



Ministério da Justiça e Segurança Pública – MJSP
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 4º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
Telefone: (61) 3221-8409 e Fax: (61) 3326-9733 – www.cade.gov.br

Nota Técnica nº 31/2019/DEE/CADE

Inquérito Administrativo nº 08700.006268/2018-15 (autos públicos)

08700.006402/2018-70 - Acesso à CBSS/Veloe
08700.006403/2018-14 - Acesso à CBSS/Veloe e à CGMP/SemParar
08700.006768/2018-49 - Acesso ao CADE
08700.007033/2018-32 - Acesso à CGMP/SemParar
08700.001195/2019-48 - Acesso à Conectcar
08700.001212/2019-47 - Acesso à CGMP/SemParar e à Conectcar
08700.001245/2019-97 - Acesso à CBSS/Veloe e à Estapar
08700.001246/2019-31 - Acesso à CBSS/Veloe, à Estapar e à CGMP/SemParar
08700.001885/2019-05 - Acesso à Greenpass e à CGMP/SemParar
08700.002526/2019-67 - Acesso à Conectcar e à CBSS/Veloe
08700.003138/2019-01 - Acesso à Greenpass
08700.003139/2019-48 - Acesso à Greenpass e à Conectcar

Representante: Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (“CBSS” ou “Veloe”)

Advogado: Francisco Ribeiro Todorov, Lorena Leite Nisiyama e Outros

Terceiro interessado: Greenpass Tecnologia em Pagamentos S.A. (GreenPass)

Advogados: Ticiano Nogueira da Cruz Lima; Henrique Felix de Souza Machado; Beatriz de Figueiredo Coppola; e outros

Representada: Centro de Gestão de Meios de Pagamentos Ltda (“CGMP” ou “Sem Parar”)

Advogado: Tercio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Outros

Representada: Conectcar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A. (“Conectcar”)

Advogado: Ricardo Inglez e Outros

Ementa: Contribuição do DEE à instrução do caso acima referido. Após análise de diferentes aspectos do mercado, o DEE concluiu não haver evidências de cartel ou conluio entre ConectCar e SemParar. Todavia, em relação à conduta de recusa de contratação, não é possível, ainda, tecer uma opinião a respeito. Com efeito, sobre este ponto, não foram verificados indícios, no momento, de que exista uma inviabilidade econômica de entrada no mercado de novos agentes, o que afastaria o uso da teoria econômica tradicional de barreiras à entrada. De outro lado, mesmo que do ponto de vista econômico seja possível e lucrativa a entrada, resta uma dúvida sobre a viabilidade física deste tipo de entrada. Ocorre que, para ter uma noção mais clara a respeito deste tipo de conduta, cumpre aprofundar um debate que não faz parte da expertise deste Departamento, qual seja: (i) se houve enganiosidade no âmbito da Consulta 08700.007192/2015-94, quando alegou-se a impossibilidade de duas antenas estarem presentes em uma mesma cancela ou próximas; (ii) se realmente houve avanços tecnológicos desde então que impediam no momento da consulta, mas hoje permitem a instalação de duas ou mais antenas em uma mesma cancela; (iii) ou se, realmente, ainda persiste tal impossibilidade física de duas ou mais empresas estarem presentes em um mesmo estabelecimento comercial.

VERSÃO PÚBLICA

1. Introdução

A Superintendência Geral (SG) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), solicitou parecer deste Departamento de Estudos Econômicos (DEE) para análise do presente caso.

Pelo que se consegue compreender, o debate no presente caso envolve o serviço de operação de meios eletrônicos de pagamento através de identificação automática de veículos (“AVI”) baseada na tecnologia de identificação por radiofrequência, sendo este o "Mercado alvo" da conduta denunciada, tendo como “Mercado origem” da conduta, o mercado de “*instalação, detenção e operação de antenas em outros estabelecimentos que não sejam as concessionárias de rodovias*”, conforme gráfico abaixo:

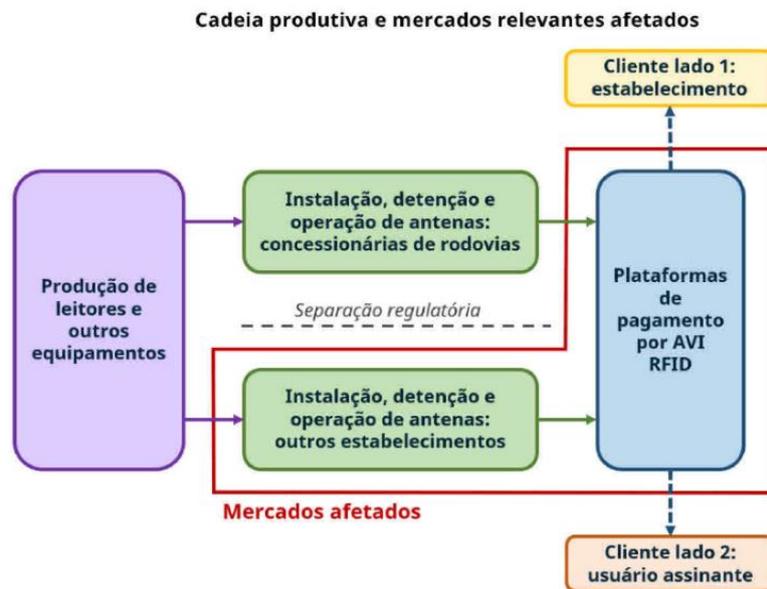


Figura 1 – Mercados afetados conforme manifestação da GreenPass (3ª Interessada)

Considerando tais mercados (alvo e origem), o presente inquérito trata de, pelo menos, 4 condutas que teriam sido atribuídas às representadas, quais sejam:

- (i) **Prática 1 - Exclusividade** anticoncorrencial por parte da CGMP/SemParar que teria assinado um contrato com um grande cliente, no caso a Estapar, impedindo que os representantes, CBSS/Veloe e Greenpass, e outros agentes de mercado possam prestar serviços a tal rede de estacionamento [o que configuraria, em algumas hipóteses, eventual fechamento de cliente relevante ou *customer foreclosure*];

- (ii) **Prática 2 – Recusa de negociação a preços razoáveis** – De acordo com CBSS/Veloe e Greenpass, a CGMP/SemParar teria retardado o compartilhamento de antenas, que, em sua concepção, seriam insumos essenciais para prestação de serviços no mercado alvo. Além de ter resistido inicialmente a enviar preços para compartilhar tais ativos, e, após longo período de negociação com estes agentes (CBSS/Veloe e Greenpass), a representada teria enviado, proposta com preço elevado de compartilhamento de antenas, travestindo sua intenção de recusar a prestação de serviços de compartilhamento de antenas;
- (iii) **Prática 3 – Colusão** - As Representadas CGMP/SemParar e Conectar, segundo a GreenPass, teriam incorrido em condutas colusivas por terem, ambas, simultaneamente, realizado recusa de negociação a preços razoáveis contra outros rivais, mas entre si, terem realizado compartilhamento de antenas mutuamente a preços muito mais acessíveis;
- (iv) **Prática 4 - Acesso restrito ao CADE, à CBSS/Veloe e à CGMP/SemParar**

De todo modo, em que pese existam estas 4 denúncias, a SG solicitou deste Departamento de Estudos Econômicos que o presente parecer tivesse foco específico na segunda e na terceira denúncia, apenas, ou seja, eventual recusa de negociação de antenas a preços razoáveis e eventual colusão entre as representadas.

O presente inquérito foi aberto em face do Despacho n. 9/2019 do Superintendente-Geral, que acolheu a Nota Técnica nº 3/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE e indeferiu a medida preventiva requerida nos autos do Inquérito Administrativo nº 08700.006268/2018-15, instaurado em face da Centro de Gestão de Meios de Pagamentos Ltda. (“CGMP” ou “Sem Parar”) e ConectCar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A (“ConectCar”) (conjuntamente, “Representadas”). Após, a CBSS/Veloe apresentou o Recurso Voluntário nº 08700.000989/2019-94 contra a decisão da Superintendência Geral do CADE.

Como resumido pela Greenpass (DOC. SEI 0628116):

“Em sessão ordinária de 20.03.2019, o Tribunal do Cade decidiu acolher o pedido da Veloe, determinando que: (i) fosse cessada a exclusividade de fato e de direito da Sem Parar com

operadores ou administradores de estacionamentos; e (ii) a Sem Parar e a Conectcar oferecessem, à Veloe e demais OSAs” (Operadoras de Serviços de Arrecadação) “concorrentes, oferta vinculante de contratação isonômica de suas respectivas infraestruturas de antenas. Seguiu-se à decisão do Tribunal do Cade acolhendo o Recurso Voluntário a interposição de dois embargos de declaração pela Conectcar. O primeiro, que questionava a própria decisão de acolhimento do Recurso Voluntário, foi conhecido e recebeu parcial provimento em sessão de julgamento de 15 de abril de 2019, retificando-se um trecho de modo a esclarecer a obscuridade suscitada, sem trazer implicações práticas relevantes ao teor da decisão. Contudo, quando do julgamento dos Embargos de Declaração interpostos pela segunda vez – ocorrido em sessão de 22.05.2019 -, o Plenário do Tribunal, por maioria, deu provimento com efeitos infringentes ao recurso, suspendendo os efeitos da medida preventiva em relação à Conectcar (...). A Veloe interpôs então seus próprios embargos de declaração em 31.05.2019, cujo provimento foi negado por maioria pelo Tribunal na sessão de julgamento de 11.06.2019. Em paralelo, em 11.04.2019, a Sem Parar ajuizou procedimento de tutela antecipada antecedente perante a Seção Judiciária Federal de Osasco/SP, com pedido de liminar *inaudita altera parte*, requerendo a suspensão da decisão do Tribunal do Cade que deferiu a medida preventiva requerida pela Veloe. A ação foi autuada sob o nº 5002040-21.2019.4.03.6130 e a liminar foi concedida pelo juízo, determinando-se a suspensão dos efeitos da preventiva concedida pelo Cade no âmbito do Recurso Voluntário quanto à Sem Parar, de modo a conferir à autora a faculdade de não compartilhar sua infraestrutura com concorrentes e de manter relações de exclusividade com operadores ou administradores de estacionamentos, até que a instrução final do procedimento administrativo seja concluída no Cade.”

Frise-se que antes do presente caso, o CADE já havia autorizado a constituição da CGMP/SemParar (no âmbito do AC 08012.005635/2003-27), já analisou o contrato de compartilhamento de antenas entre CGMP/SemParar e Conectar (Consulta n 08700.007192/2015-94), já julgou a compra, pela Redecard S.A, de participação acionária da Odebrecht Transport S.A. sobre a *joint venture* Conectcar (AC 08700.010672/2015-32) e a aquisição, pela DBTrans, de 100% das ações da STP, responsável pelo controle da CGMP/SemParar (AC 08700.003024/2016-19).

