinar atual. Não obstante, mesmo a longo prazo, até indefinidamente, esta alternativa permaneceria válida, seja pelas características próprias do setor, seja pelas peculiaridades da União Europeia, inclusive no que tange aos objetivos maiores visados através das telecomunicações.

Com efeito, o setor de telecomunicações é pautado por externalidades³⁸⁴ e, especialmente, por externalidade de rede³⁸⁵. Com efeito, em mercados de telecomunicações, o valor efetivo da utilização do serviço está diretamente ligado ao tamanho e à capilaridade³⁸⁶ da respectiva rede. Só faz sentido utilizar um serviço de telecomunicações, se este possibilitar o contato com as demais pessoas ou o acesso a determinadas informações³⁸⁷. Nessa senda, aquele que possuir a rede mais ampla e mais capilarizada terá enormes vantagens em relação

sentido: UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado...*

³⁸³ Sobre a necessidade de manutenção da regulação setorial nas telecomunicações, mesmo em mercados com concorrência efetiva, veja-se, por todos: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 15.

³⁸⁴ Sobre o conceito de externalidade, veja-se: “Uma externalidade ocorre quando o consumo de um bem ou serviço por uma pessoa, ou a produção de uma empresa, afeta diretamente o bem estar de outra pessoa ou empresa que não é parte na transação. Ou seja, é uma cesta de bens ou serviços que é ‘fornecida’ por um agente econômico a outro, na ausência de qualquer transação econômica entre esses dois agentes relacionada a esse ‘fornecimento’”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Campus. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/dirp162.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2009. p. 88.

³⁸⁵ Sobre o conceito de externalidade de rede, veja-se: “Externalidade de rede: Ocorre quando o bem estar de um agente ligado a uma rede (telefônica, de computadores, ferroviária etc.) é influenciado quando um novo agente se conecta a essa rede”. PINHEIRO, *Curso de Law...*, p. 88.

³⁸⁶ Sobre a importância da capilaridade da rede em serviços de telecomunicações, veja-se: KANG, *Communications law and...*, p. 25.

³⁸⁷ Sobre as implicações da existência de redes no setor, veja-se: HARRISON; THEEUWES, *Law and economics*, p. 67.

àquele que possuir uma rede menor. Especialmente, em uma realidade em que, normalmente, em determinada localidade, há uma empresa proprietária de uma rede extremamente maior do que as redes das demais empresas do setor (em regra, a antiga empresa monopolista, como já exposto). Neste caso, somente é possível se cogitar de uma concorrência efetiva em matéria de serviços, pelo menos, caso as novas operadoras que desejem ingressar no mercado tenham acesso a tal rede. Mesmo que tal acesso seja assegurado de forma provisória, até que as novas concorrentes desenvolvam redes alternativas, por exemplo, de forma a viabilizar uma competição baseada em infraestruturas³⁸⁸.

Não por outro motivo que, para lidar com tal característica, o direito da concorrência muitas vezes se socorre do conceito de infraestruturas essenciais³⁸⁹ (*essential facility*), quando da análise dos mercados de telecomunicações. Nestes casos, considera-se que tais redes são estruturas sem as quais não é possível o funcionamento dos mercados neste setor, ao mesmo tempo em que, por alguma circunstância, tais redes permanecem sendo controladas por uma ou mais empresas. Com efeito, dentro de um conceito de infraestruturas essenciais, entende-se que estas operadoras poderiam se beneficiar da situação, no intuito de evitar o acesso das demais concorrentes à rede e, assim, impedir por completo o surgimento e o fortalecimento da concorrência³⁹⁰.

³⁸⁸ Sobre a competição no setor baseada em infraestruturas, veja-se: “Successful competition for infrastructure can reduce the need for access regulation and does not preclude competition for services taking place at the same time. Dynamic access policies, for example access charges that rise over time, enable the fulfillment of both static and dynamic goals. It is important to reduce the uncertainty by providing regulatory transparency on these time-related issues”. CANOY, Marcel; BIJL, Paul de; KEMP, Ron. Economic aspects of access to networks: access to telecommunications networks. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 166. Para maiores informações sobre as diferenças e as consequências entre a competição baseada em serviços e a competição baseada em infraestruturas, veja-se: RAMIRES, *Direito das Telecomunicações...*, p. 209.

³⁸⁹ Sobre o conceito de infraestruturas essenciais, também denominadas de instalações essenciais, veja-se: “Instalação essencial: São equipamentos ou edificações sem os quais é impossível produzir um bem ou serviço. Na doutrina legal americana, para que uma instalação seja considerada essencial ela deve satisfazer quatro condições: (a) o acesso a essa instalação é necessário para que uma empresa possa competir no mercado em questão; (b) essa instalação é controlada por uma firma dominante; (c) é impossível, na prática, reproduzir em condições razoáveis essa instalação; e (d) é possível para a firma que controla essa instalação prover acesso a ela para outras empresas”. PINHEIRO, *Curso de Law...*, p. 89.

³⁹⁰ Sobre a aplicação da teoria de infraestruturas essenciais em casos de redes de telefonia, veja-se: Em sentido semelhante: “Take, for instance, a telephone company that owns the copper telephone wiring connecting all houses and businesses in an area. The company also provides telephone service to the households and businesses connected to this essential facility. Other firms would like to have access to the network to provide their own telephone services to consumers (e.g., mobile telephone companies want to be able to connect phone calls from their customers owning cell phones to consumers connected to the copper telephone line). Internet service providers would like to access the network to provide Internet services. If the network owner charges to those requesting access monopoly prices that are too high, he can create a situation in the market for telephone services or in the market for Internet access (often indicated as the ‘downstream markets’) that makes competition very

Destarte, a implantação e a manutenção da concorrência neste setor devem passar por alguma forma de disciplina do acesso e da interconexão de tais estruturas essenciais. No entanto, ao disciplinar tal acesso, torna-se extremamente difícil adotar uma solução rigorosamente neutra³⁹¹, mesmo que se utilize do importante ferramental econômico. Se, por exemplo, o acesso à estrutura essencial for facilitado, por um lado, tal incentivará o surgimento de novas operadoras no mercado (já que estas terão à sua disposição toda a rede desejada), mas, por outro lado, prejudicará a empresa proprietária da rede (que verá sua vantagem concorrencial ser descartada) e diminuirá os incentivos ao desenvolvimento de infraestruturas alternativas no setor (pois será mais vantajoso para as novas empresas pagarem pelo acesso ou interconexão, em vez de terem de investir pesadamente visando à constituição de novas redes)³⁹². Qualquer decisão neste tocante, portanto, há de relevar e calcular, inclusive economicamente³⁹³, estas consequências, o que, contudo, implicará uma opção sobre qual incentivo acabará sendo dado.

Ademais, também por tais características específicas do setor de telecomunicações, em diversos mercados destes acabam sendo verificados pontos de estrangulamentos, verdadeiros gargalos (*bottlenecks*), nos quais resta muito dificultado, senão impossibilitado, o surgimento e a manutenção natural da concorrência. É o que ocorre com a referida última milha (*last*

difficult, if not impossible. He can refuse access to all competitors and keep the downstream market for the telephone and Internet services to himself. Sometimes such a network is called an essential facility. An essential facility is necessary to supply consumers. In order to stimulate competition, the government might require the owner of the essential facility to provide access to his competitors. The issue then becomes this: What is the price of access?”. HARRISON; THEEUWES, *Law and economics*, p. 137.

³⁹¹ Sobre a impossibilidade de se estabelecer decisão absolutamente neutra em matérias como a forma de se garantir o acesso às redes existentes, veja-se: “A common element in all this chapter’s discussion is that access prices can never be neutral by definition. Access prices affect competition – or more precisely, operator’s profits, market shares and retail prices. Much can be gained by acknowledging this and by using economic theory to analyze the various links between market and prices”. CANOY, *Economic aspects of...*, p. 165.

³⁹² Sobre as consequências que podem advir da fixação das regras para o acesso às redes existentes, veja-se: “What are the main risks of the regime? Experience in Europe and elsewhere suggests that regulators find it hard to ‘let it go’. Existing beneficiaries of regulation fight harder to retain it than potential beneficiaries of deregulation – who may not know what lies in store – fight to eliminate it. Regulators will have to make modest risks, especially in the relaxation of controls on retail prices. Damage can be limited by maintenance of ‘safety-net’ price controls in certain cases, subject to a finding of dominance. Second, there is a risk that pressure by entrants to keep access prices low may chill incentives to invest in alternatives infrastructure, including the new wireless technology. Broadband roll-out is a pervasive goal of policy in the EU, and one way of achieving it is to set low access prices to the historic operator’s facilities without consideration of the effect on alternative platforms based on cable, terrestrial wireless and satellite”. CAVE, *The new regulatory...* p. 140.

³⁹³ Sobre a necessidade de análise econômica quando da fixação das condições de acesso às redes existentes, veja-se: “This leads us to the second economic issue: how should access to telecoms networks be priced? This question is at the core of the slow take-up of local loop unbundling in Europe. [...] Economists have a key role to play in identifying the pricing methodologies which will lead to prices that do not discourage market entry while compensating the incumbents for their genuine costs”. LOWE, Philip. Roundtable discussion: introduction to the roundtable on the economics of antitrust and regulation in the telecom sector. *In*: BUIGUES, Pierre A.;

mile) das redes de telecomunicações, em que normalmente já há uma empresa que detém o poder de bloquear o acesso³⁹⁴. Especialmente considerando o referido histórico monopolístico do setor, mesmo com a liberalização da concorrência no mesmo, tais peculiaridades nos mercados de telecomunicações³⁹⁵ acabam não sendo solucionadas pela simples aplicação da legislação da concorrência, normalmente ensejando algum nível de intervenção³⁹⁶ através da regulação no mercado³⁹⁷.

Destarte, pelas características inerentes do setor, sustenta-se que a regulação setorial seria indefinidamente necessária – obviamente com os devidos focos e ajustes – uma vez que, ainda se possível fosse a consecução de uma concorrência efetiva nos mercados, a manutenção desta concorrência seria difícil, senão impossível, sem uma regulação apropriada³⁹⁸.

REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 241.

³⁹⁴ Como já destacado, mesmo atualmente, a União Europeia mantém o entendimento de que, em matéria de terminação de chamadas, a empresa detentora da rede possui um monopólio no respectivo mercado, razão pela qual, através de aspectos técnicos, financeiros ou de informação, tais empresas, potencialmente, podem bloquear o acesso das demais concorrentes. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA, *Recomendação da Comissão sobre o tratamento regulamentar das tarifas da terminação...*

³⁹⁵ Sobre a manutenção de falhas no setor de telecomunicações, em função de suas particularidades, mesmo em mercados com algum grau de concorrência, veja-se: “Scholars working in the area of antitrust in dynamically competitive industries have argued that the competitive norm in such industries is temporary ‘winner take all’ innovators, succeeded in rapid order by a new ‘winner take all’ innovator and so forth. The period of monopoly for each innovator is in fact a reward to such innovators, and the temporary monopoly rents are merely the quasi-rents to a social beneficial activity. [...] But even these scholars admit that anticompetitive behavior can still exist: for example, exclusive distribution contracts with today’s monopolist can inhibit the rise of the next monopolist. The current serial monopolist, in this view, cannot use its temporary market power to forestall new innovators, and thus turn itself into permanent monopolist”. FAULHABER, *Bottlenecks and bandwagons...*, p. 514.

³⁹⁶ Sobre as justificativas para a necessidade de intervenção, veja-se: “De acordo com Nicholas Mercurio e Steven Medema, ‘o approach de New Haven tem em comum com a perspectiva de Chicago e da public choice o reconhecimento do importante papel desempenhado pelo problema da escassez nos problemas jurídico-econômicos, assim como das virtudes do mercado na alocação dos recursos’. Contudo, prosseguem os autores, ao mesmo tempo, ‘a escola de New Haven enfatiza a existência de muitas fontes de falhas de mercado e que estas falhas de mercado necessitam de alguma forma de intervenção governamental’, a qual deve ser realizada considerando não apenas os custos e benefícios mensuráveis pecuniariamente, mas todos os custos e benefícios das medidas corretivas passíveis de realização, com contínua preocupação com o impacto distributivo, com a justiça e equidade”. BATTESINI, *Direito e economia: novos...* p. 74.

³⁹⁷ Sobre a necessidade de regulação em casos de falhas no mercado, especialmente no setor de telecomunicações, veja-se: “Solo la existencia de una falla de mercado muy severa lo justifica. Principalmente esas fallas pueden ser (1) monopolio o barrera de entrada al mercado que explica regulación tarifaria en ciertos servicios públicos o creación de sistema de acceso o interconexión (2) asimetría informativa, que explica regulaciones como la bancaria o (3) generación de externalidades que explica regulación como la ambiental. Pero ello debe verse, en relación a los costos de transacción existentes para que el mercado corrija el problema en el largo plazo. [...] Así no es cualquier falla, sino una que no permitirá, por su naturaleza, una corrección por el mercado en el largo plazo”. GONZALEZ, *Derecho y economía: el...*, p. 912.

³⁹⁸ Sobre a necessidade de regulação, seja em casos em que não é possível a consecução de concorrência, seja em casos nos quais a instabilidade dos mercados dificulta ou impossibilita a manutenção de tal concorrência, veja-

Outrossim, igualmente é de ser considerada a peculiaridade da União Europeia. Consoante já referido, ainda é muito evidente a existência de grandes diferenças entre os mercados nacionais de telecomunicações de cada um dos Estados-membros. Nesse sentido, considerando que o objetivo maior do processo de integração da União Europeia, como um todo, é o de se constituir um efetivo mercado interno, tal fim acaba pautando, também, o setor de telecomunicações³⁹⁹, servindo de norte a ser seguindo em todas as atividades do bloco. Exatamente por este motivo é que, como visto, a União Europeia criou um modelo próprio de implantação da concorrência, de forma a possibilitar, não só a concorrência em si, mas a consecução desta finalidade maior. E tais objetivos e histórico devem ser considerados quando se pretende analisar a disciplina de um setor tão fundamental para a sociedade como o de telecomunicações⁴⁰⁰.

No que tange a tais objetivos maiores, aliás, a adoção desta alternativa de permanente manutenção da regulação setorial, especialmente na realidade da União Europeia, ainda é justificada com base na importância que o setor, cada vez mais, adquire. Com efeito, consoante exposto ainda na introdução do presente trabalho, as telecomunicações possuem uma relevante característica: além de constituir uma atividade econômica específica, o setor também se apresenta como um meio pelo qual inúmeras outras atividades se desenvolvem.

Nesse sentido, analisando o setor enquanto uma atividade econômica específica, reconhece-se maior espaço para a disciplina exclusiva do direito da concorrência, sempre que for constatada a existência de uma estável concorrência efetiva nos respectivos mercados. É o que ocorre, por exemplo, com a análise dos atos de concentração e com a possibilidade de

se: “Como visto acima, é tarefa mínima da regulação garantir, de forma ativa, condições básicas de concorrência. Essa necessidade pode se fazer sentir de forma premente em duas situações diversas. Em primeiro lugar quando existem condições estruturais que impedem o estabelecimento da concorrência. Em segundo, quando as mesmas condições estruturais não impedem que se crie a concorrência, mas fazem com que esta se torne instável. No primeiro caso trata-se da chamada regulação de posições dominantes; e no segundo, a regulação daquilo que aqui se convencionou chamar de regulação de mercados instáveis”. SALOMÃO FILHO, *Regulação da atividade...*, p. 53.

³⁹⁹ Sobre os objetivos maiores da União Europeia, enquanto determinantes da disciplina do setor, veja-se: “The EU had the luxury that it was driven by the vision of a common market for services that required liberalization and harmonization. Also, it was developed with less political – and, in particular, procedural – interference than the U.S. approach. This difference explains, for example, why the U.S. has such a hard time in developing a unified approach to all parts of telecommunications sector, including Internet access, cable television, and the like”. GERADIN, *European and American...*, p. 535.

⁴⁰⁰ Sobre as diferenças entre os objetivos visados pela União Europeia, enquanto processo de integração, e as consequências a aplicação apenas da legislação antitruste, veja-se: “Competition and private participation have effectively narrowed the market gap between what the sector actually does and what it can do, if set reasonably free. A development gap may still remain, however – a gap between what the market can do and what the

entrada em mercados que não envolvam recursos escassos. Nestas hipóteses, e especialmente uma vez que já exista concorrência efetiva estabilizada no mercado, normalmente se admite que o direito da concorrência pudesse ser suficiente e adequado para lidar com a questão⁴⁰¹. Exatamente tal qual ocorre com os demais setores da economia no bloco. Com efeito, uma vez completado o processo de liberalização acima exposto, com a existência de estável concorrência efetiva nos mercados, não haveria espaço para a regulação específica, pelo menos no que diz respeito ao tratamento das telecomunicações enquanto uma atividade econômica específica.

Entretanto, em relação à segunda característica do setor – de constituir um fundamental meio para realização de transações econômicas e interações pessoais, basilar para toda a sociedade – entende-se⁴⁰² que seria limitada a simples aplicação da defesa da concorrência, devendo ser mantida alguma regulação específica pelas autoridades reguladoras. Consoante destacado, desde o começo do processo de liberalização da concorrência nas telecomunicações da União Europeia esta característica foi tratada com o devido relevo, sendo sempre consignado que a liberalização da concorrência no setor era apenas um dos objetivos da União Europeia, sendo o objetivo maior constituir um mercado interno de telecomunicações. Tal restou ainda mais claro nas demais etapas que se seguiram, inclusive no quadro em vigor, e quando foram abordados os aspectos que ainda carecem de melhoria no setor.

Tudo a evidenciar que o setor é e será cada vez mais vital para toda sociedade e, em especial, para a União Europeia, como visto, ao servir de base ou de instrumento para praticamente todas as atividades desenvolvidas no bloco. Nesse contexto, seria fundamental

government deems necessary for economic development, regional balance, social equity, cultural integration, security enhancement or other reasons”. WELLENIUS, *Telecommunications and economic...*, p. 582.

⁴⁰¹ Sobre a aplicação exclusiva do direito da concorrência no que tange à análise do setor enquanto uma atividade econômica específica, veja-se: “Uma vez que o mercado de determinado setor regulado estiver funcionando em condições satisfatórias deve haver a flexibilização das normas regulatórias para permitir o seu livre funcionamento, passando-se para um enfoque propriamente regulatório; de forma que a agência reguladora possa exercer uma atividade de natureza mais técnica, regulando e fiscalizando prestação dos serviços, preocupando-se muito mais com a fiscalização, qualidade, e eficiência na prestação e atendimento das necessidades do usuário, do que propriamente com a concorrência, deixando esta preocupação para as agências de defesa da concorrência, que por motivos óbvios deve ser o foro para discussões dessa natureza”. GAMA JUNIOR; MARQUES, *Concorrência e Regulação...*, p. 609.

⁴⁰² Sobre a necessidade de regulação setorial em decorrência desta segunda característica das telecomunicações, veja-se, por todos: LAROUCHE, *Competition law and...*

assegurar uma dimensão europeia ao setor, em uma verdadeira “rede virtual”⁴⁰³, à disposição de todos na União Europeia.

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

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

Além disso, também é preciso tutelar questões como: (i) universalidade de alguns serviços (para que todos no bloco tenham acesso a um pacote mínimo de serviços de telecomunicações, a preços razoáveis, de forma a não permanecerem à margem da sociedade); (ii) interconexão (para que todas as operadoras possam conectar seus usuários com os usuários das demais operadoras, permitindo que todos na União Europeia possam se comunicar, independentemente da empresa da qual sejam clientes); (iii) interoperatividade, compatibilidade e padronizações técnicas (para que não haja barreiras nas comunicações em razão da diferença de redes, serviços ou tecnologias utilizadas); (iv) segurança das redes e proteção de dados (para que ninguém seja prejudicado com a indevida divulgação de seus dados ou suportando outros danos enquanto sua comunicação transcorre pelas redes de inúmeras empresas); e (v) proteção geral de consumidores e portadores de necessidades especiais (a fim de que, indistintamente, todos, dentro do bloco, possam fazer uso das telecomunicações, independentemente de suas situações e das condições das respectivas

⁴⁰³ Sobre o conceito de rede virtual no setor, a demandar a manutenção da regulação setorial, veja-se: “Network effects in particular are the focus of attention, and these effects are to be assessed not so much at the level of each individual network or service in a competitive market, but rather at the overall level of the whole sector, ie

operadoras). Tudo isso para que se atinja e se proteja a rede virtual, a sociedade da informação europeia, uma dimensão europeia do setor, enfim, esta segunda característica das telecomunicações, basilar para toda a União Europeia.

Conforme referido, especificamente para tutelar esta segunda característica do setor e as respectivas questões envolvidas, seria⁴⁰⁴ mais adequada a alternativa de aplicação de regulação específica do setor pelas autoridades reguladoras. Especificamente, em relação a esta segunda característica do setor, mesmo havendo liberalização e concorrência efetiva nos mercados, ainda assim seriam necessárias decisões políticas específicas do setor⁴⁰⁵, bem como se faria imprescindível a adoção de ações peculiares às telecomunicações no bloco⁴⁰⁶.

Nesse sentido, competiria à regulação específica do setor fazer com que as telecomunicações efetivamente funcionassem na União Europeia com uma verdadeira rede virtual única, acessível a todos e sem barreiras, de qualquer ordem, que pudessem prejudicar as comunicações e as demais atividades realizadas através desta rede. Assim, por exemplo, deveria permanecer a cargo da regulação específica, aplicada pelas autoridades nacionais, em coordenação com a ORECE: (i) a organização da utilização do espectro eletromagnético, (ii) a disciplina dos casos em que deve ser assegurado às operadoras direitos reais para instalação de infraestrutura, (iii) a atribuição de números para os usuários e a garantia de sua portabilidade em condições razoáveis dentro do bloco, (iv) a identificação dos serviços básicos de telecomunicações a serem assegurados a todos os cidadãos da União Europeia e as

all networks and services put together. The point of reference for the regulator is thus the ‘virtual network’ made up of all competing networks and services seen as a whole”. LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 369.

⁴⁰⁴ Sobre o papel da regulação setorial em relação à manutenção desta rede virtual dentro da União Europeia, veja-se: “In the post-liberalization era, sector-specific regulation will concentrate on the proper functioning of the overall telecommunications sector as the foundation for economic and social activity. With respect to transactional access, the role of the regulator is likely to consist in monitoring the ‘virtual network’ to ensure that no losses in overall welfare would ensue because transactions could not be carried over the virtual network according to the requirements of the parties, for lack of interconnection, interoperability, standardization or compatibility”. LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 397.

⁴⁰⁵ Sobre a necessidade de decisões políticas no setor, em relação ao funcionamento da rede virtual dentro do bloco, veja-se: “The establishment of free competition in telecommunication should not be an excuse for eliminating all public sector involvement. On the contrary, the public sector will have to raise again its role. A public sector role will continue in most of the European Union states, not only for the transitional period to an Information Society but later as well, in order to guarantee the fulfilment of public and private rights and duties. With free competition in telecommunications, the market itself is not enough to guarantee the range of services needed throughout Europe to develop the Information Society. It will be necessary for European regions to have a policy that guarantees a coherent development of basic networks, infrastructures and services. The respective role of the states and regions must be balanced and complementary, and they must be coordinated with private initiatives. These initiatives are expected to be the real promoter and manager of Information Society development”. ALABAU, Antonio. *Telecommunications and the information society in european regions. Telecommunications Policy*. v. 21. n. 8. Reino Unido: Elsevier, 1997. p. 771.

compensações devidas por esta prestação obrigatória, (v) a disciplina das condições e dos termos em que deve ser assegurado que uma operadora utilize a infraestrutura das demais, (vi) a garantia de que as redes existentes serão compatíveis entre si, mesmo que utilizem tecnologias diferentes, para que os respectivos usuários possam se comunicar em todo o espaço comum, (vii) a definição dos patamares mínimos de segurança das redes e dos serviços prestados, (viii) a garantia de fiscalização, por parte das autoridades nacionais reguladoras, de todas as questões submetidas à regulação específica e (ix) a garantia de efetividade da atuação destas autoridades nos casos em que houver violação dos deveres impostos. Tudo para que, dentro da União Europeia, não existam quaisquer barreiras que impeçam ou dificultem que as empresas ou cidadãos comuniquem-se ou realizem operações econômicas e sociais com a utilização das telecomunicações.

Nesse tocante, como visto, tem-se⁴⁰⁷ que, ainda que o direito da concorrência pudesse eventualmente ser adaptado e utilizado para solucionar tais questões, tal implicaria a tomada de decisões eminentemente políticas por parte das autoridades da concorrência, especialmente considerando as peculiaridades do bloco antes descritas. Ou seja, as autoridades da concorrência passariam a ter de regular e intervir diretamente em mercados, protegendo concorrentes específicos e não a concorrência como um todo. A longo prazo, tal poderia afetar todo o sistema de defesa da concorrência, retirando por completo sua credibilidade, razão pela qual, nesta perspectiva, a melhor solução seria a sua implantação através das autoridades reguladoras setoriais, não desvirtuando ou contaminando o sistema de defesa da concorrência e a respectiva legislação⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Sobre a necessidade de decisões e de ações específicas ao setor, veja-se: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 319.

⁴⁰⁷ Sobre os riscos de a defesa da concorrência ser utilizada para atingir fins regulatórios, veja-se: “Competition law seeks to promote economic efficiency by protecting a competitive market structure. Regulation is different in that it seeks to smooth out market imperfections over time, including, where appropriate by creating (new) precise duties that could not be imposed under competition law. Competition law cannot and should not be used to achieve regulatory objectives, such as assisting the entry of additional operators on the market through favourable pricing mechanisms, even if the competition authorities of NRAs believe that, in so doing, competition would be enhanced in the long-run. The risk of regulation through competition law is particularly acute when sector-specific regulators have concurrent powers to apply competition rules to the sector that they are charged with regulating. But competition authorities acting in newly-liberalised markets also ignore from time to time that their duty is to protect competition and not competitors”. GERADIN, *The concurrent application...*, p. 422.

⁴⁰⁸ Sobre as diferenças dos papéis que devem ser atribuídos à regulação e à defesa da concorrência, veja-se: “En este contexto es importante comprender las distinciones entre un organismo regulador y una agencia de competencia. Si confundimos sus roles caeremos en el futuro en la fácil tentación de asimilar lo que hacen ambos. El resultado puede ser agencias de competencia regulando y no promoviendo competencia”. GONZALEZ, *Derecho y economia:...*, 921. No mesmo sentido: “Although we agree that antitrust rules be used

Porém, como já destacado, esta alternativa de manutenção da regulação setorial não implica a simples estabilização do quadro disciplinar atual, o qual necessitaria seguir em evolução, até porque está alternativa igualmente representa custos consideráveis. Como é sabido, toda e qualquer regulação e atuação de autoridade reguladora traz consigo significativos custos para seu funcionamento. Tais custos abrangem o que é gasto para manter em efetivo funcionamento as autoridades reguladoras e para se assegurar o cumprimento das normas setoriais específicas⁴⁰⁹. No caso da regulação das telecomunicações na União Europeia, este custo, por si só, já é extremamente elevado, uma vez que, além das autoridades reguladoras nacionais, ainda há a atuação do recentemente criado ORECE. Em um setor extremamente dinâmico como o de telecomunicações, a atuação de um órgão apenas já exige um esforço e uma dedicação tremenda, a fim de que seja possível reunir o máximo de informações possíveis para pautar as decisões a serem tomadas. No caso da União Europeia, então, em que se faz necessária a atuação conjunta e coordenada de vinte e oito autoridades⁴¹⁰ específicas do setor, tais custos são ainda maiores.

Não obstante, tais não são os únicos custos da formulação e aplicação da regulação⁴¹¹. Há, ainda, diversos outros, como os riscos de uma intervenção equivocada causar prejuízos ao mercado e à sociedade⁴¹², de a autoridade reguladora ser ‘capturada’ por alguma empresa

to maintain a competitive market structure, we question the use of antitrust remedies to reshape the telecommunications sector or achieve specific regulatory objectives. Very often, operators are under no position to negotiate, and the clearance process turns into a game of regulatory extortion”. GERADIN, *European and American...*, p. 549.

⁴⁰⁹ Sobre os custos da regulação setorial, veja-se: “It is true that the definition of such remedies typically require detailed information about the costs of providing certain services, etc., which NRAs are better able to collect and process than NCAs. This disadvantage is, however, compensated by the fact that NCAs will intervene on an ex post basis and thus have more information on the practical impact of the incumbent’s pricing strategy. A more serious disadvantage for the NCAs is that they are not typically equipped to engage in the monitoring tasks that are required to properly enforce price-related remedies once they have been adopted. This should not, however, lead to the conclusion that ex ante intervention is always warranted. Indeed, as suggested below, competition authorities intervening ex post can share the work with NRAs, for instance by allowing them to define remedies and to enforce them”. GERADIN, *The concurrent application...*, p. 414.