Para dar conta da solicitação da SG, a presente nota está estruturada da seguinte forma:

- i. Será feito um breve relatório do estado processual;
- ii. Serão apresentadas, de maneira apenas descritiva, algumas variáveis relevantes para compreensão dos mercados em questão, para avaliar a

dispersão geográfica dos ativos dos agentes deste mercado, suas estratégias de precificação e sua situação financeira;

- iii. Após estes capítulos introdutórios, será feita a análise propriamente dita a respeito se há ou não há indícios de práticas ilícitas anticompetitivas, conforme solicitado pela SG;
- iv. Finalmente, será apresentada a conclusão da nota técnica.

Antecipa-se, desde já, que, como se verá no desenvolvimento deste trabalho, o DEE concluiu não haver evidências de cartel ou conluio entre ConectCar e SemParar. Todavia, em relação à conduta de recusa de contratação, não é possível, ainda, tecer uma opinião a respeito.

Com efeito, sobre este ponto, não foram verificados indícios, no momento, de que exista uma inviabilidade econômica de entrada no mercado de novos agentes, o que afastaria o uso da teoria econômica tradicional de barreiras à entrada. De outro lado, mesmo que do ponto de vista econômico seja possível e lucrativa a entrada, resta uma dúvida sobre a viabilidade física deste tipo de entrada. Ocorre que, para ter uma noção mais clara a respeito deste tipo de conduta, cumpre aprofundar um debate que não faz parte da expertise deste Departamento, qual seja: (i) se houve enganabilidade no âmbito da Consulta 08700.007192/2015-94, quando alegou-se a impossibilidade de duas antenas estarem presentes em uma mesma cancela ou próximas; (ii) se realmente houve avanços tecnológicos desde então que impediam no momento da consulta, mas hoje permitem a instalação de duas ou mais antenas em uma mesma cancela; (iii) ou se, realmente, ainda persiste tal impossibilidade física de duas ou mais empresas estarem presentes em um mesmo estabelecimento comercial.

Deste modo, a presente nota não é conclusiva em relação a este aspecto.

Esta é, portanto, a estrutura do trabalho que se pretende apresentar.

2. Breve relatório processual

Em termos de relatório processual, entende-se ser necessário mostrar de forma minudente os argumentos que foram utilizados ao longo do processo.

2.1. Denúncia

No dia 6 de novembro de 2018, a Veloe alegou o seguinte:

“A CBSS é uma empresa especializada em benefícios para os segmentos de alimentação, refeição, cultura, transporte e farmácia. A partir de 2016, a CBSS iniciou esforços com vistas a atuar no **mercado de pagamento automático de tarifas de pedágios e estadias em estacionamentos** por meio da marca VELOE, de forma a competir em um mercado hoje amplamente dominado pela SEM PARAR. Em síntese, a prestação do serviço de pagamento automático ocorre da seguinte forma: os clientes - proprietários/motoristas de veículos - contratam uma empresa que presta esse serviço e recebem dela um dispositivo (comumente chamado de *.sticker ou tag*) para fixar no para-brisa de seu veículo. Esse dispositivo é identificado remotamente por antenas localizadas nas pistas de pedágios e de entrada/saída dos estacionamentos em que a empresa contratada atua, fazendo com que as cancelas se abram automaticamente. As tarifas relacionadas aos pedágios e estacionamentos utilizados pelo cliente são computadas de forma automática na conta que o cliente tem com a prestadora do serviço de pagamento automático. Assim, o cliente não precisa parar para efetuar o pagamento do pedágio / estacionamento no momento da sua utilização. Como indicado, a SEM PARAR domina amplamente este mercado, sendo que também é a empresa que possui a maior cobertura, atuando em praticamente todos os estacionamentos onde o serviço de pagamento automático está disponível. Inclusive, a SEM PARAR recentemente fechou parceria com a Estapar - maior empresa de estacionamentos da América Latina - para que seu sistema de pagamento automático seja aceito em mais de mil estacionamentos da rede Estapar, expandindo significativamente a sua cobertura. Nesse sentido, não há dúvidas de que a SEM PARAR é um agente com posição dominante, ou até mesmo **"superdominante"**, ou quase monopolista, do ponto de vista concorrencial, conforme será explicado em mais detalhes ao longo dessa representação. Ocorre que, desde janeiro de 2017, quando a VELOE começou a se movimentar para entrar no mercado de atuação da SEM PARAR, **a SEM PARAR tem adotado diversas medidas que, juntas, indicam um padrão de comportamento abusivo que visa impedir que a VELOE consiga se colocar no mercado, em claro prejuízo à concorrência e aos consumidores.** (...) O CADE já teve a oportunidade de explicar 3, de forma bastante sucinta, as atividades dos agentes relevantes envolvidos no fornecimento de serviços de pagamento eletrônico automático de estacionamentos e pedágios. Naquela ocasião, descreveu em linhas gerais as atividades de fornecimento de meios eletrônicos de pagamento baseados na tecnologia de identificação automática de veículos ("AVI") para estacionamentos e pedágios, esclarecendo que os motoristas/clientes usuários que contratam tais serviços recebem das empresas provedoras uma etiqueta ("tag" ou "sticker") que emite um sinal de radiofrequência captado pelas antenas instaladas nas praças de pedágio e nas pistas de entrada e saída de estacionamentos. Após a passagem por pedágios e estadias em estacionamentos, o sistema registra e compila os valores devidos pelos clientes, realiza uma cobrança mensal em data pré-fixada. Os fornecedores de tais serviços podem ser denominados Operadoras de Serviços de Arrecadação ("OSA"). A OSA celebra contratos com clientes pessoa física ou jurídica, mediante os quais fornece ao usuário um sticker ou tag para ser afixado em veículos automotivos. O sticker ou tag devidamente fixado no automóvel garante o pagamento automático de pedágios ou do custo de estadia em estacionamentos urbanos atendidos pela OSA, tais como shoppings, aeroportos, prédios comerciais, estacionamentos privados de rua, grandes arenas multiuso, hospitais (doravante denominados, de forma genérica, de "estacionamentos privados urbanos"). A OSA realiza os pagamentos relacionados ao pedágio e à estadia nos estacionamentos à concessionária da rodovia ou ao proprietário/operador dos estacionamentos, respectivamente, atribuindo os referidos débitos ao usuário reconhecido via sticker/tag pela infraestrutura localizada nas pistas de pedágio ou próximo às cancelas do estacionamento. Os fundos utilizados na realização do pagamento podem tanto estar vinculados a uma conta pré-paga associada ao cliente (que pode ser automática ou manualmente recarregada conforme o uso) ou a uma conta pós-paga associada ao cliente, caso em que os fundos serão desembolsados pela OSA e o valor equivalente posteriormente faturado ao cliente. Em contrapartida pela comodidade, o usuário normalmente remunera a OSA por um valor identificado como "mensalidade". Entretanto, para regular o relacionamento com o destinatário final dos valores, a OSA celebra contratos de prestação de serviços com proprietários/concessionários de estacionamentos ou com concessionárias de rodovias ("Estabelecimentos"). Esses contratos também garantem à OSA a oportunidade de viabilizar o pagamento automático de pedágio e estacionamentos para seus usuários, proprietários de veículos automotores que trafegam pelas rodovias e permanecem em estacionamentos. A partir do momento em que a OSA registra a passagem do veículo devidamente identificado com o sticker/tag pelo pedágio ou pela saída de automóvel do estacionamento, o valor devido é contabilizado pela própria OSA e pelo Estabelecimento (que pode ser tanto (i) a concessionária da rodovia quanto (ii) o próprio proprietário do estacionamento ou a operadora dele). Em prazo acordado no contrato de prestação de serviços, a OSA transfere a soma dos valores registrados pela passagem / permanência de veículos automotores ao Estabelecimento. No caso dos pedágios, os valores integrais decorrentes da passagem do veículo serão transferidos à concessionária. Já no caso dos estacionamentos privados urbanos, a OSA repassará os valores decorrentes da permanência dos veículos, deduzidos de um montante correspondente à taxa de intercâmbio, que é atribuível à OSA. Feita essa breve síntese, a Seção 3 abaixo apresentará maiores detalhes sobre a conduta anticompetitiva da SEM PARAR (...)

o fato é que a SEM PARAR tem posição **incontestavelmente dominante** no mercado de pagamento automático de estacionamentos e pedágios. De fato, e conforme reconhecido pela própria empresa em comunicações à mídia, a SEM PARAR é a líder absoluta de mercado. A SEM PARAR está presente em aproximadamente 90% dos veículos automotivos que utilizam a tecnologia de pagamento automático de pedágios e estacionamentos uma carteira estimada em aproximadamente 5,5 milhões de automóveis conforme informações públicas (...). O segundo maior *player* em termos de participação é a Conectar -que a VELOE estima deter quase a totalidade dos restantes 10% de usuários que utilizam o serviço de pagamento automático de estacionamento e pedágios, com base atualmente estimada em 650-700 mil clientes. Em 2015, a base da Conectar era estimada em 510 mil usuários, conforme informações publicamente disponíveis (...) ao contratar um serviço de pagamento automático de estacionamentos e pedágios, o cliente tem a expectativa de poder usufruir da maior cobertura possível - tanto para pedágios quanto para grandes estacionamentos urbanos. Nesse cenário, desde que a cobertura das OSAs seja equivalente, o cliente poderá escolher aquela que melhor atendê-lo em termos de preços e demais condições comerciais. Por outro lado, se o entrante não tem cobertura equivalente aos concorrentes estabelecidos, a competição simplesmente não é viável: dado que o usuário não percebe o produto significativamente mais limitado em termos de abrangência como uma substituição possível para o produto incumbente, não desviará sua demanda para os fornecedores entrantes. (...) Diante do exposto, conclui-se que a possibilidade de o entrante apresentar cobertura equivalente aos incumbentes é condição necessária para que possa exercer pressão competitiva efetiva no mercado de pagamento automático de estacionamentos e pedágios. Essa condição, entretanto, tem se tornado impossível de cumprir em virtude do comportamento anticompetitivo da SEM PARAR, conforme será explicado abaixo (...). O motivo que explica essa cobertura irrestrita é o fato de a infraestrutura (antena) ser detida pelas próprias concessionárias”

(Fonte: Representação DOCSEI 0544762)

Referiu basicamente que a Consulta que analisou o contrato de compartilhamento de antenas entre CGMP/SemParar e Conectar (Consulta n 08700.007192/2015-94) teria aprovado o relacionamento entre ambas empresas, porque as mesmas teriam referido ao CADE que cobriam dos concorrentes pelo acesso às suas antenas de maneira isonômica. Todavia, nos autos confidenciais, a Veloe sustentou que:

Acesso restrito ao CADE, à CBSS/Veloe e à CGMP/SemParar

(Fonte: Representação DOCSEI 0544762)

Ou seja, segundo a Veloe:

Um valor de **Acesso restrito ao CADE, à CBSS/Veloe e à CGMP/SemParar/** antena + **Acesso restrito ao CADE, à CBSS/Veloe e à CGMP/SemParar** antecipado seria um valor justo, sendo inclusive ofertado pela própria empresa. Todavia, uma ligeira modificação em tais parâmetros tornaria o valor cobrado como anticompetitivo: valor de **Acesso restrito ao CADE, à CBSS/Veloe e à CGMP/SemParar /** antena + **Acesso restrito ao CADE, à CBSS/Veloe e à CGMP/SemParar** antecipados. Além disto, pelo que se pode analisar da denúncia, a Veloe entende que tais parâmetros representariam uma verdadeira recusa em compartilhar a infraestrutura tida por essencial.