⁴¹⁰ Considerando-se todas as autoridades nacionais e mais a autoridade de nível comunitário. Sem considerar, ainda, a necessidade de atuação conjunta com as autoridades da concorrência, cujo adequado funcionamento igualmente implica significativos custos operacionais.

⁴¹¹ Sobre a possibilidade de diminuição dos custos envolvidos, dependendo da regulação adotada, veja-se: “Entrusting specialized authorities with the task of regulating the telecommunications sector and limiting judicial processes to appeals on legal grounds only, limiting the number of sector-specific rules and keeping them as simple as possible, discouraging delaying tactics, streamlining procedures and adopting time-limits, can all help to reduce the length and costs of regulatory processes. [...] Finally, ensuring that the regulatory framework is as clear and simple as possible and adopting the measures listed under Section D, above, to maximize the competence of regulatory authorities will help to reduce the risks and costs of regulatory mistakes”. GERADIN, *Controlling market power...*, p. 379.

⁴¹² Sobre os custos relativos à decisão prévia da disciplina do setor, inerente à regulação setorial, veja-se: “One of the problems of ex ante regulation is that it needs to rely on a set of assumptions that may not necessarily hold true in the long run. Regulation takes time and can often lag behind market developments. The welfare costs of

dominante⁴¹³ e de se prejudicar uma tecnologia que traria benefícios à sociedade por se dar incentivos a outra tecnologia.

Por outro lado, tal atuação também pode ocasionar ganhos, com a maior previsibilidade de uma regulação *ex ante*⁴¹⁴, com mais investimentos em áreas comprovadamente mais carentes, com a diminuição do risco de uma eliminação completa da concorrência pelo acompanhamento de perto dos mercados e com o direcionamento de incentivos para a consecução de finalidades próprias, que não decorreriam da simples aplicação da legislação da concorrência.

Assim, mesmo se considerar mais adequada esta alternativa de manutenção e de aprimoramento da regulação setorial, sempre haverá de se realizar um cotejo⁴¹⁵ entre os custos, os ganhos, o histórico do setor, os objetivos visados e as externalidades envolvidas, no

regulatory lag in the telecommunications sector may be enormous, given the extreme sensitivity of this sector to regulation. From that standpoint, the advantage of *ex post* intervention is that it intervenes after the facts. Thus, the risks of mistaken intervention are probably lower than under *ex ante* regulation. An obvious counterargument to this is that, in some circumstances, *ex post* intervention will come too late. Thus, a balance must be struck between the risk of mistakes that is inherent to *ex ante* intervention and the risk of complete elimination of competition". GERADIN, *The concurrent application...* p. 414.

⁴¹³ Sobre os riscos e os custos da captura da autoridade reguladora pelas empresas detentoras de maior poder de mercado, veja-se: "The regulatory solution is costly for society since regulators need substantial information to have the specialist expertise to monitor the market. This implies that the regulator must be in almost continuous contact with the regulated firm, since the latter has best knowledge of the market. However, given that regulated firms have a very high incentive to seek to influence the regulator, and government are not always in a position to fully monitor the regulator, some economists argue that 'regulatory capture' (regulators being controlled by the regulated firm) is a clear threat". BUIGUES, *The new regulatory...*, p. 26.

⁴¹⁴ Sobre o ganho com a previsibilidade da regulação setorial específica, veja-se: "Arguably, the main advantage of *ex ante* intervention is that it provides a greater degree of certainty to the incumbent's competitors, since they will know in advance the price at which they can buy wholesale products to the incumbent. Thus, in order to prevent margin squeezes, the regulator can impose a wholesale price mechanism based on the retail minus methodology. [...] If certainty is a major concern, then *ex ante* regulation can generally bring some added-value compared with *ex post* intervention on the basis of competition rules, unless it can be shown that the deterrent effect of competition rules is such that the incumbent would never engage in margin squeeze (which seems highly unlikely given the number of decisions and cases to date)". GERADIN, *The concurrent application...*, p. 413.

⁴¹⁵ Sobre a necessidade de realização de cotejo entre custos, ganhos e demais aspectos envolvidos, veja-se: "The advantages of *ex ante* regulation must be balanced against its costs. Regulatory intervention will typically impose implementation costs on the NRA and compliance costs on the incumbent. Devising a proper margin squeeze test will involve substantial costs for the regulator in terms of collecting the relevant information, developing a pricing methodology, consulting with stakeholders, and ensuring compliance with its chosen policy. *Ex ante* price regulation will also involve costs for the incumbent, since it will not only have to provide periodic information to the regulator, but also will be imposed reduced flexibility in its pricing decisions. A tension thus exists between the certainty needed by new entrants and the flexibility required by the incumbent to conduct its business in an optimal fashion. [...] In sum, before engaging into *ex ante* intervention, the burden ought to rest with the NRA to demonstrate the benefit of imposing *ex ante* margin squeeze test compared with the application of *ex post* competition rules, the absence of less restrictive regulatory alternatives, as well as to compare its benefits to its costs, before engaging in this form of intervention". GERADIN, *The concurrent application...*, p. 415.

intuito de se avaliar a extensão necessária da regulação setorial e as perspectiva para o seu futuro.

Destarte, devidamente realizada uma breve análise crítica do processo e da situação atual do setor, tendo sido apresentado um arcabouço teórico sobre as alternativas possíveis para a disciplina das telecomunicações, especificamente no contexto da União Europeia, pode-se, em seguimento, apresentar, concretamente, a disciplina que se imagina para o futuro do setor no bloco.

B.2 - Disciplina para o futuro

Consoante exposto, de forma ampla, existem, basicamente, duas alternativas para o futuro da disciplina do setor na União Europeia: as telecomunicações podem passar a ser disciplinadas exclusivamente pelo direito da concorrência, ou podem seguir sendo pautadas, em conjunto, tanto pelo direito da concorrência, quanto pela regulação setorial. Como também foi demonstrado, ambas as alternativas possuem virtudes e limitações, em decorrência das características do setor e das peculiaridades da União Europeia.

Não obstante, a partir da análise crítica já realizada, é possível identificar alguns pontos de convergência entre as duas alternativas analisadas. Com efeito, há núcleos básicos de consenso, decorrentes do histórico do setor no bloco, dos resultados apresentados e dos subsídios teóricos existentes.

Nesse sentido, existe um núcleo em relação ao qual realmente não há como o direito da concorrência, por si só, atribuir a disciplina suficiente e adequada. Em especial, as questões de utilização de recursos escassos e de estipulação e de fiscalização de requisitos eminentemente técnicos para prestação de serviços e funcionamento de infraestruturas, pela sua especificidade, não poderão ser simplesmente disciplinadas pelo direito da concorrência e pelas respectivas autoridades, uma vez que não se enquadram nas competências destas. Estas questões, de natureza técnica e realmente específicas do setor, necessariamente, terão de ser

disciplinadas por alguma regulação específica e pelas autoridades reguladoras, mesmo em mercados em que exista ou venha a existir concorrência efetiva⁴¹⁶.

Da mesma forma, existe um segundo núcleo, em relação ao qual se entende que, uma vez atingida uma estável concorrência efetiva no respectivo mercado, dever-se-á retirar a regulação econômica setorial, a fim de permitir que este seja disciplinado apenas pelo direito da concorrência. Tal núcleo corresponde ao tratamento das telecomunicações enquanto uma atividade econômica específica. Com efeito, tal qual ocorre com os demais setores importantes da sociedade, no momento em que é constatada a existência de uma estável concorrência efetiva, não há mais motivos para se recorrer à aplicação de regulação setorial assimétrica, no que tange ao tratamento das telecomunicações enquanto uma atividade específica. Como já destacado, enquadra-se nesta condição a análise dos atos de concentração e da possibilidade de entrada em mercados que não envolvam recursos escassos, atividades em que, uma vez constatada a existência de concorrência efetiva, não há motivos para haver atuação de autoridades reguladoras ou a imposição de obrigações assimétricas. Vale lembrar que a União Europeia, a cada nova etapa do processo, já vem revisando a lista de mercados que podem ser submetidos a obrigações de natureza *ex ante*, tendo, como visto, diminuído a lista inicial, de dezoito mercados, para sete.

Entretanto, se existem estes dois núcleos nos quais já é possível definir, desde logo, alguns dos papéis e dos limites da aplicação das normas de defesa da concorrência e da regulação setorial nas telecomunicações do bloco, há outras questões mais nebulosas, em que não há consenso quanto à possibilidade de utilização exclusiva do direito da concorrência. Enquadram-se neste contexto os aspectos relativos à segunda característica das telecomunicações, anteriormente referida (que tem como objetivo atingir e proteger uma efetiva e funcional rede virtual, constituindo uma sociedade da informação europeia e verdadeiros mercados internos de telecomunicações). Envolvem, portanto, questões como utilização do espectro eletromagnético, atribuição de numeração, universalidade de determinados serviços, acesso e interconexão às redes, interoperatividade, segurança e proteção de dados e fiscalização do cumprimento das obrigações.

⁴¹⁶ Sobre a necessidade de regulação setorial no que tange aos aspectos técnicos e operacionais das telecomunicações, veja-se: LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 340.

Na verdade, reconhece-se que, ao menos em tese, o direito da concorrência poderia evoluir e incorporar uma série de fatores específicos do setor, como, por exemplo, com a adoção de teorias como a do *essential facility* e com a criação de precedentes sobre questões como recusa em permitir acesso às redes, discriminação em relação a empresas concorrentes, subsídios cruzados e vendas casadas. Desta forma, ainda em tese, o direito da concorrência poderia ser capaz de solucionar algumas das questões aludidas.

Não obstante, como também destacado, a solução de tais questões específicas, mesmo se fosse realizada dentro da perspectiva do direito da concorrência, necessariamente passaria por alguma decisão política específica do setor, que afetaria o mercado. Consoante exposto, exemplificativamente, a definição da forma e do valor cobrado para o acesso e a interconexão com as redes existentes⁴¹⁷ ou da modalidade de cobrança para a terminação de chamadas, implica significativas consequências para os mercados, não podendo ser adotada de forma absolutamente neutra e isenta, uma vez que, direta ou indiretamente, acabará acarretando incentivos em determinada direção nos mercados.

Assim, apesar de o direito da concorrência, em tese, poder ser utilizado para solucionar tais questões, isto implicaria a tomada de decisões eminentemente regulatórias por parte das autoridades da concorrência. Tais decisões deturpariam a própria razão de ser da defesa da concorrência, uma vez se estaria (ou, pelo menos, abrir-se-ia margem para inúmeros questionamentos de que se estaria) utilizando as normas e os mecanismos de defesa da concorrência e, por consequência, beneficiando determinados atores, com finalidades eminentemente regulatórias, peculiares ao setor de telecomunicações.

Realmente, é inegável que, em casos envolvendo esta segunda característica das telecomunicações, a decisão a ser tomada será, em grande medida, política sobre os rumos

⁴¹⁷ Como destacado, a questão dos preços cobrados pela interconexão e pelo acesso às redes ainda é das mais problemáticas nas telecomunicações do bloco. Tanto que uma das medidas mais enérgicas adotadas na etapa em vigor – a separação funcional – teve também como objetivo declarado tentar contornar os problemas inerentes a tais questões. Sobre a separação funcional e os objetivos pretendidos com a sua inclusão na mais recente etapa da reforma, veja-se: “The vertically integrated structure of fixed operators is seen by some as the reason for the slow progress of competition in the fixed sector. This has led a search for a structural solution including the radical and controversial policy of functional separation. Functional separation would create separate entities for the SMP operators’ wholesale and retail (and other) activities which will remain under common ownership, but would be run by independent management, with separate profit and loss accounts, and deal at arms’ length with one another and its rivals. This, it is argued, reduces the likelihood that the market power that comes from the SMP operator’s control of the local loop from being leveraged downstream to prevent and reduce competition. [...] The costs and benefits of various types of separation have yet to be fully spelt out, and will certainly be the subject of continuing debate for the next decade”. VELJANOVSKI, *Competition law: the...*, p. 28.

que se deseja atribuir ao setor. Nestes casos, dependendo da política da União Europeia, a questão será decidida de formas diametralmente opostas. Sujeitar tais questões exclusivamente às normas, às autoridades e à prática da defesa da concorrência, ainda que possível, em tese, a longo prazo, poderia ser mais prejudicial⁴¹⁸, uma vez que abalaria o funcionamento da defesa da concorrência nos demais setores da sociedade, diante dos posicionamentos necessariamente políticos e assimétricos que acabariam tendo de ser adotados de forma peculiar para as telecomunicações. Assim, parece mais indicado para o futuro da disciplina no setor deixar o sistema de defesa da concorrência, assim como todo o direito concorrência no bloco, dentro de suas fronteiras tradicionais, em que possuem pacífica legitimidade, monitorando e policiando fenômenos concretos do mercado, com base em dados objetivos. Não se trata, portanto, de substituição da regulação pelo direito da concorrência, mas de definição de como a regulação deve evoluir, com foco nos aspectos relevantes e problemáticos a serem enfrentados.

Veja-se que tais questões em que seria, no mínimo, problemática a disciplina exclusiva pelo direito da concorrência e recomendada a manutenção da regulação setorial, não por coincidência, correspondem aos já aludidos aspectos relacionados à referida segunda característica das telecomunicações. Em especial, na União Europeia, tais aspectos ainda ganham maior destaque, a ressaltar a necessidade de manutenção da regulação setorial neste tocante. Isso porque, consoante destacado desde a introdução e ao longo de todo o presente trabalho, a constituição de um efetivo mercado interno das telecomunicações e de uma sociedade europeia da informação sempre foi um dos grandes – senão o principal, nos mais recentes anos – objetivos da reforma e do próprio setor no bloco.