Solicitou, assim, que o CADE determinasse, via medida preventiva, à SemParar que imediatamente retomasse as negociações com a VELOE nos termos e condições do

contrato celebrado com a Conectcar para o compartilhamento das antenas, em atenção à decisão proferida pelo Tribunal do CADE na Consulta.

2.2. Abertura de Procedimento Preparatório

Por meio do Despacho SG nº 31/2018, foi instaurado procedimento preparatório em 7 de novembro de 2018. Foram enviados ofícios de instrução.

- Ofício nº 5281/2018/CADE para Conectcar
- Ofício nº 5287/2018/CADE para SemParar/CGMP - Centro de Gestão de Meios de Pagamentos Ltda.
- Ofício nº 5288/2018/CADE para Estapar Estacionamentos

2.3. Resposta da SemParar

Em 10 de dezembro de 2018, a SemParar alegou que:

A definição do mercado relevante trazida pela Veloe não é adequada à análise antitruste e resulta, de forma conveniente à Representação, em uma posição dominante que não existe. O mercado relevante a ser considerado, segundo a SemParar, seria, pelo menos, o de *fornecimento de serviços de pagamento automático para veículos, com forte pressão competitiva exercida por outros meios de pagamento, entre eles os cartões e o dinheiro*. Referiu que segmento de estacionamentos é periférico ao de pedágios. A CGMP/Sem Parar alega que iniciou o desenvolvimento do segmento de estacionamentos como forma de diversificar seu negócio, mas os motoristas ainda instalam os "TAGs" (Transponder de Identificação Veicular) principalmente para o uso em pedágios.

Além disto, não haveria nenhuma contradição entre as práticas da CGMP/Sem Parar e as decisões do CADE, já que as condições comerciais oferecidas à Veloe não seriam discriminatórias, devendo ser observado o princípio da isonomia ao se comparar Veloe e ConectCar, assim como comparar a ConectCar com qualquer outro interessado. Se assim, não o fosse, discriminar-se-ia a ConectCar. A consulta relativa ao contrato celebrado entre a CGMP/SemParar e a ConectCar - Consulta nº 08700.007192/2015-94 ("Consulta") - se limitou a reconhecer a legitimidade da conduta empresarial analisada naquela oportunidade e naquele contexto. O Tribunal entendeu claramente que *eram lícitos os contratos de prestação de serviço de leitura de etiquetas eletrônicas de radiofrequência a serem firmados pelas Consulentes na forma específica como*

submetidos a esse Tribunal. Sustenta a CGMP/SemParar que a resposta a uma Consulta é restrita à relação contratual entre as Consulentes. O CADE, segundo a representada, não entendeu que o contrato só seria válido com a condição de se celebrar contratos iguais com quem quer que fosse, mesmo que o interessado se encontrasse em condições diferentes, nem por tempo ilimitado, já que o contexto sempre muda.

Sustentou a CGMP/SemParar que não há que se falar em recusa de negociação de acesso a antenas, já que houve longa negociação, infelizmente infrutífera. Sustenta, também, que mesmo que houvesse recusa, a Veloe, assim como qualquer *player* interessado, não dependeria das antenas da CGMP/SemParar. A denunciante poderia instalar suas antenas (ou mesmo seguir desenvolvendo tecnologias próprias e substitutas às antenas) em uma infinidade de locais, redes, estacionamentos, mercados, hospitais. E isso já estaria acontecendo, conforme a representada.

Também, sustenta que não existiria, para a CGMP/SemParar, no contrato assinado entre Estapar e CGMP, nenhuma cláusula capaz de causar restrição concorrencial. Mesmo que existissem cláusulas restritivas, o mercado de estacionamentos continuaria à disposição da Veloe: a Estapar responderia por número limitado de vagas de estacionamentos, sendo reduzida a abrangência da hipotética cláusula restritiva. Dever-se-ia, conforme a Representanda, lembrar que a Veloe faz parte do Grupo Alelo, tendo como acionistas Banco do Brasil, Bradesco e Caixa Econômica Federal. A constituição da Veloe faz parte da estratégia de verticalização bancária, alvo de preocupações recentes do Cade e que estaria em um mercado adjacente ao de TAGs.

Após apresentação de vários argumentos, a Representada solicitou que não fosse concedida medida preventiva e que fosse arquivado este Procedimento Preparatório, por total ausência de questão concorrencial a ser investigada, nos termos do artigo 66, §21, da Lei no 12.529/2011.

2.4. Encaminhamentos intermediários

Houve reuniões das partes com a Superintendência Geral em 19/12/2018 e 8/01/2019. Houve manifestação de várias partes, em 23 de janeiro de 2019, por parte da representante (DocSEI 0571509), repisando seus argumentos, e em 8 de fevereiro de 2019 (DocSEI 0578435) por parte da Representada.

2.5. Abertura de inquérito

A Nota Técnica 3/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE sugeriu abertura de inquérito administrativo. Na referida Nota, a Superintendência Geral do CADE salientou o seguinte:

“ Com efeito, para garantir-se tal abrangência, os *players* desse mercado deveriam, *inter alia*, realizar investimentos em infraestrutura. Ocorre que, no caso de estacionamentos para *shopping centers*, a Representada e a ConectCar, quando da Consulta nº 08700.007192/2015-94, argumentaram ser “*inviável tecnicamente que coexistam no mesmo estacionamento várias antenas de diferentes sociedades empresárias operando na mesma frequência para a leitura dos TAG fixados nos veículos*”, razão pela qual os contratos de compartilhamento “*seriam essenciais para que mais de uma empresa de arrecadação eletrônica atue em dado estacionamento*”. Não obstante, no Voto do Conselheiro-Relator daquela Consulta, esclareceu-se que, embora, de fato, não seja possível a coexistência de mais de uma antena operando na mesma frequência em razão de problemas de interferência dos sinais, é possível que mais de uma empresa atue no mesmo estacionamento caso a antena de cada uma opere com sua própria frequência. Para tanto, contudo, “*cada empresa teria que realizar investimentos em uma infraestrutura que, se compartilhada, otimiza os custos globais e permite que cada empresa ofereça o serviço a seus clientes a um preço menor*”. Dentre as preocupações concorrenciais do Contrato de compartilhamento de antenas realizado entre a Sem Parar e a ConectCar, o Relator destacou a possibilidade de que tais empresas viessem a impedir que terceiros participassem do compartilhamento de infraestrutura, impondo-lhes custos muito superiores aos seus e limitando a possibilidade de novos entrantes no mercado. Para afastar, à época, tais preocupações, levou-se em consideração o disposto no item 1.2 da cláusula primeira, em que previsto expressamente que **III (Acesso Restrito ao CADE e à Sem Parar)**, bem como o teor dos itens 4.3 e 4.3.1, em que acordado, respectivamente, que **(Acesso Restrito ao CADE e à Sem Parar)** e que **(Acesso Restrito ao CADE e à Sem Parar)**. Segundo o Conselheiro-Relator:

“Tais disposições contratuais são suficientes para evitar que os contratos firmados sob a forma de prestação de serviço, na prática, fechem o mercado para terceiros, visando o domínio conjunto do mercado pelas Consulentes. Com efeito, em um contexto em que não fosse permitida a prestação do referido serviço a terceiros ou não se garantissem as mesmas condições contratuais, as Consulentes poderiam impor barreiras à replicação do modelo de contratação, por meio, por exemplo, da exigência de preços exorbitantes”.

Segundo a Representante, a Sem Parar estaria recusando-se a contratar com a Veloe, exigindo preços abusivos para a contratação do compartilhamento de infraestrutura e discriminando-a, por não lhe oferecer os mesmos preços e condições do contrato por ela celebrado com a ConectCar e apreciado pelo CADE.

Em sua manifestação, a Representada alega que a diferença de termos e condições resulta **(Acesso Restrito às Partes)**.

Com efeito, se comparados os termos e valores pactuados para o compartilhamento de infraestrutura do Contrato entre a Representada e a ConectCar, verifica-se uma clara dissonância daqueles com os termos e valores exigidos para o compartilhamento com a Representante. Senão vejamos.

Tabela 02 – Comparativo Termos e Valores Contratuais [Acesso Restrito ao CADE]

Na tabela acima, constam também os termos e valores vigentes entre a Sem Parar e a ConectCar após celebração, em 24/07/2017, do Primeiro Aditivo ao Contrato celebrado entre elas, que elevou em mais de **(Acesso Restrito ao CADE)** o preço total originalmente pactuado para a prestação de serviços de leitura de etiquetas eletrônicas por radiofrequência.

Chama a atenção não só o expressivo aumento do valor anual pago por antena, mas também a data de tal contrato, que parece coincidir com o período de entrada de outros *players* no mercado e a busca, por estes, do compartilhamento de infraestrutura com as incumbentes. Desta forma, entende-se existirem indícios de que a, até então, hipotética preocupação concorrencial apontada na Consulta estaria se concretizando.

Ou seja, as incumbentes aumentaram o custo do pagamento por antena para elevar o custo para novas entrantes. Como as incumbentes (Sem Parar e Conectcar) possuem número similar de antenas, o aumento desse valor não onera os seus custos (o pagamento de uma é compensado pela cobrança da outra). Contudo, para novas empresas que não possuem antenas ou possuem um número reduzido, a elevação desse valor eleva de forma significativa os custos de entrada e manutenção no mercado. Dessa forma, a prática, caso não haja uma justificativa econômica fundamentada, teria apenas o objetivo exclusionário.

Em relação à exclusividade com a Estapar, a SG também buscou recomendar a continuidade de investigações. Todavia, entendeu que não havia se verificado os requisitos para concessão de Medida Preventiva, recomendando, apenas, abertura de Inquérito Administrativo.

Do ponto de análise instrutória, foram enviados os seguintes ofícios:

- Ofício 876/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE à Centro de Gestão de Meios de Pagamentos Ltda (“CGMP” ou “Sem Parar”) [Doc SEI 0579666]
- Ofício 877/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE à Conectar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A. (“Conectar”) [Doc SEI 0579672]

No dia 19 de fevereiro de 2019, a Veloe deu ciência à SG a respeito da interposição de Recurso Voluntário contra a decisão denegatória de Medida Preventiva. No dia 27 de fevereiro de 2019, a CGMP/SemParar apresentou manifestação sobre a Nota Técnica 3/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Alegou, novamente, não haver recusa de contratação e que os preços cobrados seriam razoáveis. Também, sustentou não haver discriminação.

Referiu que uma vez que as condutas da CGMP não configuram discriminação ou recusa de contratar, e tampouco são capazes de impedir a entrada da Veloe no mercado, não haveria necessidade de se mensurar as eficiências de suas práticas e que não haveria conduta coordenada entre CGMP/SemParar e Conectar.

No dia 6 de março de 2019 foi enviado ofício 558/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE à GreenPass [Doc SEI 0588619].