Com efeito, praticamente em todas as fases da reforma, expostas ao longo da primeira parte deste trabalho, este grande objetivo no setor foi sempre apontado como determinante para a evolução da disciplina das telecomunicações. Como visto, tal restou observado, não só no Livro Verde que deu início às reformas, como nos posteriores Planos *eEurope 2005, i2010* e *Europa 2020*. Da mesma forma, na mais recente etapa da reforma, este aspecto novamente

⁴¹⁸ Sobre os riscos e prejuízos da utilização do direito da concorrência em substituição à regulação nas telecomunicações da União Europeia, veja-se: “In this respect, the continuing use of EC competition law to support broader regulatory objectives and to supervise national sector-specific regulation could prove harmful. Nothing could be more damaging to EC competition law in the long-run than an ever louder stream of complaints that it is used to intervene in the inner workings of firms and to favour certain policy options at the expense of others. It might thus be more appropriate to leave competition law within its traditional boundaries where its legitimacy is firmly grounded, namely the monitoring and policing of concrete phenomena arising on markets which can be discerned on the basis of observable data”. LAROUCHE, *Competition law and...*, p. 319.

foi apontado como o mais carente de aprimoramento e justificou os já apontados itens recentemente alterados⁴¹⁹. Igualmente, neste momento, restou reiterada a importância do acesso à internet, sendo referido⁴²⁰ que tal questão é essencial para o exercício dos direitos fundamentais à educação, à liberdade de expressão e ao acesso à informação, razão pela qual não pode sofrer qualquer restrição indevida. Mesmo após a introdução do quadro hoje em vigor, como visto, o não atingimento do mercado interno e desta rede virtual em funcionamento transfronteiriço dentro de todo o bloco continua sendo o principal problema a ser solucionado no setor.

Tal entendimento está em consonância com o recente posicionamento de diversos países, que, como destacado na introdução deste trabalho, caminham para reconhecer – ou já reconheceram, expressamente, como no referido caso da Finlândia – o acesso à internet como direito de todos os cidadãos. Com efeito, a necessidade desta rede virtual estar à disposição de todos, cada vez mais, adquire relevância no mundo e, com ainda maior destaque, na União Europeia, pelas suas já destacadas peculiaridades e seus conhecidos e divulgados objetivos próprios para o setor⁴²¹.

⁴¹⁹ Sobre o reconhecimento da importância do objetivo de constituição de um mercado interno das telecomunicações na União Europeia, inclusive na mais recente reforma do setor, veja-se a Diretiva número 140, de 2009: “ Nesse contexto, a Comissão apresentou as suas primeiras constatações na Comunicação de 29 de Junho de 2006, relativa à revisão do quadro regulamentar comunitário das redes e serviços de comunicações electrónicas. Com base nessas primeiras constatações, foi efectuada uma consulta pública, que apontou como aspecto mais importante a resolver a continuação da inexistência de um mercado interno das comunicações electrónicas. Considerou-se, em particular, que a diversidade regulatória e as incoerências entre as actividades das autoridades reguladoras nacionais punham em causa não só a competitividade do sector mas também os benefícios substanciais que poderão advir para os consumidores da concorrência transfronteiras”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, cons. 2.

⁴²⁰ Sobre esta função essencial do acesso à internet, assim constou da aludida Diretiva número 140, de 2009: “Considerando que a Internet é essencial para a educação e para o exercício prático da liberdade de expressão e para o acesso à informação, qualquer restrição imposta ao exercício destes direitos fundamentais deverá estar em conformidade com a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. A Comissão deverá iniciar uma ampla consulta pública a respeito destas questões”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, cons. 4.

⁴²¹ Sobre a relevância ainda maior da constituição desta rede em funcionamento para a União Europeia, com o acesso à internet com banda larga, veja-se: “A economia do futuro será uma economia do conhecimento baseada em redes, que terá no seu centro a internet. A Europa precisa de um acesso à internet rápido e ultrarrápido, a preços competitivos e ao dispor da generalidade da população. A estratégia Europa 2020 sublinhou a importância da implantação da banda larga para a promoção da inclusão social e da competitividade na UE. A estratégia reafirma o objectivo de fazer chegar a banda larga básica a todos os europeus até 2013 e visa garantir que, até 2020, (i) todos os europeus tenham acesso a débitos de internet muito mais elevados, superiores a 30 Mbps, e que (ii) 50% ou mais dos agregados familiares europeus sejam assinantes de ligações à internet com débitos superiores a 100 Mbps”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: uma agenda digital...*, p. 8. Em sentido semelhante: “As TIC são essenciais para o bom funcionamento do ‘mercado interno electrónico’, criando

Aliás, evidenciando a carência da União Europeia neste tocante ainda no presente momento, lembre-se que, ao tratar do acesso à internet dentro do pacote mínimo de universalidade na mais recente etapa da reforma, o bloco deixou de fixar uma largura mínima de banda a ser assegurada a todos, em razão das diferenças entre os mercados nacionais e entre as redes existentes⁴²². Como destacado, apenas restou estabelecido que compete às autoridades nacionais, cada uma dentro do respectivo Estado-membro e de acordo com a sua realidade, definir os patamares mínimos dos serviços básicos a serem prestados de forma universal, inclusive no que tange à largura mínima de banda⁴²³.

Destarte, especialmente em relação a este funcionamento de toda a denominada rede virtual das telecomunicações dentro do bloco, a regulação setorial mostra-se necessária, até porque mais indicada para lidar com os aspectos de natureza regulatória e com os objetivos políticos, do que se tentasse deixar tais questões exclusivamente para a tutela do direito da concorrência.

serviços interoperáveis tais como a facturação electrónica, contratos públicos electrónicos e alfândegas electrónicas. Com o rápido desenvolvimento destas tecnologias, é possível que os Estados-Membros optem por soluções diferentes ou incompatíveis, criando novos ‘obstáculos electrónicos’ para os utilizadores finais. Os Estados-Membros e a Comissão, trabalhando lado a lado, devem redobrar esforços para evitar a fragmentação do mercado e promover soluções TIC escolhidas de comum acordo. São necessários mais esforços para promover a livre circulação do conhecimento e da inovação no mercado único – a ‘quinta liberdade’, por assim dizer. O mercado único pode constituir uma plataforma para a dinamização da inovação na Europa: incentiva a propagação das novas tecnologias em toda a União Europeia; presta-se à constituição de redes – virtuais e reais – e estimula o desenvolvimento de um sector de logística sofisticado, que permite a gestão integrada dos fluxos de mercadorias, energia, informação, serviços e pessoas; e facilita o intercâmbio de conhecimentos através da mobilidade dos trabalhadores, investigadores e estudantes”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: um mercado único para a Europa do século XXI*. COM(1007) 724. 20 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012. p. 9.

⁴²² Sobre a não fixação de largura mínima de banda dentro do pacote de universalidade exigido em toda a União Europeia, assim constou da Diretiva número 136, de 2009: “Data connections to the public communications network at a fixed location should be capable of supporting data communications at rates sufficient for access to online services such as those provided via the public internet. The speed of internet access experienced by a given user may depend on a number of factors, including the provider(s) of internet connectivity as well as the given application for which a connection is being used. The data rate that can be supported by a connection to the public communications network depends on the capabilities of the subscriber’s terminal equipment as well as the connection. For this reason, it is not appropriate to mandate a specific data or bit rate at Community level. Flexibility is required to allow Member States to take measures, where necessary, to ensure that a data connection is capable of supporting satisfactory data rates which are sufficient to permit functional internet access, as defined by the Member States, taking due account of specific circumstances in national markets, for instance the prevailing bandwidth used by the majority of subscribers in that Member State, and technological feasibility, provided that these measures seek to minimise market distortion”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, cons. 5.

⁴²³ Para maiores detalhes sobre os poderes das autoridades reguladoras nacionais no que tange ao estabelecimento de patamares mínimos de largura banda no acesso à internet, veja-se: “UNIÃO EUROPEIA. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, art. 3.

Não surpreende, também, que os aspectos inerentes a esta segunda característica do setor tenham sido, justamente, os que receberam maior tratamento da regulação setorial na última etapa da reforma e que, mesmo assim, ainda permaneçam problemáticos do ponto de vista concorrencial, como visto. Com efeito, justamente as questões de acesso e interconexão às redes, de terminação de chamadas, de utilização do espectro, de desenvolvimento de redes da próxima geração, de *roaming* internacional e de desenvolvimento de redes alternativas interligadas às redes históricas, claramente relacionadas a esta segunda característica do setor, tiveram, inclusive, intensificada a regulação setorial, o que, todavia, ainda não foi capaz de gerar os resultados esperados⁴²⁴.

Portanto, apesar de em muitos documentos oficiais a União Europeia referir que um dos objetivos finais do processo seria a desregulamentação completa do setor, com o levantamento de toda a regulação setorial e a disciplina das telecomunicações exclusivamente pelo direito da concorrência⁴²⁵, seja no curto, seja no longo prazo, a perspectiva que se vislumbra para o setor é a de manutenção da regulação setorial⁴²⁶.

Nesse sentido, seguindo a mesma lógica ao longo de todo o processo, devidamente descrito neste trabalho, a perspectiva para o futuro da disciplina das telecomunicações na União Europeia é a de, em relação à segunda característica do setor, do funcionamento de uma rede virtual acessível a todos no bloco, ser mantida a aplicação, em conjunto, do direito da concorrência e da regulação setorial específica. Isto não significa, porém, que a regulação será mantida nos mesmos termos em que é observada atualmente. Pelo contrário, igualmente respeitando o histórico e as peculiaridades do setor, a regulação haverá de ser constantemente

⁴²⁴ Apesar de tal etapa ter entrado em vigor em 2009, em verdade, como visto, os Estados-membros tinham até meados de 2011 para internalizar as respectivas disposições, sendo que, muitos deles, ainda incorreram em significativos atrasos no cumprimento dos respectivos prazos. Assim, a rigor, ainda não é possível avaliar se as novas disposições regulatórias terão o condão de conduzir ao esperado mercado interno e de sanar os problemas já destacados.

⁴²⁵ Sobre o objetivo, em tese, de levantamento completa da regulação setorial, veja-se a já referida Diretiva número 140, de 2009: UNIÃO EUROPEIA, *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, cons. 5.

⁴²⁶ Em sentido semelhante, entendendo pela necessidade de manutenção da regulação setorial e pelo equívoco do entendimento acerca da possibilidade de disciplina exclusiva pelo direito da concorrência, veja-se: “This structural effect suggests that the idea (espoused clearly in the electronic communications field) that sector-specific regulation can give way to competition is misconceived, as markets are likely to remain highly concentrated for the foreseeable future. Moreover, one of the weaknesses of EC liberalization has been emphasis on market access for competitors at the expense of creating incentives to more incentives to introduce more investment in infrastructure which could increase market opening further. This gap also militates in favour of retaining, and strengthening, sector-specific regulation”. MONTI, *EC Competition Law*, p. 496.

aprimorada e adaptada, de acordo com a realidade, os resultados concretos e os desafios existentes.

Tendo se estabelecido a perspectiva de manutenção, mesmo a longo prazo, da regulação setorial específica nas telecomunicações da União Europeia e, igualmente, reconhecendo-se a tendência de diminuição desta, com foco nos aspectos mais relevantes, cumpre, então, apontar estes aspectos em relação aos quais tal regulação haverá de se concentrar, a fim de cumprir as finalidades anteriormente abordadas⁴²⁷.

Em primeiro lugar, haverá de se encontrar alguma solução efetiva no que concerne à constituição de mercados de telecomunicações transfronteiriços. Com efeito, até o momento, como já destacado, trata-se de uma verdadeira colcha de retalhos de mercados nacionais, especialmente no que tange às redes fixas. A concentração da parcela de mercado pelas antigas monopolistas continua elevada e a nova tendência de prestação de serviços agregados já contribuiu para um aumento desta concentração.

Na mais recente etapa da reforma, foram incluídas disposições com o objetivo claro de contribuir com esta consolidação de um mercado interno efetivo no setor. São exemplos a criação da ORECE e a inclusão da separação como um dos remédios possíveis de aplicação pelas autoridades nacionais quando não solucionada, por outros meios menos invasivos, a questão do poder de mercado das detentoras das redes.

Contudo, ainda que tais medidas tenham sido introduzidas há pouco tempo, já é possível vislumbrar que, especialmente em relação às redes fixas, dificilmente elas terão o condão de efetivamente conduzir ao desejado mercado interno do setor. Consoante se observa dos documentos já publicados pela ORECE⁴²⁸, não há uma atuação conclusiva em relação às redes fixas. Em relação à separação funcional, além de ser um remédio excepcional, somente

⁴²⁷ Sobre a decisão, não de substituição da regulação pelo direito da concorrência, mas de definição da forma de evolução da regulação, veja-se: “As a consequence, the issue is not one of specific sector regulation versus competition rules, but rather which evolution of the existing regulatory framework should be envisaged to ensure maximum of flexibility and responsiveness while ensuring the fulfilment of legitimate public policy objectives. This evolution will be accompanied, but not replaced, by the continuing development of competition law”. URRUTIA, *The EU telecommunications...*, p. 137.

⁴²⁸ Para a integralidade dos documentos já publicados pela ORECE, veja-se o respectivo setor do *website* institucional do órgão: Disponível em: < http://erg.eu.int/documents/berec_docs/index_en.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

aplicável depois de verificadas uma série de condições preliminares⁴²⁹, diversos Estados-membros já consignaram que não o vão adotar, por considerá-lo demasiadamente intervencionista⁴³⁰.

Destarte, mesmo com as recentes inovações em matéria de regulação, visando à consecução deste mercado interno no setor, não há uma perspectiva concreta de seu atingimento, especialmente no que tange às redes e aos serviços de natureza fixa. Não por outro motivo é que esta dificuldade de se atingir um efetivo mercado interno das telecomunicações já foi denominado de o “calcanhar de Aquiles”⁴³¹ do modelo de reforma do setor na União Europeia.

Não obstante, tendo em vista que este constitui um dos fundamentais objetivos de toda a reforma e é tido como essencial para toda a União Europeia, tem-se que o mesmo continuará a ser constantemente buscado, para o que será indispensável a manutenção e a evolução da regulação setorial, mesmo da recentemente editada. Outrossim, considerando a dificuldade e os empecilhos para a constituição deste mercado no que tange às redes fixas, uma alternativa mais viável é a constituição deste mercado interno relativamente às redes e aos serviços sem fio.

Com efeito, em relação às tecnologias móveis, a concentração dos mercados já está um pouco mais sob controle. Já há empresas concorrendo para além das fronteiras nacionais. A regulação em relação ao *roaming*, mesmo que ainda não tenha baixado os preços a contento dos órgãos da União Europeia, como visto, já se mostrou relativamente efetiva. Trata-se, ainda, dos mercados que mais vêm crescendo nos recentes anos, já tendo superado, em matéria de telefonia, as tecnologias fixas em taxa de penetração, renda e número de assinantes.