No dia 8 de março de 2019, a Conectar apresentou manifestação sobre a Nota Técnica 3/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE (DocSEI 0589974). Do ponto de vista de mercado relevante, a Conectar compreendeu que a definição apresentada pela dd. SG, parte do pressuposto que o *tag* é a única tecnologia para alcançar o objetivo do consumidor, de realizar o pagamento com maior comodidade e segurança. Todavia, a parte sustenta que tal premissa está equivocada e que há outros métodos de pagamento podem substituir o pagamento por tag, inclusive métodos tradicionais como dinheiro e cartão de crédito. Também, podem haver outras soluções substituíveis.

Por exemplo, a MasterCard anunciou uma ferramenta que vai permitir que motoristas paguem pedágios por meio de pulseira que conterá tecnologia de comunicação por aproximação (i.e. NFC). Está previsto que o banco emissor desse dispositivo será o Santander, com o apoio da empresa Stone. Segundo foi noticiado os primeiros terminais de pedágio que aceitarão o sistema serão os da Ecorodovias e as transações também poderão ser feitas por smartphones que têm carteiras digitais e cartões de crédito e débito com recurso de pagamento sem contato.

Sustentou, também, que a Conectar:

- sempre respondeu de forma ágil e coerente aos contatos da Veloe.
- demonstrou abertura para negociar termos e condições compatíveis com seus custos, o custo de oportunidade e a própria oportunidade oferecida para os interessados.
- jamais abandonou qualquer negociação, muito menos de forma imotivada. Prova disso é que a Representante celebrou o Contrato Veloe com a Conectar.

Referiu, também, que a Conectar, a Veloe e toda e qualquer OSA que pretenda ingressar no mercado, sabe que o valor de R\$ 2.511,58 (dois mil, quinhentos e onze reais e cinquenta e oito centavos), conforme constou no Contrato Original, à época estipulado sem parâmetro econômico, não paga nem mesmo o custo dos equipamentos principais. Some-se a isso que tem toda a mão-de-obra para instalação, manutenção permanente (24/7) e a margem de retorno das empresas. Alegou, também, que o próprio CADE já se pronunciou inúmeras vezes, e com muito acerto, que não é função da autoridade de defesa da concorrência regular preço.

Ao final, a Conectar solicitou que o Inquérito Administrativo fosse julgado improcedente e arquivado.

A Greenpass Tecnologia em Pagamentos S.A. apresentou manifestação nestes autos no dia 18 de março de 2019 (DocSEI 0593447). Relatou que a ConectCar detém uma participação de 0-10% no setor, enquanto a Sem Parar detém sozinha aproximadamente 90-100%, conforme concluiu a SG no Parecer 9/201 6/CGAA3/SGA1 /SG no âmbito do Ato de Concentração 08700.003024/2016-19. Referiu que apesar de novas concorrentes buscarem sua entrada no setor, elas são impedidas por conta de uma série de dificuldades, muitas criadas pelas práticas das duas concorrentes já estabelecidas. Salientou que a empresa Greenpass é uma startup fundada em setembro de 2017 e vem, desde então, trabalhando para concluir todas as etapas necessárias para viabilizar o oferecimento de dois produtos, a saber: o *Taggy*, para pagamento eletrônico de pedágios em rodovias federais e estaduais, tendo já sido a sua operação autorizada pelas agências reguladoras desde o ano de 2018; e o *Parkky*, serviço que habilitará o usuário a pagar estacionamentos privados', comumente encontrados em *shopping centers* e *aeroportos*.

A GreenPass salientou que o contrato de compartilhamento de antenas firmado entre Sem Parar e ConectCar foi objeto da Consulta 08700.007192/2015-94 levada ao Cade pelas duas empresas, sendo que na ocasião da análise do referido contrato,

preocupações com os potenciais impactos anticompetitivos da impossibilidade de acesso de outras concorrentes às antenas foram levantadas no voto do Conselheiro Relator João Paulo e que naquela oportunidade o CADE já havia sinalizado que seria uma preocupação concorrencial que as duas empresas incumbentes viessem a impedir que terceiros participassem do compartilhamento da infraestrutura.

Relatou que com relação à possibilidade de compartilhamento com a Sem Parar, apesar das dezenas de ligações para Pedro Donda (Presidente da Sem Parar à época) e Maria Norma Ushizima Pietro (CFO) e dos sucessivos e-mails encaminhados pela Greenpass à Sem Parar, a negociação restou paralisada, sem que a entrante sequer recebesse uma proposta. Relatou que duas ou mais Antenas, operando em uma mesma frequência e instaladas em uma mesma pista, irão gerar inconsistência na leitura/identificação dos TAGs. Isto porque os TAGs ficam em estado de latência, ou seja, somente emitem o sinal de radiofrequência quando estão na presença de uma Antena. Já as Antenas emitem constantemente o sinal de radiofrequência, a fim de captar imediatamente a presença dos TAGs e efetuar a sua leitura. Operassem duas ou mais Antenas em uma mesma frequência, na mesma pista, cada uma delas emitiria sinais de modo não sincronizado, e o TAG, em sua resposta, sofreria interferência das duas ou mais Antenas, e poderia haver um embaralhamento das informações trocadas entre TAG/Antenas, ocasionando erros de leitura, em prejuízo dos usuários do sistema e da operação do Estacionamento. Não sendo possível, tecnicamente, instalar mais de uma Antena de mesma frequência junto às cancelas do Estacionamento devido a questões técnicas de engenharia, como atesta o laudo técnico da Honeywell Scanning and Mobility, apresentado pela GreenPass, e sendo as Antenas um dos meios físicos indispensáveis à prestação dos serviços das Consulentes, e, igualmente, de todas as concorrentes atuais e potenciais dessas duas empresas, as Consulentes querem celebrar um "Contrato de Prestação de Serviços de Leitura de Etiquetas Eletrônicas por Radiofrequência" com as incumbentes.

Sustenta que - ainda que esses entraves técnicos pudessem ser superados - a existência de múltiplas antenas tenderia a prejudicar a experiência do consumidor com a utilização do produto. A uma, porque múltiplas antenas instaladas junto a uma cancela, causariam um delay indesejável na abertura da cancela, uma vez que o Tag do usuário precisará "falar" com cada uma das antenas instaladas. A duas, porque a operação de antenas em frequência diversa daquelas já instaladas obrigaria os usuários dessas novas

antenas a terem duas Tags nos seus veículos. Sustenta a GreenPass que a frequência atualmente usada por Sem Parar e ConectCar nas antenas que compartilham é a mesma utilizada em pedágios, o que viabiliza a utilização de apenas um Tag por seus usuários. Ou seja, mesmo nesse cenário hipotético em que as inviabilidades técnicas da coexistência de múltiplas antenas pudessem ser superadas, essa diferença de frequência criaria a necessidade de os consumidores instalarem em seus veículos outros Tags, além daqueles que têm o padrão definido pelas concessionárias de rodovias. Haveria, nesta hipótese, uma duplicação dos custos para instalação de antenas em veículos, com consequente redução do bem-estar dos usuários do serviço. Nesse sentido, sustenta a GreenPass que o acesso as antenas instaladas em estacionamentos de shoppings e aeroportos é um elemento essencial para o fornecimento do serviço de pagamento automático com tecnologia AVI. Haveria uma clara dificuldade de reproduzir a estrutura já criada pelas empresas incumbentes nestes estacionamentos, que decorre principalmente da inviabilidade técnica de instalar diversas antenas na mesma pista sem a adequada configuração de ciclagem conjunta, visando que as antenas operem de forma coordenada, um procedimento que na prática de mostra ineficiente e inviável conforme mencionado anteriormente.

Em março de 2019, foram expedidos ofícios pela SG:

- OFÍCIO Nº 2021/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE – para Move Mais
- OFÍCIO Nº 2042/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE – para GreenPass

A Move Mais (DocSEI 0601366) relatou que não atua com o serviço de meio de pagamento automático para estacionamentos, mas apenas no serviço de meio de pagamento automático de pedágios, junto a todos os estados brasileiros com abrangência nacional de cobertura e expansão perante a todas as concessões de rodovias privadas, exceto o Espírito Santo. Referiu que não pratica nenhum modelo de compartilhamento de infraestrutura no tocante das antenas RFID 915 Mhz, já que suas operações se resumem ao modelo de negócio para Pedágios, sendo que toda a infraestrutura cedida foi disponibilizada pelas Concessionárias que estão na administração da ARTESP e da ANTT. Alegou que tentou negociar com a Conectar compartilhamento de antenas, mas que entendeu que os preços estavam muito altos.

No dia 9 de abril de 2019, a CGMP/SemParar se manifestou sobre o relato da GreenPass. (DocSEI 0601590). Relatou que há chance de competição sem acesso às

antenas já instaladas pela SemParar, bem como há possibilidade de duplicação das mesmas. Apresentou foto mostrando como é possível, tecnicamente, compartilhar cancelas:

Estacionamento do Shopping Diamond Mall, em Belo Horizonte: Veloe opera sozinha em uma cancela e compartilha a outra cancela com CGMP e ConectCar



Figura 2 – Evidência apresentada pela CGMP/Sem Parar de que cancelas podem ser compartilhadas

Shopping Cidade São Paulo: duas antenas na mesma cancela



Outlet Catarina/SP: duas antenas paralelas



Figura 3 - Evidência apresentada pela CGMP/Sem Parar de que cancelas podem ser compartilhadas

A CGMP/SemParar refere que haveria outras tecnologias concorrentes, como: (i) OPnGo, feito por meio do reconhecimento de placas (ii) pulseira, relógios, adesivos para

pagamento automático de pedágios via tecnologia *Near-FieldCommunication* ("NFC") e (iii) uso de comunicação *Bluetooth* com *smartphones* (por meio de "*beacons*", substitutos das antenas de radiofrequência) e leitura de *QR Codes*. Também, ressaltou que não negou acesso a suas antenas, mas que não deveria ser obrigada a compartilhar estes ativos com seus concorrentes, por não ser uma infraestrutura essencial e por haver uma necessidade de remuneração adequada de seu ativo.

No dia 26 de abril, a SG enviou os seguintes ofícios:

- o ofício 2712/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE para a GreenPass, cuja resposta foi apresentada em 9 de maio de 2019 (DocSEI 0612975);
- o ofício 2725/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE para a SemParar cuja resposta foi apresentada em 10 de junho de 2019 (DocSEI 0625032);
- o ofício 2726/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE para a MoveMais, cuja resposta foi apresentada em 9 de maio de 2019 (DocSEI 0612876);
- o ofício 2728/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE para a Veloe, cuja resposta foi apresentada em 9 de maio de 2019 (DocSEI 0613120);
- o ofício 2729/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE para Conectar, cuja resposta foi apresentada em 7 de junho de 2019 (DocSEI 0624763)

Em 29 de abril de 2019, a GreenPass solicita admissão com terceira interessada no caso, o que foi deferido por meio da Nota Técnica 20/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE e do Despacho SG 593/2019.