⁴²⁹ Sobre as condições necessárias para a utilização do remédio excepcional da separação funcional pelas autoridades nacionais, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, art. 10.

⁴³⁰ Sobre a negativa de alguns Estados-membros na utilização do remédio excepcional da separação funcional, veja-se: “Also the proposed reform package of the NRF by the EU adds functional separation as an ex ante remedy. Regulators in other countries (France, Spain and the Netherlands) have rejected the proposal as too interventionist. The costs and benefits of various types of separation have yet to be fully spelt out, and will certainly be the subject of continuing debate for the next decade”. VELJANOVSKI, *Competition law: the...*, p. 28.

⁴³¹ Sobre a denominação da dificuldade de atingimento de um mercado interno do setor como o “calcanhar de Aquiles” do modelo de reforma das telecomunicações na União Europeia, veja-se: RENDA, *NGAs and the...*

Portanto, os esforços de constituição de um mercado interno do setor talvez tenham de ser mais direcionados para as redes móveis, com os ajustes que ainda se fazem necessários. Nesse contexto, um problema que ainda precisa ser devidamente enfrentado diz respeito à terminação de chamadas. A recente Recomendação da Comissão⁴³² em matéria de terminação de chamadas ainda não obteve êxito na solução dos problemas envolvidos. Desta forma, será preciso, ou avançar na regulação específica das tarifas de terminação⁴³³, de forma ainda mais incisiva, ou alterar o sistema de cobrança hoje em vigor⁴³⁴. Assim, poderia se passar do atual sistema no qual a rede que realiza a ligação faz o pagamento⁴³⁵, para um sistema no qual a rede que recebe a ligação faz o pagamento ou, ainda, para um sistema de *bill and keep*, no qual não há cobrança recíproca pelas operadoras para a terminação de chamadas⁴³⁶.

Em segundo lugar, será preciso solucionar os problemas relacionados à falta de desenvolvimento de infraestruturas alternativas no setor. Como visto, grande parcela da

⁴³² A já referida Recomendação número 396, de 2009: UNIÃO EUROPEIA. *Recomendação da Comissão sobre o tratamento regulamentar das tarifas da terminação de chamadas em redes fixas e móveis na UE*. Recomendação 2009/396/UE. 07 maio 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

⁴³³ Sobre as alternativas existentes para lidar com os problemas da terminação de chamadas, veja-se: “In fact, the fear may be justified that, while the EU framework may be able to move end-users markets toward deregulation, the wholesale market regulation may be sticky and may even perpetuate itself for call termination, although intermodal competition between fixed and mobile networks will eventually gain full stream. If one applies ex ante price regulation to workably competitive mobile sectors now there would be no reason to abandon it ever. There is no foreseeable increase in replicability that could lead to a gradual softening of this regulation in line with the ladder approach by Cave et al. 2001. Then only two deregulatory options would exist. The first and most straightforward would be to move to a general receiver-pays principle. That would resolve the termination pricing issue and would put the emphasis squarely on the qualitative conditions and location issues of interconnection. The second would be to live with imperfect termination markets”. MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin. Technology evolution and the internet: introduction. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 25.

⁴³⁴ Sobre os problemas relacionados à modalidade de cobrança no que tange à terminação de chamadas e às consequências da opção adotada, veja-se: “Competition alone will not remove network operators’ bottleneck monopoly of termination. This is not a structural problem but one due to CPNP pricing. The problem of termination charges has led to two decades of regulatory activity which has been notable for its laboured analysis of the problem, and the continuing need for price caps to bring down what have been deemed excessive prices. This debate will however move on to more radical remedies perhaps altering the method of pricing termination by replacing CPNP with MPNP or, even more controversially, bill-and-keep”. VELJANOVSKI, *Competition law: the...*, p. 29.

⁴³⁵ Sobre a necessidade de alteração do sistema de cobrança nas redes móveis, com o intuito de contornar o monopólio ainda observado na terminação de chamadas e de superar os problemas de preços elevados existentes, veja-se: “Mobile networks suffered from a bottleneck monopoly problem. This was due not to the industry’s structure i.e. the number of different networks and/or their market shares, but to the way mobile services were priced. In most countries Calling Party Network Pays (CPNP) pricing is used for all calls (apart from international calls). Under CPNP the calling party’s network operator pays for the call including the termination charge levied by the terminating network. This gives the terminating network market power because the customers of other (call originating) networks pay the terminating charges. As a result there are insufficient competitive constraints on termination charges”. Idem, p. 25.

concorrência existente entre serviços é baseada no acesso às redes das operadoras históricas. Nesse sentido, consoante já foi reconhecido pela União Europeia⁴³⁷, a regulação ao longo de todas as etapas do processo acabou incentivando acima do que se esperava o acesso às redes (seja com desagregação da rede, seja com acesso *bitstream*, seja com aluguel de linhas), com o conseqüente baixo investimento no desenvolvimento de redes alternativas.

A recentemente introduzida recomendação da Comissão envolvendo as redes da próxima geração teve como expressa motivação⁴³⁸ a busca pelo desenvolvimento de infraestruturas alternativas, novas e mais modernas. No entanto, a regulação prevista em tal novel diploma já foi objeto de críticas⁴³⁹, justamente por insistir em fórmulas similares às aplicadas no passado em relação à rede fixa, as quais se mostraram pouco efetivas, como visto.

Assim, mesmo com tal nova Recomendação, as deficiências envolvendo o investimento em infraestruturas alternativas, incluindo as redes de acesso da próxima geração, aparentemente, não serão solucionadas. Nesse contexto, torna-se mister que o quadro regulamentar evolua na busca de uma concorrência também entre redes, e não apenas baseada

⁴³⁶ Para maiores detalhes sobre o sistema de *bill and keep*, e as conseqüências de sua eventual adoção na União Europeia, veja-se, por todos: VELJANOVSKI, Cento. *Bill and Keep: A solution to the termination monopoly problem?* Case Associates. out. 2007. Disponível em: <<http://www.casecon.com>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

⁴³⁷ Sobre a necessidade de desenvolvimento de redes alternativas, assim constou na Diretiva número 140, de 2009: “A fim de atingir os objectivos da Agenda de Lisboa, é necessário conceder, nos próximos anos, incentivos adequados em matéria de investimento em novas redes de alta velocidade, de modo a apoiar a inovação em serviços de internet com conteúdo e a reforçar a competitividade da União Europeia a nível internacional. Estas redes têm um enorme potencial para proporcionar benefícios aos consumidores e às empresas de toda a União Europeia. Por conseguinte, é fundamental promover o investimento sustentável no desenvolvimento dessas redes, salvaguardando simultaneamente a concorrência e aumentando a escolha do consumidor através da previsibilidade e coerência regulatória”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, cons. 8.

⁴³⁸ Assim constou na respectiva Recomendação da Comissão sobre as redes de acesso da próxima geração: “A Agenda Digital para a Europa fixa objectivos para a implantação e a adesão à banda larga rápida e muito rápida e prevê uma série de medidas de promoção da instalação de redes de acesso da próxima geração (NGA) baseadas na fibra óptica e de apoio aos investimentos substanciais necessários nos próximos anos. A presente recomendação, que deve ser vista nesse contexto, visa promover o investimento eficiente e a inovação em infraestruturas novas e mais modernas, tendo em devida conta os riscos suportados por todas as empresas investidoras e a necessidade de manter uma concorrência efectiva, que, a prazo, é um motor importante de investimento”. UNIÃO EUROPEIA, *Recomendação da Comissão sobre o acesso...*, cons. 2.

⁴³⁹ Sobre as críticas ao modelo de incentivo previsto na Recomendação da Comissão sobre as redes de acesso da próxima geração, veja-se: “The NGA recommendation, by reiterating the ‘old’ approach to telecoms regulation, does not contribute to solving the preexisting question of how to reconcile the conflicting objectives of investment and intra-platform competition in the EU, and may lead to a ‘Pareto pessimum’ in which all players are worse off – incumbents don’t invest, new entrants just fall from LLU (in the ‘old’ ladder) to bitstream (in the ‘new’ one). This is intuitive: if we agree that Europe has a problem of investment in NGA, then replicating in this new, complex environment a regulatory approach that has proven hardly effective for the copper environment seems at best optimistic”. RENDA, *NGAs and the...*, p. 9.

em serviços, como, preponderantemente, observa-se no momento. Com efeito, a importância da existência de concorrência entre redes⁴⁴⁰, inclusive, já restou reconhecida pela União Europeia, através do Parlamento e do Conselho⁴⁴¹. No entanto, tal reconhecimento ainda não proporcionou alguma ação efetiva que viabilizasse esta constituição de redes alternativas.

Em terceiro lugar, o foco da regulação deve continuar sendo, preponderantemente, nos mercados grossistas⁴⁴², levantando a regulação setorial dos mercados retalhistas de serviços, sempre que constatada uma estável concorrência efetiva. Com efeito, além de assegurar o funcionamento daquela rede virtual no espaço da União Europeia, a regulação deve ser proporcional às falhas de mercado que, eventualmente, ainda sejam observadas⁴⁴³.

Em quarto lugar, a regulação deve seguir com o foco nos consumidores. Considerando uma desejada realidade em que centenas de empresas estarão competindo dentro de todo o

⁴⁴⁰ Sobre a importância da existência de concorrência entre redes, veja-se: “Em face do exposto acima, fica clara a necessidade, em setores caracterizados pela existência de redes, de preservar a concorrência através da garantia de concorrência entre redes. Sem garantia de independência dessas redes, a ‘destruição criativa’ schumpeteriana corre o risco de se transformar apenas em destruição. O que se quer dizer é simples. Em alguns setores – como é o caso, especificamente, das telecomunicações – a mudança tecnológica permite a criação de novas redes sem custos fixos impeditivos. É importante, então, garantir um grau de concorrência adequado entre as redes”. SALMOÃO FILHO, *Regulação da atividade...*, p. 126.

⁴⁴¹ Sobre o reconhecimento da necessidade de concorrência entre redes, assim constou da Diretiva numero 140, de 2009, editada pelo Parlamento e pelo Conselho: “A melhor forma de promover a concorrência é através de um nível economicamente eficiente de investimento em infra-estruturas novas e existentes complementado por regulação, sempre que necessário para instaurar uma concorrência efectiva no domínio dos serviços de retalho. Um nível eficiente de concorrência baseada nas infra-estruturas constitui o grau de duplicação de infra-estruturas em relação ao qual se pode legitimamente esperar que os investidores obtenham uma rentabilidade justa, com base em previsões razoáveis sobre a evolução das participações no mercado”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum...*, cons. 54.

⁴⁴² Sobre a necessidade de foco nos mercados grossistas, veja-se: “La tendencia moderna no es regular los servicios finales (por ejemplo la tarifa de telefonía fija) sino es regular los cuellos de botella y usualmente ellos están en el uso de infraestructura o redes (por ejemplo regular la interconexión). Una adecuada regulación de cargos de interconexión en telecomunicaciones permite que más empresas den servicios sobre una misma red y con ello hace innecesaria la regulación de tarifas al usuario final, porque ello está regulado por la competencia misma”. GONZALEZ, *Derecho y economía: el...*, p. 914. Em sentido semelhante, especificamente no que tange à última milha, veja-se: “But the difficult task of regulation has also shown the importance of an institution like the Regulator Authority as a guarantor to liberalization and deregulation. However, in its work for sector-specific regulation it should concentrate on the unique bottlenecks, which are owed to the fact of former monopoly. For example, to open the local loop to competition will be crucial task for regulation towards more sustainability of fair competition throughout the market”. BREITENBUCH, *Law and economics...*, p. 85.

⁴⁴³ Sobre a proporcionalidade necessária na regulação, de acordo com as falhas de mercado existentes, veja-se: “In order to maximize the social benefit of its application, regulation should seek to be proportional to the market failure it seeks to address. Larouche takes the view that ‘the principle of proportionality is perhaps the main vehicle used to introduce economic analysis in regulatory issues, with its requirements of rational connection, minimal impairment and proportionality in the strict sense’. The requirement of rational connection stands for adequacy of the regulatory intervention to the nature of the identified competition problem and the likelihood of its persistence over time. The minimal impairment restricts regulation to what is strictly needed in each individual case and negatively obliges regulators not to impose undue obstacles to free competitive behaviour.

espaço da União Europeia, torna-se fundamental a devida proteção ao consumidor, especialmente, no que tange às informações a serem disponibilizadas. Os benefícios gerados por toda a concorrência que vier a existir no bloco, com as possibilidades de escolha decorrentes, somente poderão ser aproveitados, caso os consumidores sejam livres para fazer tais escolhas de forma adequadamente informada. Por este motivo, torna-se necessária a manutenção e o fortalecimento das regulações referente à portabilidade numérica e às informações a serem obrigatoriamente disponibilizadas por todas as operadoras no setor⁴⁴⁴.

Por fim, como decorrência da necessidade de regulação no que tange aos aspectos acima referidos, igualmente será necessário aprimorar o funcionamento da ORECE. Tal medida ainda também contribuirá para a consecução do mercado interno do setor, ainda que apenas relativo às tecnologias móveis, consoante acima destacado. Com efeito, dentro de uma perspectiva na qual, necessariamente, será mantido algum nível de regulação setorial, especialmente no que diz respeito aos aspectos antes suscitados, igualmente a autoridade responsável pelas telecomunicações em todo o bloco necessitará ter seu papel e seus poderes mais claramente definidos. Tudo a fim de que se possa garantir a uniformidade do setor em toda a União Europeia, inclusive no que tange às medidas *ex ante* aplicadas pelas autoridades nacionais e aos remédios setoriais utilizados em caso de violação.

Destarte, após a apresentação do modelo de reforma das telecomunicações adotado pela União Europeia, das etapas que se sucederam no processo desta reforma, da fase em que o setor atualmente se encontra, dos resultados apresentados, dos desafios ainda pendentes e dos subsídios teóricos para a evolução do setor, pode-se, ao final, expor as perspectivas para o futuro da disciplina das telecomunicações no bloco. Nesse sentido, demonstrou-se que o setor deverá seguir sendo disciplinado pelo direito da concorrência e pela regulação setorial específica, cada um com seu enfoque e seu campo de aplicação.

Proportionality in the strict sense, according to Larouche, means that ‘the results to be expected should stand in proportion to the impact of the measure’. STOYANOVA, *Competition problems in...*, p. 39.