No dia 17 de junho de 2019, a GreenPass apresentou manifestação de terceira interessada, repisando seus argumentos. Sustenta a GreenPass que a não apresentação de uma proposta de compartilhamento de antenas por parte da representada, “além de representar um descumprimento das obrigações assumidas e impostas no âmbito da Consulta, causa um prejuízo nítido à livre concorrência, já que decorre do exercício abusivo de poder de mercado da Sem Parar, que, ao recusar a contratação, também aumenta artificialmente as barreiras à entrada, tornando-as praticamente intransponíveis, impossibilitando o acesso à infraestrutura necessária para o estabelecimento de concorrentes no mercado a jusante.”

Além disto, a GreenPass sustenta que os pedágios usam a frequência de 915 MHz e que os pedágios são “o principal filão do mercado”, não sendo negociável o uso de tal frequência para a viabilidade financeira de uma OSA. Assim, “seria interessante se todas

as OSAs pudessem implantar suas próprias antenas em um estabelecimento e ali operar na mesma frequência 915 MHz. Entretanto, a congestão do espectro eletromagnético é um fenômeno da natureza, corolário das leis da ondulatória; como tal, é inexorável. Por isso, a instalação de múltiplas antenas em local próximo não é factível - exceto a custo de íntima coordenação e, mesmo assim, em situações excepcionais”.

Sustenta que do ponto de vista espacial, haveria limitação para instalação de antenas. Relata que um sistema de RFID consiste em dois componentes básicos: leitores e *tags*. Um *tag* é um pequeno circuito que estoca e transmite um identificador único. No caso de identificação veicular, o *tag* é distribuído pela OSA na forma de um adesivo a ser afixado no para-brisa, em posição ideal. Quando interrogado por um leitor, o *tag* transmite seu identificador de modo a permitir que o sistema registre o fluxo daquele veículo naquele local.

Refere a GreenPass que “o *tag* é um elemento passivo, não possuindo energia própria. Assim, de modo a viabilizar a transmissão de seu sinal, o *tag* obtém energia derivada do campo eletromagnético gerado pelo leitor, via indução magnética (acoplamento). Tendo em vista a existência de direção e sentido para os vetores do campo magnético, bem como intensidade e decaimento de seu sinal, a devida geração de energia no elemento passivo depende de seu correto alinhamento e posicionamento, devendo ocorrer em uma região específica alvejada pelo leitor ("região de interrogação"). Como demonstra a imagem abaixo, o leitor ideal está posicionado no centro de uma pista, atacando o veículo frontalmente, devendo este se encontrar também centralizado e alinhado.

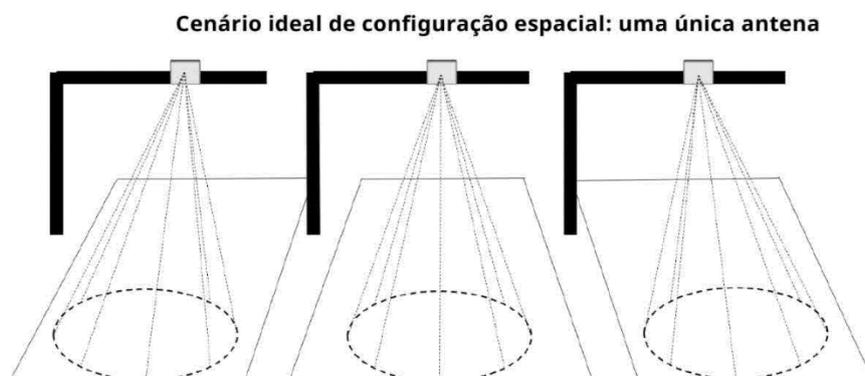


Figura 4 – Cenário de uma única antena (Fonte: GreenPass)

A GreenPass alega que se houver a instalação de antenas pelos diferentes concorrentes, haveria um cenário caótico que seria advindo da colocação de uma antena para cada uma das cinco OSAs habilitadas para atuar no mercado nacional atualmente:

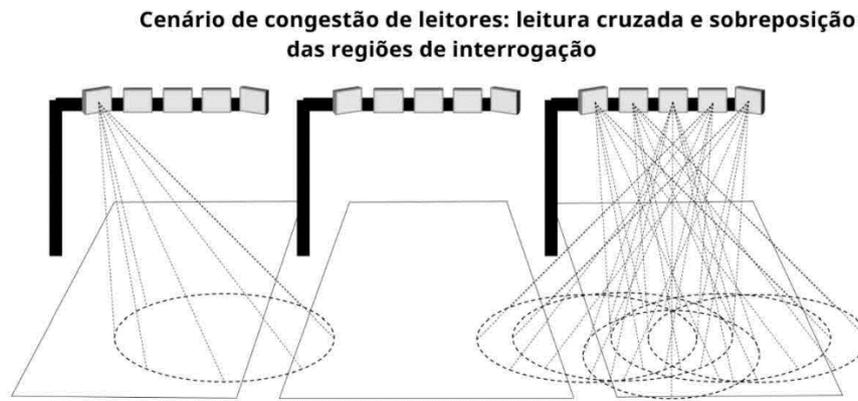


Figura 5 - Cenário de várias antenas (Fonte: GreenPass)

Por isso, a GreenPass sustentou que:

“a imagem revela um cenário esteticamente desagradável. Nenhum estacionamento está disposto a aceitar a aposição de antenas dessa forma, formando verdadeiro varal" de antenas. Tal fato por si só gera uma barreira à entrada adicional, uma vez que os estacionamentos não permitiriam que cada OSA instalasse sua própria antena por uma questão de preservar a estética do empreendimento. Porém, isso é apenas a ponta do iceberg dos problemas. Percebe-se, da imagem, que as antenas posicionadas nas laterais têm uma leitura cruzada e não frontal, o que prejudica ou inviabiliza sua leitura. Além disso, a região de interrogação de uma antena lateral invade a pista ao lado, podendo acidentalmente efetuar a leitura do *tag* de veículo naquela pista ("leitura cruzada"), ou seja, a cancela ao lado é aberta pelo Tag do veículo de outra pista, o que causará problema de entrada de um e problema de saída de outro. Ou seja, na prática, antenas laterais são inviáveis. Quando reinserimos na equação o problema da interferência, temos um cenário verdadeiramente proibitivo.”

Então a recusa de contratação unilateral da SemParar já seria anticompetitiva, em razão de ser proibitivo existir mais de uma antena por estacionamento, não sendo possível sua duplicabilidade. Também, o valor cobrado pela Conectar para acessar tais antenas seria ilícito e injusto, no âmbito unilateral, pelos seguintes argumentos econômicos.

A tese da GreenPass é que a inclusão de *players* no uso das antenas diminui o custo por antena, conforme tabela abaixo. Frise-se que a tabela abaixo sustenta haver um limite de “remuneração” adequada pelo capital investido pelos incumbentes em antenas, além de haver um valor justo pela taxa de administração dos ativos e pelo lucro das empresas no referido compartilhamento.

ACESSO RESTRITO

Tabela 1 – Remuneração considerada justa pela GreenPass

Após, a GreenPass subtraiu do valor que lhe foi cobrado por antena pela Conectar o valor que entende ser o custo (sem remuneração) de 1 player no mercado construir uma antena. Ao delta de tal subtração imputou a alcunha de “enriquecimento ilícito”:

ACESSO RESTRITO

Tabela 2 – Enriquecimento indevido considerado pela ótica da GreenPass

No entanto, sugeriu que o CADE condene as representadas, determinando sua separação jurídico e contábil, para separar a empresa por tipo de atividade. De um lado, seria separada a empresa responsável (i) pela operação de antenas e, de outro lado, (ii) restaria a empresa responsável pela intermediação de pagamento automático via AVI por RFID. Sugeriu, também, que, cumulativamente, o CADE determinasse o preço e o lucro do compartilhamento de antenas, por meio de uma regra de “rateio”, proporcional ao número de agentes, atualizado pelo IGP-M, conforme tabela abaixo:

ACESSO RESTRITO

Tabela 3 – Valores considerados justos, pela GreenPass, se forem cobrados de forma não-discriminatória

Tais seriam as condutas unilaterais aventadas pela GreenPass às representadas.

Além disto, refere a GreenPass que a SemParar e a Conectar estariam realizando conduta colusiva, já que

“ao praticarem, ambas, a discriminação e recusa de contratação com concorrentes, reservando uma exclusividade *de facto* de contratação entre si, as Representadas conseguem (1) operar com custos reduzidos, (2) impor custos artificialmente mais altos às concorrentes, (3) alhear-se da competição por abrangência geográfica, obtendo divisão territorial de mercado, e (4) manejar o fechamento de mercado e, com isso, o controle da oferta total (...) Na verdade, o que Conectar e Sem Parar realizam entre si é um encontro de contas e não o repasse de valores, que pode até ocorrer de forma residual e se referir ao mero diferencial de antenas entre uma e outra. Apesar de o aditivo representar em regra custos adicionais irrelevantes para as Representadas, o aumento do valor contratual implica a majoração proibitiva dos custos de entrada de concorrentes e gera, por consequência, a ausência de competição pelo fechamento de mercado. A SG já percebeu esse racional econômico em sua Nota Técnica de instauração, constatando que “as incumbentes aumentaram o custo do pagamento por antena para elevar o custo para novas entrantes”, e asseverou que “a prática, caso não haja uma justificativa econômica fundamentada, teria apenas o objetivo exclusionário”. Em resumo, com um contrato de compartilhamento de infraestrutura que permite às Representadas ampliar sua abrangência geográfica e cortar seus gastos pela metade sem custo adicional, suas condutas unilaterais que impedem concorrentes de acessar os mesmos benefícios, e um aditamento assinado conjuntamente que viabiliza o aumento dos custos para contratação do serviço prestado no mercado a montante por novas rivais, a coordenação entre Conectar e Sem Parar se torna evidente.

Assim, tanto Conectcar quanto Sem Parar praticam condutas anticompetitivas colusivas, exercendo abusivamente seu poder de mercado.”

Após estes movimentos processuais, a SG, com auxílio deste DEE, elaborou nova análise instrutória, a partir dos seguintes ofícios:

- Ofício 5034/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE à Centro de Gestão de Meios de Pagamentos Ltda (“CGMP” ou “Sem Parar”) [Doc SEI 0642328]
- Ofício 5038/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE à Companhia Brasileira de Soluções e Serviços - CBSS (Veloce) [Doc SEI 0642362]
- Ofício 5039/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE à Conectar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A. ("Conectar") [Doc SEI 0642376]
- Ofício 5040/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE à Move Mais [Doc SEI 0642379]
- Ofício 5041/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE à Greenpass [Doc SEI 0642382]

Após recebidas as respostas de tais ofícios, o caso encontra-se em conclusão.

2.6. Decisão do CADE no Recurso Voluntário 08700.000989/2019-94

A Conselheira Paula Azevedo, no âmbito do Recurso Voluntário acima referido, revisitou a decisão da SG e deferiu a medida preventiva com base nos argumentos abaixo referidos. Inicialmente, definiu o mercado relevante como sendo “mercado nacional de identificação eletrônica de veículos de estacionamentos”.

Após, compreendeu que o CADE, ao aprovar o compartilhamento de antenas entre SemParar e Conectar estabeleceu as seguintes condições e garantias:

- 1) A existência de eficiências geradas pela redução global de custos promovida pelo Contrato;
- 2) A inexistência de exclusividade entre as Consulentes;
- 3) A inexistência de exclusividade entre as Consulentes e proprietários de estacionamentos;
- 4) A contratação com novos entrantes interessados na mesma prestação de serviço;
- 5) O estabelecimento de mesmos preços e condições para novos entrantes interessados na mesma prestação de serviço.

A Sem Parar, como referido acima, argumentou que a razão de ofertar preços diferentes à Veloe deve-se ao fato, dentre outros, de que a Veloe não oferece outras antenas como contrapartida ao compartilhamento. Entretanto, de acordo com o voto do CADE, essa nunca foi uma exigência feita pelas partes e, em se tratando de um contrato de prestação de serviços, a contraprestação ao serviço seria pecuniária. Verificou-se que houve mudança nos termos contratualizados, motivo pelo qual o CADE tomou a seguinte decisão:

“a Sem Parar não tem se valido dos mesmos termos e condições do contrato de prestação de serviços que fez junto à ConectCar. Na primeira oferta feita à Veloe, a Sem Parar apresentou proposta de preço de [ACESSO RESTRITO À VELOE E À SEM PARAR] anual por antena [ACESSO RESTRITO À VELOE E À SEM PARAR] e compreendendo a totalidade de antenas detidas pela Sem Parar. Vale destacar que nenhuma dessas condições existiu no contrato entre ConectCar e Sem Parar, que não demandava a cobrança pela prestação de serviços na cobertura total de antenas detidas pelas partes e no qual o valor era de [ACESSO RESTRITO À SEM PARAR E À CONECTCAR] por ano por antena [RESTRITO À SEM PARAR E À CONECTCAR].

(...)

Por tudo quanto exposto, entendo que se fazem presentes os requisitos de plausibilidade do direito e de perigo na demora necessários para conceder a medida preventiva. Trata-se de um juízo de cognição sumária, de modo que nada obsta que, com o aprofundamento das investigações, seja revelado um cenário distinto do atual que permita a revogação da medida concedida.

(...)

Ressalta-se que a medida preventiva concedida não significa uma regulação de preços por parte do CADE, mas tão somente a imposição de que o preço anteriormente estabelecido pelas próprias Representadas seja retomado nas tratativas com as demais entrantes, tendo em vista que essa foi uma das garantias que ensejaram a aprovação do Contrato pelo CADE.

Por tudo quanto apresentado e argumentado, voto pelo conhecimento do presente Recurso Voluntário para, no mérito, conceder a medida preventiva requerida, e garantir, nos termos do art. 84, §1º, da Lei 12.529/2011, a cessão da prática anticompetitiva e a reversão à situação anterior, de modo que se determina que Sem Parar e ConectCar:

- 1) cessem imediatamente qualquer exclusividade – de direito ou de fato - com operadores ou administradores de estacionamentos;
- 2) apresentem, em até 30 (trinta) dias, nos autos da Representação, comprovação de que comunicaram aos seus clientes operadores ou administradores de estacionamentos da proibição de exclusividade contida na presente decisão;
- 3) apresentem, em até 30 (trinta) dias, nos autos da Representação, comprovação de que a exclusividade em vigor no momento da presente decisão não será mais exigida;
- 4) ofereçam, em 5 (cinco) dias, oferta vinculante a todas operadoras concorrentes nos exatos termos do Contrato de Prestação de Serviços de Leitura de Etiquetas Eletrônicas por Radiofrequência (SEI [0086504](#)) nas condições aprovadas pelo Conselho à época, quais sejam:
 - 4.a) Preço de R\$ 2.511,58 por antena por ano, atualizado pelo Índice Geral de Preços de Mercado (IGPM);

- 4.b) Cobrança pelas antenas *utilizadas*, i.e. que realizaram a leitura de um *tag* da operadora contratante no período de apuração;
- 5) cumpram com as demais determinações feitas pelo Conselho na ocasião, no sentido de:
 - 5.a) não estabelecer relações de exclusividade entre operadoras ou com estacionamentos;
 - 5.b) cessar a criação de barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes.”

O julgamento do Recurso Voluntário foi realizado na 139ª Sessão Ordinária de Julgamento, em 20 de março de 2019. Na ocasião, o Plenário determinou, por unanimidade, a aplicação da medida preventiva às Representadas, nos termos do voto-relator (SEI 0595123).

Nos dias 28 e 29 de março de 2019, o Centro de Gestão de Meios de Pagamentos Ltda. (“Sem Parar”) e a ConectCar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A (“ConectCar”) (conjuntamente, “Representadas”) opuseram Embargos de Declaração em atenção à decisão proferida no Recurso Voluntário.

No dia 10 de abril de 2019, na 140ª Sessão Ordinária de Julgamento, os Embargos foram levados a julgamento em mesa. O Plenário, novamente por unanimidade, nos termos do voto-relator, conheceu dos Embargos opostos e deu-lhes provimento parcial, a fim de aclarar obscuridade constante da decisão embargada (SEI 0604036).

Desse modo, o dispositivo da decisão do Recurso Voluntário ficou consubstanciado da seguinte maneira (SEI 0603646):

- 1) cessem imediatamente qualquer exclusividade – de direito ou de fato - com operadores ou administradores de estacionamentos;
- 2) apresentem, em até 30 (trinta) dias, nos autos da Representação, comprovação de que comunicaram aos seus clientes operadores ou administradores de estacionamentos da proibição de exclusividade contida na presente decisão;
- 3) apresentem, em até 30 (trinta) dias, nos autos da Representação, comprovação de que a exclusividade em vigor no momento da presente decisão não será mais exigida;
- 4) ofereçam oferta vinculante (i) em até 5 (cinco) dias a partir da publicação da presente decisão a todas operadoras concorrentes que tenham buscado negociar um contrato de prestação de serviço com as Representadas desde 02 de setembro de 2015; e (ii) em até 5 (cinco) dias da sinalização de sua intenção de negociar para as concorrentes que manifestem interesse após a data da publicação da presente decisão, nos exatos termos do Contrato de Prestação de Serviços de Leitura de Etiquetas Eletrônicas por Radiofrequência (SEI 0086504) nas condições aprovadas pelo Conselho à época, incluindo – mas não se limitando – às seguintes disposições:
 - 4.a) Preço de R\$ 2.511,58 por antena por ano, atualizado pelo Índice Geral de Preços de Mercado (IGPM);
 - 4.b) Cobrança pelas antenas *utilizadas*, i.e. que realizaram a leitura de um *tag* da operadora contratante no período de apuração;

5) cumpram com as demais determinações feitas pelo Conselho na ocasião, no sentido de:

5.a) não estabelecer relações de exclusividade entre operadoras ou com estacionamentos;

5.b) cessar a criação de barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes.

Em 22 de abril de 2019, a ConectCar opôs novos Embargos de Declaração, alegando que certas omissões, contradições e obscuridades persistiriam mesmo após a decisão concedida aos primeiros Embargos.

Os segundos Embargos opostos pela ConectCar foram julgados na 142ª Sessão Ordinária de Julgamento, no dia 08 de maio de 2019. Na ocasião, a Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira votou pelo conhecimento parcial dos Embargos e pelo desprovemento na parte conhecida. Entretanto, o julgamento foi interrompido pelo pedido de vista da Conselheira Polyanna Vilanova (SEI 0612636).

Na 143ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada no dia 22 de maio de 2019, o julgamento dos segundos Embargos foi retomado e a Conselheira Polyanna Vilanova proferiu voto pelo conhecimento parcial dos embargos e pelo provimento com efeitos infringentes para: sanar a alegada omissão, dispensar a comprovação de comunicação aos seus clientes da proibição de exclusividade contida na decisão e da comprovação que a exclusividade não seria mais exigida, sanar obscuridade relacionada a situação do mercado, e determinar a suspensão dos efeitos da medida preventiva relacionada à ConectCar, bem como o retorno imediato dos autos à Superintendência-Geral (SG).

Por maioria, o Plenário seguiu o entendimento do voto-vista e determinou que fossem suspensos os efeitos da medida preventiva em relação à Embargante ConectCar (SEI 0618237). A Veloe interpôs então seus próprios embargos de declaração em 31.05.2019, cujo provimento foi negado por maioria pelo Tribunal na sessão de julgamento de 11.06.2019.

Como indicado na introdução, o mérito da Medida Preventiva encontra-se judicializado.

3. Breve análise de algumas variáveis do mercado

Antes de adentrar na análise das condutas propriamente ditas, cabe conhecer algumas variáveis mercadológicas. Este conhecimento prévio de como o mercado funciona é particularmente relevante para análise de condutas avaliadas pela regra da

razão, em que há necessidade de verificar se houve ou não efeitos no mercado (e em que medida houve tais efeitos) das condutas imputadas às representadas.

3.1. Localização geográfica dos ativos em questão

Para ter uma melhor noção de como o mercado funciona, é importante conhecer os aspectos locacionais dos ativos a que se referem como essenciais. Também, é possível que existam algumas antenas mais relevantes que outras, tendo maior relevância em termos de volume que outras.

Assim, tendo em vista que a segmentação binária de mercado relevante tende às vezes a não dar uma ideia correta das dimensões e dos impactos mercadológicos, é possível haver, em um contínuo, uma série de potenciais mercados alvos e uma série de potenciais mercados origens da conduta, como é possível que exista, também, algum nível de heterogeneidade de ativos (antenas) em termos de importância relativa. Além disto, é possível que o conjunto de antenas formem uma rede disponível de ser utilizada pelas empresas, sendo relevante avaliar (i) onde estão as antenas de estacionamentos e de pedágio, e (ii) qual é a forma da rede de antenas e sua dispersão, a que os agentes estão referindo e debatendo. Abaixo estão os mapas dos ativos em questão, tanto em conjunto (todas empresas) como separadamente por empresa; ponderado por número de veículos; e dividido por tipo de estabelecimento.

3.1.1. Posicionamento das antenas da MoveMais, SemParar e Veloe

Abaixo está o mapa da localização das antenas da MoveMais, SemParar e Veloe. Não consta a posição das antenas da Conectar, porque a empresa, até o momento da confecção desta nota, não apresentou o referido dado em coordenadas geográficas, o que impede uma modelagem mais precisa do mercado, ao menos sob o ponto de vista geográfico. De outro lado, a avaliação geográfica permite que a Autoridade Antitruste tenha maior clareza da dispersão dos ativos em questão, como se verifica abaixo:

Acesso Restrito ao CADE

3.2. Precificação e estratégias mercadológicas

As estratégias de comercialização em relação a preços são variadas e encontram-se abaixo referidas.

Acesso Restrito ao CADE

3.3. Situação financeira

Além de analisar a dispersão geográfica e a análise de estratégias de precificação, cabe verificar como está a situação financeira de cada empresa do mercado.

Acesso Restrito ao CADE

4. **Análise do caso**

4.1. Denúncia: Recusa de negociação de antenas ou cobrança de preços elevados de compartilhamento travestindo vontade de não-compartilhar antenas

No anexo do presente parecer é debatido como é controversa a Teoria de Estruturas Essenciais. Entretanto, caso se queira utilizar esta teoria no presente caso, que é controversa, deve-se pontuar que este DEE compreende que, até o momento, não houve apresentação de evidências a respeito da impossibilidade de duplicação das antenas (insumo objeto da discussão), sobre o aspecto econômico (sobre a lucratividade da duplicação). Em relação ao aspecto técnico, tal debate foge da expertise deste DEE.