⁴⁴⁴ Tal fortalecimento referente às informações poderia ocorrer, por exemplo, com a uniformização das informações que, atualmente, são apenas recomendadas para as autoridades nacionais, nos termos da Diretiva número 136, de 2009, a saber: “1. Os EstadosMembros asseguram que as autoridades reguladoras nacionais possam, atendendo às opiniões das partes interessadas, exigir que as empresas que oferecem redes e/ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público publiquem informações comparáveis, adequadas e actualizadas sobre a qualidade dos seus serviços, destinadas aos utilizadores finais, bem como sobre o acesso equivalente oferecido aos utilizadores com deficiência. Essas informações são igualmente prestadas à autoridade reguladora nacional, a seu pedido, antes da publicação”. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores...*, art. 22..

Questões tipicamente inerentes à concorrência em si⁴⁴⁵ deverão ser tratadas exclusivamente sob o prisma da defesa da concorrência, sem interferência de qualquer regulação específica. De outro lado, o núcleo mais técnico do setor necessitará da manutenção de uma regulação setorial específica. No que se refere ao tratamento das telecomunicações enquanto meio indispensável para a evolução da União Europeia, parece ser mais adequada a manutenção, ainda que em menor grau, da regulação setorial, a fim de não deturpar todo o sistema de defesa da concorrência com decisões eminentemente políticas e assimétricas e, acima de tudo, peculiares ao setor. Esta regulação deverá respeitar o histórico do setor no bloco, ou seja, ser objeto de constantes revisões e evoluções, sempre com as devidas análises econômicas e sociais prévias⁴⁴⁶, a fim de considerar, também, os resultados práticos já atingidos no setor.

No que se refere aos focos principais desta regulação, a perspectiva é de sejam mais adequadamente regulamentadas questões como constituição de efetivos mercados internos no setor (com disciplina de acesso a redes e terminação de chamadas, especialmente para as tecnologias móveis), desenvolvimento de infraestruturas alternativas (inclusive redes de acesso da próxima geração), foco nos mercados grossistas e nos interesses dos consumidores⁴⁴⁷ e melhor funcionamento da ORECE.

⁴⁴⁵ Consoante já referido, pode-se citar, como exemplo desta atuação, a análise dos atos de concentração e a investigação da possibilidade de entrada em mercados que não envolvam recursos escassos.

⁴⁴⁶ Sobre a necessidade de as revisões da regulação serão acompanhadas da devida análise econômica prévia, veja-se: “Whatever institutions are the basis for creating and applying public policy in telecommunications markets going forward, policy-makers and enforcers will be successful only if they make careful use of sophisticated economic reasoning that builds on careful empirical analysis”. KATZ, Michael. Roundtable discussion: Antitrust or regulation? US public policy in telecommunications markets. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 257.

⁴⁴⁷ A preservação dos interesses dos consumidores é fundamental na teoria do direito da concorrência. Nesse sentido: “Como sabido, toda a teorização econômica do direito concorrencial baseia-se na proteção do consumidor. Teóricos ordoliberais, estruturalistas e neoclássicos não discordam quanto a esse ponto. A discordância maior está quanto ao sentido a ser dado à expressão ‘bem estar do consumidor’. Enquanto para os ordoliberais e para muitos dos defensores das teorias pós-Chicago ela significa liberdade de escolha, para os teóricos neoclássicos ela significa simplesmente eficiência econômica. O fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não o transforma em destinatário jurídico direto das mencionadas normas. Muitas vezes é apenas através da proteção da ‘instituição’ concorrência que seu interesse será protegido”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 81. Especificamente, sobre a tutela do interesse dos consumidores no direito da concorrência da União Europeia, veja-se: “A relação da concorrência com o tema consumidor, ou a necessária correlatividade, interdependência, indissociabilidade e indivisibilidade é concentrada em duas linhas. A primeira é a observação dos interesses do consumidor na aplicação das regras da concorrência e a segunda é o desenvolvimento da política comunitária propriamente dita. [...] O controle promovido por autoridades de concorrência almeja manter desconcentradas as estruturas de mercado, de modo a reduzir a autonomia excessiva de alguns participantes, incrementar a concorrência, a competição, a melhoria da qualidade dos produtos e serviços e beneficiar, com redução de custos, o consumidor final. Normalmente, os atos somente são aprovados se ficar

Ao fim e ao cabo, tem-se que o modelo da União Europeia mostra-se adequado, necessitando, porém, de alguns ajustes, para que possa viabilizar a consecução dos objetivos visados pelo bloco. Tais ajustes poderão – e deverão – ser feitos respeitando todo o histórico do setor, que sempre foi marcado por um processo gradual de reforma, com a evolução a partir das etapas anteriores e com a constante aproximação, quando possível, da regulação setorial e do direito da concorrência, de forma a intervir o mínimo possível nos mercados, sem perder de vista as peculiaridades do setor e os objetivos maiores do próprio bloco.

demonstrado que a transação acarreta benefícios para o consumidor maiores do que as eventuais restrições à concorrência. Isto é claramente visível no ordenamento comunitário”. JAEGER, *Liberdade de concorrência...*, p. 242. Mais especificamente, sobre a tutela do interesse dos consumidores como critério para pautar a disciplina das telecomunicações na União Europeia, veja-se: Sobre a proteção de interesses dos consumidores e de portadores de necessidades especiais no setor, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Para uma Europa do Conhecimento...*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de expor e analisar todo o processo de introdução da concorrência e de regulação nas telecomunicações da União Europeia, a fim de verificar as perspectivas para a disciplina do setor no bloco, inclusive considerando o objetivo maior de constituição de um mercado interno no segmento. Com efeito, diante do avançado estágio de evolução das telecomunicações na União Europeia, e conhecendo-se as divergências existentes, especialmente no que tange à necessidade e ao papel que a regulação setorial deve assumir em mercados de telecomunicações competitivos, escolheu-se a experiência deste bloco para analisar as perspectivas para a disciplina do setor, inclusive no que toca a esta relação entre direito da concorrência e regulação setorial específica.

Nesse sentido, na primeira parte do trabalho, o estudo foi voltado para o que ocorreu no processo de implantação da concorrência no setor até a sua fase atual. Foi demonstrada a situação do setor na União Europeia anteriormente às reformas, restando exposto que as telecomunicações se encontravam em uma realidade absolutamente fragmentada e sem uniformidade, sendo marcada por monopólios públicos e pela preponderância de serviços e infraestruturas de telefonia fixa.

Esta realidade prévia foi determinante para a definição do modelo adotado pela União Europeia para a reforma do setor. Com efeito, foi necessário optar por um sistema de aproximação legislativa, através de diretivas, especialmente editadas com base no artigo 106 do TFUE (ex-artigo 86 do TCE), de forma a viabilizar alguma flexibilidade, diante das diferentes situações no setor de cada Estado-membro. Ainda, em relação ao modelo, foi demonstrado que se adotou um processo gradual de reforma, com a abertura da concorrência e a evolução da regulação setorial em sucessivas etapas, paralelamente à constante aplicação do direito da concorrência. Restou evidenciado que tais etapas eram precedidas da publicação de documentos pelos órgãos do bloco, especialmente a Comissão e o Conselho, nos quais eram expostos os objetivos gerais da reforma e as metas que eram buscadas especificamente na etapa que se seguiria.

Ainda na primeira parte do trabalho, já tendo sido expostos a situação anterior do setor na União Europeia e o modelo peculiar de reforma adotado no bloco, passou-se à apresentação das sucessivas etapas implementadas até se chegar ao quadro que atualmente está em vigor. Assim, a partir de uma etapa inicial, em que se fazia presente ampla e rígida legislação específica do setor, foram sendo colocadas em prática novas etapas, sempre com base na evolução da fase anterior, gradualmente diminuindo a regulação específica em mercados específicos e aumentando a aplicação do direito da concorrência até chegar ao momento atual. Demonstrou-se que a concorrência foi sendo introduzida de forma gradual, iniciando pelos mercados de equipamentos terminais, passando por mercados de serviços (à exceção da telefonia fixa), posteriormente, pelas infraestruturas que não a rede fixa, para finalizar nos mercados que, reconhecidamente, eram os mais problemáticos, ou seja, os relacionados aos serviços e à infraestrutura de telefonia fixa.

Da mesma forma, foi exposto que, conjuntamente a esta gradual introdução da concorrência no setor, também de forma gradual, foi sendo reformada e adaptada a regulação setorial específica, de acordo com as peculiaridades do setor e do próprio bloco e sempre considerando os objetivos almejados na reforma. Passou-se a disciplinar de forma uniforme no bloco questões como universalidade de serviços, acesso e interconexão de redes, independência das autoridades reguladoras, utilização de espectro, harmonização de padrões técnicos, interoperatividade entre sistema, terminação de chamadas, *roaming* internacional, remédios e penalidades passíveis de aplicação pelas autoridades nacionais, portabilidade numérica e proteção mínima dos consumidores e portadores de necessidades especiais. A regulação envolvendo tais aspectos foi sendo alterada e adaptada, a cada nova etapa, a partir dos resultados observados na fase anterior. Ao mesmo tempo, restou demonstrado que, ao longo deste processo, ocorreu uma aproximação da regulação setorial e do direito da concorrência, tanto que os conceitos de poder significativo de mercado (da regulação setorial) e de poder dominante (do direito da concorrência), outrora diferentes, acabaram sendo unificados.

A exposição da evolução desta disciplina do setor seguiu até a apresentação do quadro que, atualmente, está a reger as telecomunicações na União Europeia. Assim, foi exposto que, no ano de 2009, foi introduzida nova etapa do processo, a qual deveria ter sido implementada pelos Estados-membros até junho de 2011, mas que acabou sendo totalmente internalizada apenas ao final de 2012. Esta etapa foi precedida de amplos estudos e pesquisas, inclusive de

cunho econômico, a fim de avaliar a melhor forma de evolução da disciplina anteriormente em vigor. Cogitou-se, basicamente, três alternativas, tendo, ao final, sido decidido pela manutenção da regulação setorial, aplicada em conjunto com o direito da concorrência, apenas com maior foco de tal regulação nos aspectos tidos como problemáticos, do ponto de vista da concorrência. Focou-se, então, a nova regulação setorial introduzida nos mercados menos competitivos, na melhoria da proteção aos cidadãos e no aprimoramento do mercado interno das telecomunicações.

Mais especificamente, foi apontado que nesta etapa atual do processo restringiu-se de dezoito para sete os mercados sujeitos à aplicação de medidas setoriais *ex ante*, sendo a grande maioria mercados grossistas. Adicionalmente, foi aprovada a introdução do remédio excepcional da separação funcional. Observou-se, também, o estreitamento da obrigação de portabilidade numérica para, no máximo, um dia útil dentro do bloco e a ampliação das informações mínimas que, necessariamente, têm de ser comunicadas aos consumidores. Incluiu-se a previsão de poderes para as autoridades reguladoras estabelecerem patamares mínimos para a prestação dos serviços no setor, inclusive para velocidade mínima de acesso à internet. Focou-se, ainda, na regulação das redes de próxima geração e das tarifas de terminação de chamadas e de *roaming* dentro do bloco. Por fim, ainda nesta etapa, em razão da dificuldade de estabelecimento e de funcionamento de verdadeiro mercado interno no setor, foi criada a ORECE. Demonstrou-se, portanto, que na etapa em vigor, seguindo a lógica das etapas anteriores, houve uma evolução da regulação setorial, com o levantamento da mesma em relação a mercados tidos como efetivamente competitivos e sua intensificação nos aspectos tidos como problemáticos.

Uma vez finalizada a parte mais histórica do trabalho, e tendo sido exposto o quadro regulamentar que, atualmente, está a disciplinar o setor, passou-se para a segunda parte deste trabalho, relativa aos resultados da aplicação deste modelo e às perspectivas para o futuro da disciplina do setor. Nesse sentido, primeiramente, foram analisados alguns resultados práticos do modelo adotado pela União Europeia para a disciplina do setor. Foi possível observar, com base em dados concretos da evolução das telecomunicações no bloco, que houve um avanço positivo, levando a crer que o processo de implementação da concorrência eleito pela União Europeia, em maior ou menor grau, teve uma boa influência na melhoria geral dos indicadores do setor. No entanto, como restou exposto posteriormente, tal modelo também

apresentou algumas limitações, de forma que ainda há aspectos que demandam melhores enfrentamento e solução na União Europeia.

Em especial, foi exposto que o objetivo maior de constituição de um mercado interno do setor, de âmbito efetivamente europeu, ainda se encontra distante, especialmente no que tange à infraestrutura e aos serviços relacionados à rede fixa. Igualmente, foi destacada a carência do bloco no desenvolvimento de infraestruturas alternativas no setor, o que, aliás, está relacionado a outra carência da União Europeia, qual seja, a realização de novos investimentos, inclusive nas redes de acesso da próxima geração. Finalizando esta parte do trabalho, foi exposto o último grande desafio identificado, relacionado à crise financeira pela qual está passando a União Europeia, o que, certamente, afetará o setor e terá de ser considerado na análise do futuro de sua disciplina.

Devidamente expostos os resultados práticos da aplicação do modelo da União Europeia de reforma do setor, tanto em relação aos efeitos positivos, quanto no que toca aos desafios ainda pendentes, foi possível passar para a última parte do trabalho, relacionada às perspectivas para a disciplina das telecomunicações no bloco. Assim, a fim de facilitar a investigação do futuro desta disciplina, inicialmente foi implementada uma análise crítica das alternativas básicas existentes, de forma a constituir um arcabouço teórico sobre o qual se baseariam os posicionamentos que se seguiram.

Nesse sentido, foi exposto que, basicamente, existem duas alternativas para o futuro da disciplina do setor: o levantamento da regulação setorial, com a disciplina das telecomunicações exclusivamente pelo direito da concorrência e a manutenção e o aprimoramento da regulação setorial, de acordo com as características do setor e os objetivos perseguidos. Relembrando da natureza dúplice do setor, foi exposto que a primeira alternativa mostra-se mais adequada para o tratamento das telecomunicações enquanto atividade econômica específica. Já a segunda alternativa mostra-se necessária para a disciplina do setor, considerando como o meio fundamental através do qual as atividades cada vez mais se desenvolvem. Assim, apresentou-se que, para o funcionamento de uma efetiva 'rede virtual', determinados aspectos técnicos (como uso do espectro, concessão de direitos reais e numeração) e outros aspectos inerentes ao funcionamento de tal rede (como universalidade, interconexão, interoperatividade, incentivos a novas redes, segurança de rede, proteção de

dados e proteção consumidores) são tutelados de forma mais adequada e mais legítima pela regulação setorial.