A impossibilidade de duplicação é pressuposto essencial para aplicar o dever de compartilhamento por meio do Direito Concorrencial.

4.1.1. Questão Econômica

Em primeiro lugar, a Veloe, como denunciante/representante, é quem, em tese, teria o ônus probatório para convencer a SG de que a conduta é anticompetitiva. Todavia, ao responder o Ofício 5038/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE solicitou dispensa da obrigação de responder qual seria a Escala Mínima Viável da indústria, como se este debate fosse acessório. Com efeito, ao responder à questão 7 do referido ofício, a Veloe assim se pronunciou:

“A VELOE solicita dispensa de apresentação da resposta acima, visto que não se trata de pedido de informação, mas pedido de realização de estudo, que não está disponível”

Frise-se que tal questão é essencial à análise dos efeitos mercadológicos da conduta alega e seria com base neste tipo de consideração que seria possível construir alguma tese

de dano. Todavia, como já referido, a representante Veloe solicitou dispensa de prestação destas informações. Deste modo, não se desincumbiu de seu ônus probatório. Trata-se de questão essencial a ser respondida por alguém que refere que a cobrança de um valor X de compartilhamento de antenas é anticompetitivo, mas um valor Y (próximo de X) não o é, já que os custos dos entrantes e dos incumbentes seriam distintos.

Além disto, a Veloe alega, textualmente, que **não há impossibilidade de duplicação de antenas**. Refere que projetos do tipo greenfield são possíveis, são lucrativos e não representam custos proibitivos. Segundo a Veloe, *in verbis*:

“A aquisição e instalação de antenas próprias (situação 1) não representa, em si, custos proibitivos de entrada. O próprio Tribunal do CADE observou, no julgamento da Consulta nº 08700.007192/2015-94 (a 'Consulta') em 2015, que a instalação de antenas próprias por cada Operadora de Serviços de Arrecadação ("OSA") não geraria, necessariamente, barreiras impeditivas, mas "resultaria em redundância de custos para o setor como um todo”

(Doc SEI 0655704)

Ora, a existência de “redundância de custos” não é suficiente para configuração de uma conduta ilícita e para configurar abuso de posição dominante, em especial em uma situação onde os entrantes conseguem, de maneira lucrativa, atingir a escala mínima viável no mercado.

O raciocínio feito pelo ex-Conselheiro João Paulo de que haveria economias globais se houvesse apenas a instalação de uma única antena compartilhada por vários agentes, se verifica no seguinte parágrafo da Consulta:

19. De acordo com as minutas contratuais juntadas aos autos, as duas Consulentes possuem atualmente infraestrutura de antenas em ACESSO RESTRITO pistas automáticas em um grande número de estacionamentos. Considerando, de acordo com estimativa informada pelas próprias Consulentes, que cada antena tem um custo entre ACESSO RESTRITO, os contratos de prestação de serviço de leituras de etiquetas eletrônicas aqui analisados têm potencial para gerar uma economia de investimento em ativos (aquisição e instalação) entre ACESSO RESTRITO Essa economia pode ser ainda significativamente superior, a depender da disposição de novos agentes em entrarem nesse mercado no futuro. Diz-se economia ACESSO RESTRITO é o número total de antenas hoje que pode ser objeto da prestação de serviço entre as Consulentes. No entanto, sabe-se que podem as partes optar pela contratação dos serviços em uma abrangência menor. Acrescente-se que a análise da eficiência do modelo deve levar em consideração também os valores pagos a título da prestação do serviço de leitura de etiquetas eletrônicas. Se todas as pistas automáticas de todos os estacionamentos nos quais as Consulentes possuem atualmente infraestrutura de antenas fossem objeto da prestação de serviço, sem considerar os efeitos de inflação, reajustes, etc., os valores

recebidos pela prestação do serviço levariam entre 23 e 32 anos para alcançar o valor de aquisição e instalação de novas antenas.

20. Trata-se, portanto, no meu entendimento, não de uma inviabilidade técnica para a participação de mais de um agente no mercado, mas de uma eficiência econômica que, na ausência de ameaças concorrenciais, deveria ser promovida.”

As economias globais referidas pelo ex-Conselheiro João Paulo verificam-se como um efeito eventual do contrato, mas não necessariamente como uma obrigação, sem a qual as partes estariam incorrendo em conduta anticompetitiva. Também, a alegação de que os valores recebidos pela prestação de serviços neste mercado levaria 23 a 32 anos para alcançar o valor de aquisição das antenas não se sustenta, não só porque não há uma memória de cálculo para embasar esta afirmação, como, também, para muitos agentes do mercado, a vida útil de uma antena é muito inferior ao referido prazo.

De todo modo, se de um lado, pode haver alguma economia ao existir uma única rede compartilhada por vários agentes, também, há custos de coordenação entre os referidos agentes, custos de negociação contratual e de eventual regulação de tal coordenação. Não bastassem tais custos, se de um lado, é possível que no curto prazo existam incentivos de se compartilhar itens de tal rede, de outro, um compartilhamento compulsório pode, eventualmente, a depender de como for feito, retirar os incentivos dos agentes de continuar a investir na rede e de aumentá-la, já que o comportamento free-rider será incentivado. Ou seja, é possível que existam efeitos nefastos derivados de um desincentivo ao investimento. Aliás, a Veloe, a GreenPass e a MoveMais, em tal situação, poderiam estar em um cenário em que teriam direito a acessar a rede de antenas de seus concorrentes incumbentes (SemParar e ConectCar), sem ter uma obrigação correlata de abrir suas próprias antenas aos incumbentes.

A respeito deste ponto, é interessante também avaliar o argumento apresentado pela SemParar no âmbito da análise do Recurso Voluntário já referido no item 2.6 desta nota.

A Sem Parar, como referido acima, argumentou que a razão de ofertar preços diferentes à Veloe devia-se ao fato, dentre outros, de que a Veloe não oferece outras antenas como contrapartida ao compartilhamento. Entretanto, de acordo com o voto do CADE, “essa nunca foi uma exigência feita pelas partes e, em se tratando de um contrato de prestação de serviços”, a contraprestação ao serviço seria pecuniária.

Se do ponto de vista jurídico formal este tipo de argumentação faz algum sentido, do ponto de vista econômico e material cabe avaliar o mérito do debate à luz dos incentivos mercadológicos. Para demonstrar tais incentivos de forma racional, é interessante que se abstratize o debate.

Imagine-se a seguinte situação:

- A empresa Alfa (α) tem Q antenas.
- A empresa Beta (β) tem, também, o mesmo número de Q antenas.
- Alfa (α) e Beta (β) são incumbentes no mercado.
- Alfa (α) paga para Beta (β) a quantia de φ Reais para acessar as Q antenas de Beta (β).
- Beta (β), por sua vez, também, paga Alfa (α) a quantia de φ Reais para acessar as Q antenas de Alfa (α).

Isso significa que haverá uma compensação:

Alfa (α) não pagará nada à Beta (β), para acessar as antenas β , gerando um lucro zero para Beta (β), independentemente do nível de preços por antena $\frac{\varphi}{Q}$:

$$\pi_{\beta} = \varphi - \varphi = \emptyset$$

O mesmo ocorrerá na relação inversa, já que Beta (β) não pagará nada à Alfa (α), gerando um lucro zero para Alfa (α), independentemente do nível de preços por antena $\frac{\varphi}{Q}$:

$$\pi_{\alpha} = \varphi - \varphi = \emptyset$$

O preço de $\frac{\varphi}{Q}$ Reais por antena entre Beta (β) e Alfa (α) é apenas formal e não tem reflexo em seus balanços ou em seu faturamento. Trata-se de um valor estipulado fora de um equilíbrio mercadológico.

Portanto, se φ foi inicialmente estabelecido em um patamar, no momento t_1 , tal pode ter sido resultado da interação específica que Alfa (α) e Beta (β) tiveram em seu primeiro contato e estabeleceram o referido valor com reflexo meramente contábil e utilizado para fins de minimização dos impostos pressupostos da transação.

$$\pi_{\alpha} = \varphi - \varphi - \omega * \varphi = - \omega * \varphi$$

$$\pi_{\beta} = \varphi - \varphi - \omega * \varphi = - \omega * \varphi$$

ω = uma função do imposto/tributo recolhido na transação, que seria maior ou menor a depender de φ

Neste primeiro momento, para os contratantes, não importa tanto o valor φ (salvo para fins de imposto/tributo), já que há bilateralidade equivalente na transação. Se não houvesse imposto/tributo, as partes da transação não estariam perdendo dinheiro, se o valor de φ estivesse muito baixo ou muito alto. Enfim, seria possível em tal hipótese que φ estivesse, inclusive, mal calibrado e sequer representasse valores de custos das antenas. Na presença de imposto na transação, as partes, entre si, teriam incentivos de estipular um valor baixo de φ .

Caso exista um leve desbalanço entre as quantidades de antenas de Alfa (α) e Beta (β), o raciocínio realizado acima ainda ocorre para a maioria dos ativos em questão e apenas marginalmente φ passa a ter um reflexo material.

Todavia, se, no momento t_2 , um terceiro concorrente, chamado gama (γ) [sem antena alguma e sem possibilidade de compensação, portanto] quiser acessar as antenas de Beta (β) e Alfa (α), é racional que o valor de φ seja reparametrizado, já que, sem a possibilidade de compensação, na mesma proporção ou em proporção semelhante, o mesmo índice deixará de ter um caráter formal e contábil ou marginalmente material e passará a ter um caráter de contraprestação efetiva, representando um efetivo NOVO equilíbrio mercadológico.

Frise-se que o fenômeno da compensação ocorre entre alfa e beta, independentemente de o contrato entre ambas empresas prever uma contraprestação pecuniária ou em espécie. Todavia, o mesmo não ocorre na relação de ambas incumbentes com relação à entrante gama, que não terá ativos para que exista a compensação (pecuniária ou em espécie), motivo pelo qual o valor de φ acaba tendo outro significado econômico no momento t_2 ou entre partes distintas das incumbentes desprovidas de ativos semelhantes.

Aliás, Alfa (α) e Beta (β) podem, talvez, serem desincentivadas a investir na expansão da rede de antenas, se no momento t_2 houver uma reparametrização equivocada, que não seja condizente com o novo equilíbrio mercadológico ou, ainda, que Alfa (α) e Beta (β) sejam proibidas de realizar qualquer tipo de reparametrização.