A partir desta análise crítica, foi possível apresentar as perspectivas que se vislumbram para o futuro da disciplina das telecomunicações na União Europeia. Assim, foi concluído que, respeitando o modelo e o histórico de reforma do setor, a perspectiva é de que prossiga o processo de manutenção e aprimoramento da regulação setorial, em etapas, a partir da evolução da fase anterior. Estas etapas vindouras deverão ser precedidas das pertinentes justificativas econômicas, que possibilitem a adoção de decisões fundamentadas e adequadas à realidade, tal qual realizado na última e recente reforma, que entrou em vigor em 2011.

Mais especificamente, a perspectiva, portanto, é de que o direito da concorrência passa a ser cada vez mais utilizado, de forma exclusiva, para disciplinar o tratamento do setor enquanto uma atividade econômica. Ademais, sempre que os mercados atingirem uma estável concorrência efetiva, sua disciplina haverá de ser, dentro do possível, independente de qualquer regulação setorial *ex ante*.

Já o funcionamento da ‘rede virtual’, ou seja, a garantia de que o setor evoluirá para um mercado interno de telecomunicações, efetivo e funcional, ainda dependerá da existência da regulação setorial. Esta regulação deverá ser focada, como visto, na constituição de mercados transfronteiriços. Diante das dificuldades na constituição de tais mercados no que tange à telefonia fixa, entende-se que a regulação deve buscar a constituição desta ‘rede virtual’ pelo menos em relação às tecnologias móveis, o que demandará melhor tratamento da terminação de chamadas e do *roaming* dentro do bloco.

Será preciso, igualmente, evoluir e focar a regulação na constituição de redes alternativas, com o objetivo de constituir uma concorrência entre redes, e não meramente entre serviços, como ainda prepondera atualmente. Tal demandará a revisão e a adequação dos mecanismos de incentivos existentes, inclusive no que tange à recente Recomendação envolvendo as redes de próxima geração, que, conforme exposto, possui limitações, por apenas repetir a fórmula reiteradamente aplicada, a qual resultou, justamente, na incipiente rede alternativa existente no bloco. Por fim, foi destacada a necessidade de manutenção de foco nos mercados grossistas, na defesa dos interesses dos consumidores e no mais adequado funcionamento da ORECE, por se tratarem de pontos ainda deficientes e que são

indispensáveis para o funcionamento daquela ‘rede virtual’ e para a consecução do tão buscado mercado interno das telecomunicações.

De qualquer forma, certamente o setor continuará evoluindo, transformando-se e adquirindo maior importância, em velocidades cada vez mais aceleradas. Nesta perspectiva, a defesa da concorrência e a regulação setorial, bem como as respectivas autoridades, terão de estar preparadas para enfrentar os novos desafios que surgirão. Em um passado não muito distante, primeiro surgiam os problemas e as necessidades da sociedade para, depois, o setor buscar formas de satisfazê-las, já dispondo de uma disciplina própria e aplicável. Atualmente, já ocorre exatamente o contrário, as tecnologias e as inovações não param de surgir, cabendo às autoridades competentes, de forma constante, buscar a melhor forma de aplicar, adaptar ou reformar a disciplina existente.

Neste contexto, dentro de uma perspectiva de relevância cada vez maior do setor em todo o mundo, a experiência e as perspectivas de disciplina das telecomunicações na União Europeia, expostas neste trabalho, ainda que não possam ser, simplesmente, replicadas para outras realidades, certamente podem – e devem – servir de inspiração ou de aviso para outros países e blocos.

Aliás, tal é justamente o que ocorre com o Brasil, que reiteradamente tem se inspirado na experiência da União Europeia de disciplina do setor para promover o avanço da sua própria regulação das telecomunicações⁴⁴⁸. Não surpreende, portanto, que, no projeto em tramitação do denominado Plano Geral de Metas de Competição do Brasil⁴⁴⁹, sejam incorporados diversos conceitos claramente inspirados na experiência daquele. Assim, na esteira do que, já há alguns anos, é realizado pela União Europeia, através do aludido projeto o Brasil pretende adotar semelhante tratamento baseado na imposição de obrigações setoriais para as empresas com poder de mercado significativo, especialmente relacionadas ao funcionamento em rede do setor, e apenas nos casos em que não exista concorrência efetiva consolidada no respectivo mercado.

⁴⁴⁸ Para exemplos de aspectos nos quais o Brasil se inspirou na experiência comunitária em matéria de disciplina das telecomunicações, veja-se: SCARAMUZZI, *Construindo uma Agenda...*

⁴⁴⁹ Para a obtenção da versão atual do aludido projeto do Plano Geral de Metas de Competição, veja-se o *website* da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL: Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

Ou seja, a compreensão da experiência e das perspectivas relativas à realidade da União Europeia, não só possui relevância para o futuro das telecomunicações no bloco, como, também, serve de fonte de inspiração, ao menos, para todos os demais países e blocos que, à semelhança, igualmente buscam a melhor forma de disciplinar este cada vez mais fundamental setor. Tudo a evidenciar, em nosso entendimento, a importância do estudo promovido no presente trabalho, ainda que este tenha sido focado, de forma direta, especificamente na experiência da União Europeia.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALABAU, Antonio. Telecommunications and the information society in European regions. *Telecommunications Policy*. v. 21. n. 8. Reino Unido: Elsevier, 1997. p. 761-771.
- ALABAU, Antonio; GUIJARRO, Luis. *The electronic communications policy of the European Union*. Valencia: Universitat Politècnica de Valencia, 2011.
- BARTOSCH, Andreas. The liberalization of European telecommunications and broadcasting markets: the road from monopolies to competition and universal service. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 71-128.
- BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011.
- BEKER, Victor. *La telefonía en la Argentina: de la privatización a la desregulación*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2001.
- BERBEN, Cor; CLEMENTS, Bernard. The European framework for competition in telecommunications. The benefits for peripheral countries. *Telecommunications Policy*. v. 19. n. 4. Reino Unido: Elsevier, 1995. p. 273-283.
- BOURREAU, Marc; DOGAN, Pinar. Regulation and innovation in the telecommunications industry. *Telecommunications Policy*. v. 25. n. 1. Reino Unido: Elsevier, 2001. p. 167-184.
- BOYER, Marcel. The measure and regulation of competition in telecommunications markets. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders. *Regulation and evolution of the global telecommunications industry*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 109-127.
- BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; ROCHA, Kátia; MOREIRA, Rafael Henrique Rodrigues. Incertezas, opções reais e a nova orientação regulatória das operadoras de telefonia fixa brasileira: o mark-up sobre o custo de capital. In: SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *I Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2006*. Brasília: SEAE, 2009. p. 231-272.
- BRASIL. *Decreto n.º 7.175, de 12 de maio de 2010*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2011.
- BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 1-50.
- BRAUN, Jeans-Daniel; CAPITO, Ralf. The emergence of EC telecommunications law as a new self-standing field within community law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN,

- Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 51-70.
- BREITENBUCH, Albrecht von. *Law and economics for landlines telecommunications: liberalization, regulation and deregulation in Germany*. Frankfurt: Lang, 2001.
- BRIGLAUER, Wolfgang. Conceptual problems with the hypothetical monopolist test in ex-ante regulation of communications under the new regulatory framework. *Journal of Competition Law and Economics*. n. 4 (2). 14 dez. 2007. p. 311-334.
- BUIGUES, Pierre. The new regulatory telecommunications framework: the competition policy approach. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 09-26.
- BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Derecho y economía: el análisis econômico de las instituciones legales*. 2. ed. Lima: Palestra, 2006.
- CANOY, Marcel; BIJL, Paul de; KEMP, Ron. Economic aspects of access to networks: access to telecommunications networks. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 135-168.
- CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel. *Revista do IBRAC*. v. 11. n. 1. São Paulo: IBRAC, 2004. p. 101-126.
- CAVE, Martin. The new regulatory telecommunications framework: economics aspects of the new regulatory regime for electronic communications services. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 27-44.
- CAVE, Martin; STUMPF, Ulrich; VALLETTI, Tommaso. *A Review of certain markets included in the Commission's Recommendation on Relevant Markets subject to ex ante Regulation*. jul. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- CHOUMELOVA, Dessislava; DELGADO, Juan. Monitoring competition in the telecommunication sector: European Commission sector inquiries. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 269-285.
- CLEMENTS, Bernard. The impact of convergence on regulatory policy in Europe. *Telecommunications Policy*. v. 22. n. 3. Reino Unido: Elsevier, 1998. p. 397-205.
- CORDOVIL, Leonor Augusta Giovane. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. Judiciário e Regulação Econômica: a judicialização da política tarifária do setor de telecomunicações em 2003. *I Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2006*. Brasília: SEAE, 2009. p. 273-318.
- DABLER, Thoralf; PARKER, David; SAAL, David. Economic performance in European telecommunications, 1978-1998: a comparative study. *European Business Review*. v. 14. n. 3. 2002. p. 194-209.

- ECONOMIDES, Nicholas. Public policy in network industries. In: BUCCIROSSI, Paolo (ed.). *Handbook of antitrust economics*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2008. p. 469-518.
- ESCOBAR, Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FAULHABER, Gerald R. Bottlenecks and bandwagons: access policy in the new telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 488-517.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Lei geral de telecomunicações e direito da concorrência. *Interesse Público*. n. 22. São Paulo: NOTADEZ, 2003. p. 13-25.
- FIORATI, Jete Jane. *As telecomunicações nos direitos interno e internacional: o direito brasileiro e as regras da OMC*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. Concorrência e regulação no setor de telecomunicações. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 573-613.
- GERADIN, Damien; KERF, Michel. *Controlling market power in telecommunications: antitrust vs sector-specific regulation*. New York: Oxford University Press, 2005.
- GERADIN, Damien; O'DONOGHUE, Robert. The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector. *Journal of Competition Law and Economics*. n. 1 (2). 2005. p. 355-425.
- GERADIN, Damien; SIDAK, J. Gregory. European and American approaches to antitrust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 518-551.
- GOMEZ ALONSO, Adela. Regulación sectorial y derecho de la competencia en la nueva normativa comunitaria de telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*. n. 16. parte 3. fev. 2003. p. 200-218.
- GORE, Al. *Discurso proferido na conferência realizada na União Internacional de Telecomunicações*. Setembro de 1994. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 26 nov. 2006.
- GUTIERREZ, Luis; BERG, Sanford. Telecommunications liberalization and regulatory governance: lessons from Latin America. *Telecommunications Policy*. v. 24. n. 1. 2000. p. 865-884.
- HARRISON, Jeffrey L.; THEEUWES, Jules. *Law and economics*. New York: W. W. Norton & Company, 2008.
- HATFIELD, Dale N.; MITCHELL, Bridger M.; SPRINAGESH, Padmanabhan. Emerging network technologies. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 31-80.

- HERRERA-GONZALEZ, Fernando; CASTEJON-MARTIN, Luis. The endless need for regulation in telecommunication: An explanation. *Telecommunications Policy*. v. 33. Reino Unido: Elsevier, 2009. p. 664-675.
- HERSCOVIVI, Alain. Convergências tecnológicas e sistemas de rede: uma análise econômica. In: TAPIA, Jorge Ruben Biton; RALLET, Alain. *Telecomunicações, desregulamentação e convergência tecnológica: uma análise comparada*. Campinas: Unicamp, 1999. p. 153-172.
- HOLMES, Peter; KEMPTON, Jeremy; MCGOWAN, Francis. International competition policy and telecommunications. Lessons from the EU and prospects for the WTO. *Telecommunications Policy*. v. 20. n. 10. Reino Unido: Elsevier, 1996. p. 755-767.
- IPPOLITO, Richard. *Economics for lawyers*. Pinceton: Princeton University Press, 2005.
- JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010.
- _____. *Direito internacional da concorrência. Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. *Liberdade de concorrência na União Européia e no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002.
- JASINSKI, Piotr. Competition rules and regulations in telecommunications. The case of Poland's intent to join the EU. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. International developments. Westport: Praeger Publishers. 1997. p. 127-148.
- JAYME, Erik. Le Droit International Privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. *Recueil de Cours*. v. 282. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. p. 9-40.
- JUST, Natascha; LATZER, Michael. EU competition policy and market power control in the mediamatics era. *Telecommunications Policy*. v. 24. n. 1. Reino Unido: Elsevier, 2000, p. 395-411.
- KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Publishers, 2001.
- KATZ, Michael. Roundtable discussion: Antitrust or regulation? US public policy in telecommunications markets. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 243-259.
- KEMMITT, Helen; JOLLEY, Rachael; PAIRMAN, Joanne; DUDUYEMI, Olufemi. Baker & McKenzie's annual review of developments in EU law relating to IP, IT & telecommunications. *Computer Law and Security Review*. v. 25. Reino Unido: Elsevier, 2009. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 26 abr. 2009. p. 97-100.
- KOENIG, Christian; LOETZ, Sascha. Framework for Network and Interconnection. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 350-378.
- LA RUE, Frank. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/17/27. 16 maio 2011. Disponível em:

- <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2011
- LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000.
- LEAL, Ana Lucia Palhano. O papel das organizações internacionais no marco regulatório das telecomunicações no Brasil. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*. n. 12. jul. 2001. p. 58-67.
- LOWE, Philip. Roundtable discussion: introduction to the roundtable on the economics of antitrust and regulation in the telecom sector. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 239-242.
- MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin. Technology evolution and the internet: introduction. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 1-30.
- MALDOOM, Dan; MARSDEN, Richard; SIDAK, Gregory; SINGER, Hal. *Broadband in Europe: how Brussels can wire the information society*. Nova York: Springer, 2005.
- MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 300-316.
- MARTINEZ MEDRANO, Gabriel. Competencia y telecomunicaciones en Europa. In: PALAZZI, Pablo (dir.). *Derecho y nuevas tecnologías*. a. 2. n. 3. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2000. p. 31-72.
- MICHALIS, Maria. Local competition and the role of regulation: the EU debate and Britain's experience. *Telecommunications Policy*. v. 25. n. 1. Reino Unido: Elsevier, 2001. p. 759-776.
- MONTERO PASCUAL, Juan; SOUTO SOUBRIER, Luis. De la desmonopolización a la competencia efectiva: aplicación de la normativa antitrust comunitaria española en el sector de las telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*. n. 4. P. 2. ago. 1998. p. 28-59.
- MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Reino Unido: Cambridge, 2007.
- MONTI, Mario. Telecommunications and antitrust: introduction. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 03-08.
- MORAES, Ricardo Leal de. Implementação da concorrência no setor de telecomunicações e desenvolvimento: uma análise da experiência Comunitária. In: BARRAL, Welber; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (orgs.). *Integração Regional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 237-250.
- _____. O papel e os limites da defesa da concorrência no setor de telecomunicações: análise da experiência da Comunidade Europeia e contribuições para a realidade brasileira. In: SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *II Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2007*. Brasília: SEAE, 2009. p. 71-121

- MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2006.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 159-189.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Covenant on Civil and Political Rights*. Resolution 2200A (XXI). 16 dez. 1966. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2011.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Communications Outlook 2011*. OECD. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- _____. *OECD Communications Outlook 2009*. Information and communications technologies. OECD. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- _____. *OECD Communications Outlook 2007*. Information and communications technologies. OECD. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- PEHA, Jon. Telecommunications competition in 2010. *Info – The journal of policy, regulation and strategy for telecommunications information and media*. v. 2. n. 2. abr. 2000. p. 199-205.
- PEREIRA, Edgard; LAGROTERIA, Eleni. O marco regulatório brasileiro para o setor de telecomunicações e a competição no mercado de telefonia fixa de longa distancia. *Revista do IBRAC*. v. 11. n. 3. São Paulo: IBRAC, 2004. p. 127-164.
- PERRUCCI, Antonio; CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*. v. 21. n. 6. Reino Unido: Elsevier, 1997. p. 493-512.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Campus. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/dirp162.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2009.
- POSNER, Richard. The Social Costs of Monopoly and Regulation. *The Journal of Political Economy*. v. 83. n. 4. ago. 1975. p. 807-828. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1830401>>. Acesso em: 22 dez. 2009.
- RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações: a Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- REDING, Viviane. From Service Competition to Infrastructure Competition: the Policy Options Now on the Table. In: ECTA Conference 2006, 16 nov. 2006, Brussels. *Speech 2006/697*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009.
- RENDA, Andrea. NGAs and the single market: the achilles' heels of the digital agenda. *Monitoring EU Telecoms Policy*. 2010. Disponível em: <<http://www.nerec.com>>. Acesso em: 10 jan. 2012. p. 08-15.
- RODER-MESSELL, Ernst; KOENIG, Christian. Data Protection and Privacy. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 473-509.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

- _____. *Direito Concorrencial – As Condutas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- SCARAMUZZI, Elena. *Construindo uma Agenda Digital para o Brasil e Europa*. Bruxelas: Cullen Internacional, 2011.
- SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, Alexnaldo Cerqueira da. Essential facility theory: uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados. *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC. v. 13. n. 1, 2006. p. 215-230.
- SMALL, Harry; DIZON, Michael; MALIK, Tabeebah; KEMMITT, Helen; SMITH, Ben, CHIN, Alison; DUDUYEMI, Olufemi. *Computer Law and Security Review*. v. 25. Reino Unido: Elsevier, 2009. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 26 abr. 2009. p. 189-193.
- STOYANOVA, Milena. *Competition problems in liberalized telecommunications: regulatory solutions to promote effective competition*. Haia: Kluwer Law International, 2008.
- SUTHERLAND, Ewan. The regulation of international mobile roaming. *Info*. v. 10. n. 1. Reino Unido: Elsevier, 2008. p. 13-24.
- TAPIA, Jorge Ruben Biton; DALMAZO, Renato. O significado do serviço universal frente à liberalização das telecomunicações e à sociedade da informação. In: TAPIA, Jorge Ruben Biton; RALLET, Alain. *Telecomunicações, desregulamentação e convergência tecnológica: uma análise comparada*. Campinas: Unicamp, 1999. p. 75-103.
- TEIXEIRA, Henrique de Andrade. Política Antitruste e Regulação da Concorrência no Brasil: um estudo sobre o setor de telecomunicações. *VI Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2011*. Brasília: SEAE, 2011. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE_2011/monografias_premiadas>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- TELIGEN STRATEGY ANALYTICS LTD. *Report on Telecoms Price Developments from 1998 to 2008*. Reino Unido: Teligen, 2009. Disponível em: <<http://www.teligen.com>>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- TIROLE, Jean. Roundtable discussion: telecommunications and competition. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 260-268.
- TURLE, Marcus. Data security: past, present and future. *Computer Law and Security Review*. v. 25. Reino Unido: Elsevier, 2009. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 26 abr. 2009. p. 51-58.
- UNIÃO EUROPEIA. *2007 EU Telecoms Reform # 9: From 18 to 7 regulated markets*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- _____. *Agenda Digital: Comissão inicia processo de infração contra 20 Estados-Membros devido à transposição tardia das regras das telecomunicações*. IP/11/905. 19 jul. 2011. Disponível em: <<http://ec.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

- _____. *Agenda Digital: Comissão pressiona 16 Estados-Membros para aplicarem as novas regras da UE para as telecomunicações*. IP/11/1429. 24 nov. 2011. Disponível em: <<http://ec.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- _____. *Art. 7 Market Overview*. 20 out. 2009. Disponível em: <<http://ec.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. *Commission communication to the Council and the European Parliament on the consultation on the review of the situation in the telecommunications services sector*. COM(93) 159. 28 abr. 1993. Disponível em: <http://aei.pitt.edu/4806/1/000954_1.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2011.
- _____. *Commission Communication towards a competitive-wide telecommunications market in 1992 implementing the Green Paper on the development of the common market for telecommunications services and equipment, state of discussions and proposals by the Commission*. COM(88) 48. 8 fev. 1988. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. *Commission staff working document: impact assessment*. SEC(2007) 1472/3. 06 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009.
- _____. *Communication by the Commission: 1992 review of the situation in the telecommunications service sector*. SEC(92) 1048. 21 out. 1992. Disponível em: <http://aei.pitt.edu/4806/1/000954_1.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2011.
- _____. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: report on the outcome of the review of the EU regulatory framework for electronic communications networks and services in accordance with Directive 2002/21/EC and summary of the 2007 reform proposals*. COM(2007) 696. 13 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. *Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu, Comité Económico e Social e Comité das Regiões e Europe 2005: uma sociedade da informação para todos*. COM(2002) 263. 28 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado nos termos do quadro regulamentar comunitário*. COM(2006) 28. 06 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009.
- _____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: relatório de progresso sobre o mercado único europeu das comunicações electrónicas em 2008 (14.º relatório)*. COM(2009) 140. 24 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 dez. 2009.
- _____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: relatório de progresso sobre o mercado único europeu das comunicações electrónicas em 2009 (15.º relatório)*. COM(2010) 253. 25 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- _____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. O serviço universal no sector das comunicações electrónicas: relatório sobre os resultados da consulta pública e a terceira revisão periódica do âmbito do serviço, em conformidade com o artigo 15.º*

da Directiva 2002/22/CE. COM(2011) 795. 23 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Um mercado único para a Europa do século XXI*. COM(1007) 724. 20 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: uma agenda digital para a Europa*. COM(2010) 245. 26 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. *Comunicação da Comissão de 13 de Março de 2001, e Europe 2002: Impacto e prioridades, Comunicação ao Conselho Europeu da Primavera, em Estocolmo, de 23 a 24 de Março de 2001*. COM(2001) 140. 23 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

_____. *Comunicação da Comissão Europa 2020. Estratégia para o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*. COM(2010) 2020. 03 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

_____. *Council Resolution 30 June 1988 on the development of the common market for telecommunications services and equipment up to 1992*. OJ C 257. 30 jun. 1988. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

_____. *Digital Agenda: Commission acts against Lithuania and Romania to ensure impartial regulation of telecoms*. IP/10/1557. 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

_____. *Digital Agenda: how new EU rules foster more competition in telecoms markets*. MEMO/11/321. 23 maio 2011. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

_____. *Directiva 94/46/CE da Comissão de 13 de Outubro de 1994 que altera as Directivas 88/301/CEE e 90/388/CEE em especial no que diz respeito às comunicações por satélite*. Directiva 1994/46/ECC. 19 out. 1994. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2011.

_____. *Directiva 95/51/CE da Comissão, de 18 de Outubro de 1995, que altera a Directiva 90/388/CEE, relativa à supressão das restrições à utilização de redes de televisão por cabo para o fornecimento de serviços de telecomunicações já liberalizados*. Directiva 1995/51/ECC. 26 out. 1995. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2011.

_____. *Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações*. Directiva 1996/19/ECC. 22 mar. 1996. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2011.

_____. *Directiva 96/2/CE da Comissão, de 16 de Janeiro de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que respeita às comunicações móveis e pessoais*. Directiva 1996/2/ECC. 26 jan. 1996. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2011.

_____. *Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997 relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos*

princípios da oferta de rede aberta (ORA). Directiva 1997/33/EC. 30 jun. 1995. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2011.

_____. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/19/CE relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos e a Directiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas*. Directiva 2009/140/CE. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

_____. *Directiva que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor*. Directiva 2009/136/CE. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

_____. *Directiva 2002/77/CEE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações electrónicas*. Directiva 2002/77/CEE. 16 set. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

_____. *Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações*. Directiva 1990/388/EEC. 24 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

_____. *Directive on competition in the markets in telecommunications terminal equipment*. Directiva 1988/301/EEC. 16 mai. 1988. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

_____. *Directive on the approximation of the laws of the Member States concerning telecommunications equipment*. Directiva 1991/263/EC. 29 abr. 1991. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

_____. *Directiva 90/387/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações*. Directiva 1990/387/EC. 24 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

_____. *E-Communications Household Survey*. jul. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

_____. *E-Communications Household Survey*. jul. 2011. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012

_____. *Europe's Digital Competitiveness Report*. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. *Europe's Way to the Information Society. An Action Plan. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*. COM(1994) 347. 19 jul. 1994. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

_____. *European Commission call for input on the forthcoming review of the EU regulatory framework for electronic communications including review of the*

- Recommendation on the relevant markets*. 25 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. *European Parliament Resolution of 23 November 1989 on competition in the telecommunications sector*. OJ C 323/118. 23 nov. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009.
- _____. *European Parliament Resolution on the need to overcome the fragmentation in telecommunications*. OJ 12. 16 jan. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009.
- _____. *Livro Verde relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações*. COM(87) 290. 30 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. *Livro verde sobre a liberalização da infraestrutura das telecomunicações e das redes de televisão por cabo*. COM(94) 440 e COM(94) 682. 25 out. 1994. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. *i2010 – A European Information Society for growth and employment*. COM(2005) 229. 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. *Proposal for a Council Directive on the establishment of the internal market for telecommunications services through the implementation of Open Network Provision*. COM(88) 825. 09 jan. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. *Recomendação da Comissão de 11 de Fevereiro de 2003 relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação ex ante, em conformidade com o disposto na Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas*. Recomendação 2003/311/CE. 11 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2009.
- _____. *Recomendação da Comissão sobre o acesso regulamentado às redes de acesso da próxima geração (NGA)*. Recomendação 2010/572/UE. 20 set. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2011.
- _____. *Recomendação da Comissão sobre o tratamento regulamentar das tarifas da terminação de chamadas em redes fixas e móveis na UE*. Recomendação 2009/396/UE. 07 maio 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2011.
- _____. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n. 717/2007, relativo à itinerância nas redes telefónicas móveis públicas da Comunidade, e a Directiva 2002/21/CE, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas*. Regulamento 544/2009. 18 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- _____. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE) e o Gabinete*. Regulamento 1211/2009. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- _____. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à itinerância nas redes telefónicas móveis públicas da Comunidade e que altera a Directiva*

- 2002/21/CE. Regulamento 717/2007. 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- _____. *Resolution of the European Parliament about the Commission Communication: Europe's way to the Information Society*. OJ C 363. 19 dez. 1994. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2011.
- _____. *Statement by President of the European Council Herman Van Rompuy on the signature of the European Stability Mechanism Treaty*. EUCO19/12. 02 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 fev. 2012.
- _____. *Telecoms Services Indicators*. dez. 2004. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. *Tomorrow's Framework*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. *Tratado de Roma*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2006.
- _____. *Tratado que institui a Comunidade Europeia*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 nov. 2011.
- _____. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 nov. 2011.
- _____. Tribunal das Comunidades Europeias. *Caso 202/88. France v. Comissão*. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. Tribunal das Comunidades Europeias. *Caso 41/83. Italy v. Comissão*. 1983. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26/11/2009.
- UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Measuring the Information Society*. Genebra: ITU, 2011. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 01 dez. 2011.
- _____. *The World Information Society Report 2007*. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. *Yearbook of common carrier telecommunications statistics 1987*. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- URE, John; VIVORAKIJ, Araya. Privatization of telecoms in Asia. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. International developments. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 1-20.
- URRUTIA, Bernardo. The EU telecommunications sector during the 1990s: liberalisation, regulation and competition policy. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*. n. 9. P. 4. fev. 2000. p. 130-141.
- VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.
- _____. Competition law: the new regulatory tool? *Intermedia*. v. 37. n. 4 IIC. out. 2009. Disponível em: <<http://www.icom.org>>. Acesso em: 10 mar. 2011. p. 24-29.
- _____. Bill and Keep: A solution to the termination monopoly problem? *Case Associates*. out. 2007. Disponível em: <<http://www.casecon.com>>. Acesso em: 10 mar. 2011.
- XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- YU, Liangchun; BERG, Sanford; GUO, Qing. Market performance of Chinese telecommunications: new regulatory policies. *Telecommunications Policy*. v. 28. n. 3. Reino Unido: Elsevier, 2004. p. 715-732.
- WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento Econômico e Tecnologia da Informação. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 88
- WALLSTEN, Scott. Returning to victorian competition, ownership, and regulation: an empirical study of european telecommunications at the turn of the 20th century. *The Journal of Economic History*. v. 65. n. 3. 2005. p. 693-722.
- WELLENIUS, Björn; TOWNSEND, David. Telecommunications and economic development. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 557-604.
- WOHLERS, Márcio. A reforma do modelo de telecomunicações: o menu internacional e a opção brasileira. In: TAPIA, Jorge Ruben Biton; RALLET, Alain. *Telecomunicações, desregulamentação e convergência tecnológica: uma análise comparada*. Campinas: Unicamp, 1999. p. 43-74.
- WU, Irene. Canada, South Korea, Netherlands and Sweden: regulatory implications of the convergence of telecommunications, broadcasting and internet services. *Telecommunications Policy*. v. 28. n. 1. Reino Unido: Elsevier, 2004. p. 79-96.