Assim, há ou é possível haver racionalidade econômica não exclusionária para que exista um aumento substantivo de preços de antenas do momento t_1 para o momento t_2 ,

(ou até diferentes níveis de preços entre agentes) tendo em vista os diferentes incentivos e impactos de variáveis em cada um destes momentos:

Variável	Momento t_1	Momento t_2 .
Equilíbrio de $\frac{\varphi}{Q}$	Decisão fora de equilíbrio (nível de φ não é relevante)	Decisão dentro de equilíbrio (nível de φ é relevante)
Lucro e nível de φ	φ não impacta o lucro de α e β	φ impacta o lucro de α e β
Decisão de investimento futuro e nível de φ	φ não impacta decisão futura de investimento de α e β na expansão da rede	φ impacta decisão futura de investimento de α e β na expansão da rede

Tabela 4 – Diferentes perspectivas de lucratividade, de equilíbrio e de decisão futura de investimento na rede, a depender do momento e do nível de φ

Daí que o raciocínio focado apenas no percentual de aumento de φ ou de $\frac{\varphi}{Q}$ do momento t_1 para o momento t_2 , tende a dar um sinal equivocado a respeito dos efeitos mercadológicos deste tipo de conduta. Além disto, a forma de intervenção no mercado, também, precisa de contextualização específica, neste tipo de configuração mercadológica.

Com efeito, neste contexto, uma obrigação de “isonomia” de preços de $\frac{\varphi}{Q}$ Reais por antena para terceiros não – necessariamente – significa uma obrigação com efeito útil atrelado a uma teoria de dano concorrencial. Dito de outro modo: um fechamento de mercado não ocorre ou deixa de ocorrer, necessariamente, apenas porque preços são isonômicos neste tipo de situação, já que, no modelo teórico delineado, independentemente do nível de $\frac{\varphi}{Q}$, supõem-se que os incumbentes não cobrem absolutamente nada entre si (salvo impactos tributários).

Se	Alfa pagará à Beta	Beta pagará à Alfa	Gama pagará a ambos por antena
$\varphi = 100$	Zero, salvo tributo	Zero, salvo tributo	$2 * \frac{100}{Q} = \frac{200}{Q} + \text{tributos}$
$\varphi = 200$	Zero, salvo tributo	Zero, salvo tributo	$2 * \frac{200}{Q} = \frac{400}{Q} + \text{tributos}$
$\varphi = 400$	Zero, salvo tributo	Zero, salvo tributo	$2 * \frac{400}{Q} = \frac{800}{Q} + \text{tributos}$

Tabela 5 – Aplicação da regra de isonomia de preços entre os agentes

O quadro acima mostra como a imposição de uma regra de isonomia de preços não resolve, necessariamente, um problema concorrencial previamente identificado, já que Beta e Alfa não são afetados pela variância de φ . Todavia, o entrante gama é afetado fortemente com o nível de φ que independente da referida regra de isonomia.

A grande questão a ser resolvida neste tipo de situação é se (i) o entrante gama precisa acessar as antenas de Alfa e Beta para entrar no mercado ou se uma entrada autônoma é lucrativa; ou ainda (ii) se ao nível de preços $\frac{\varphi}{Q}$, pelo compartilhamento do ativo, uma entrada no mercado a jusante é lucrativa.

E estas perguntas não se resolvem querendo congelar a margem de lucro dos agentes ao momento t_1 ou ao momento t_2 , com base em parâmetros *ad hoc* ou mesmo recorrendo-se à promessas e garantias formais, independentemente de uma teoria de dano concorrencial.

Voltando-se ao caso concreto, o debate sobre entradas autônomas lucrativas foi apresentado aos agentes do mercado. Deu-se oportunidade para que os representantes apresentassem suas estimativas de escala mínima viável, permitindo que quantificassem os efeitos de rede e de economias de escala que eventualmente SemParar e Conectar poderiam ter no referido mercado vis-à-vis a situação de uma entrada autônoma via duplicabilidade da infraestrutura de antenas.

Como demonstrado no anexo deste parecer, a impossibilidade de duplicação lucrativa do ativo tido por essencial é um pressuposto indispensável para utilizar a teoria de estruturas essenciais, caso, eventualmente, se admita tal teoria como válida, sendo que no presente caso, como confessado pela própria Veloe, há sim possibilidade de duplicação do referido ativo (e, portanto, há possibilidade de entradas autônomas lucrativas).

A Veloe referiu, no entanto, o seguinte:

“O problema então não é se é possível ou não a entrada autônoma, mas se é possível que o CADE autorize o compartilhamento em determinadas condições entre as duopolistas, e permita que estas neguem as mesmas condições a novos entrantes (apesar das promessas de oferecer tais mesmas condições a terceiros).”

(Doc SEI 0655704)

Discorda-se de tal posicionamento. Como debatido por extenso acima, há racionalidade econômica para diferenciabilidade de condições de acesso.

De todo modo, a Veloe está fazendo referência à Consulta n 08700.007192/2015-94, em que o CADE analisou *a priori* um contrato de compartilhamento de antenas entre CGMP/SemParar e Conectar e não viu problema concorrencial derivado de tal compartilhamento. A este respeito, no entanto, a preocupação aventada pelo ex-Conselheiro João Paulo Resende, Relator da referida Consulta, era a de que houvesse a possibilidade de que as duas empresas (CGMP/SemParar e Conectar) em razão de seus custos diferenciados derivados de um compartilhamento conjunto, **fechassem** o mercado para terceiros, senão vejamos:

Tais disposições contratuais são suficientes para evitar que os contratos firmados sob a forma de prestação de serviço, na prática, **feche o mercado para terceiros**, visando o domínio conjunto do mercado pelas Consulentes. Com efeito, em um contexto em que não fosse permitida a prestação do referido serviço a terceiros ou não se garantisse as mesmas condições contratuais, as Consulentes poderiam impor barreiras à replicação do modelo de contratação, por meio, por exemplo, da exigência de preços exorbitantes.

De outro lado, não é possível ocorrer o fechamento de mercado se a própria Veloe concorda que é possível duplicar, lucrativamente, o ativo em questão (antenas) e que é possível e lucrativa uma entrada autônoma, independente, no mercado.

Do ponto de vista formal, em que pese o CADE tenha, por meio de uma Consulta, considerado lícita a conduta contratual entre ConectCar e SemParar, salvo melhor juízo, nada obsta que as Consulentes possam, por sua conta e risco, assinar outro contrato ou mudar as cláusulas do contrato submetido ao CADE [por sua conta e risco], já que não possuíam no passado, nem possuem, no presente, dever de submissão de tais operações ao CADE. Eventual “aprovação” da operação não se dá como condição de eficácia da mesma, mas apenas serve como garantia de que não se está realizando uma prática ilícita, sob as condições analisadas pelo Conselho.

Deste modo, a questão principal não é se houve uma promessa de isonomia de preços que efetiva e formalmente foi descumprida, MAS se eventual cobrança de preços por ativos específicos (com ou sem discriminação de preços) encontra-se em patamar tal a representar fechamento de mercado, significando, assim, um ilícito concorrencial. Aliás, se o CADE sabe de antemão que há – assumidamente – baixas barreiras à entrada e com tal argumentação aprovou elevada concentração no mercado, via a aquisição, pela DBTrans, de 100% das ações da STP, responsável pelo controle da CGMP/SemParar (AC 08700.003024/2016-19); de que há oportunidades de vendas disponíveis e de que há possibilidade de entrada autônoma e lucrativa por terceiros capaz de contestar o poder de

mercado das empresas que estão se concentrando (independentemente da Consulta formal apresentada ao CADE ter outros contornos), não seria possível compreender que a teoria de BAIN (1950; 1956) seria aplicável ao presente caso, já que os entrantes não estariam em uma escala subótima de produção, a ponto de significar fechamento de mercado eventual discriminação de preço de acesso.

Frise-se que, pelas simulações apresentadas, não apenas uma entrada autônoma é lucrativa, mas uma entrada via pagamento do preço de acesso solicitado pelos incumbentes é lucrativa.

Deste modo, a não ser que os dados apresentados pelos representantes e representados tenham grandes equívocos e incompletudes, por não haver uma teoria sólida de fechamento de mercado estabelecida, seria possível compreender que - em alguma medida - o mercado em questão teria características de contestabilidade, não demandando uma ação da Autoridade de Defesa da Concorrência (BAUMOL & WILLIG, 1981; BAUMOL, 1982; BAUMOL, PANZAR, & WILLIG, 1982; BAUMOL, PANZAR, & WILLIG, 1983), ainda que formalmente se tenha assumido um dever de isonomia de preços no âmbito da Consulta 08700.007192/2015-94, que posteriormente não foi cumprido.

Além disto, não há um direito líquido e certo de que concorrentes sejam obrigados a compartilhar seus ativos de forma isonômica, independentemente de haver um problema concorrencial. Uma coisa é uma garantia descumprida dada à Autoridade de Defesa da Concorrência, sendo que outra situação, muito distinta, se dá quando a Autoridade verifica que tal garantia, mesmo que descumprida, não é necessária para resolver um problema específico e reconhecido como anticompetitivo.

Se o ativo em questão é duplicável de maneira lucrativa por um entrante ou se o preço de acesso solicitado permite a entrada lucrativa, não há problema concorrencial de fechamento de mercado! Não é papel do Direito da Concorrência garantir que todos os concorrentes tenham o mesmo nível de custo, independentemente da existência de uma teoria de dano bem estabelecida ao ambiente concorrencial: aliás, tal cenário de homogeneidade de custos entre agentes é que seria anticompetitivo, (i) por retirar o incentivo de busca dos agentes por processos mais eficientes e com custos menores e (ii) por retirar o incentivo dos incumbentes aos investimentos de expansão da rede de antenas. Ademais, a aprovação de um ato de concentração pelo CADE ou a autorização de um contrato via consulta não gera obrigação, por si só, de compartilhamento de eficiências

do referido negócio contratual entre todos os agentes do mercado (nem impede futuras modificações contratuais não-notificáveis ao CADE), mormente quando entradas e contestações do mercado são possíveis e lucrativas. Assim, entende-se que:

(1) a obrigação de tratamento isonômico;

(2) a obrigação de compartilhamento de ativos; e

(3) a obrigação de “congelamento de preços de acesso”, mesmo que reajustados sob índice de inflação específico,

devem ser impostas apenas em situações extremas que não parecem estar configuradas neste caso, considerando o aspecto econômico apenas (e não o debate técnico que será a seguir detalhado), sob pena de, ao impor tais obrigações, o CADE cause mais desequilíbrios mercadológicos do que ajustes esperados.

Para se ter uma ideia dos desequilíbrios que podem ser gerados com tais obrigações, são citados os seguintes exemplos:

- **Regulação assimétrica:** caso o CADE determine o unbundling à rede dos incumbentes, sob obediência a preços pré-determinados, os entrantes não terão o mesmo nível de obrigação de compartilhamento que os incumbentes;
- **Regra de precificação desequilibrada:** é possível que um preço praticado em um determinado período não seja adequado para outro, já que o nível de lucro e de custos pode mudar à medida em que as condições mercadológicas mudam. Deste modo, o congelamento de um nível de preços de acesso a determinados ativos tende a gerar distorções;
- **Desincentivos de investimentos:** é possível que o incumbente não queira mais investir no mercado, a depender das restrições a ele impostas. Esta situação é particularmente preocupante se o entrante, ora representante, como a Veloe, possui grande participação em mercado adjacente, como de cartão de créditos, que pode lucrar na hipótese de ausência de investimento no mercado objeto de análise.

Por outra perspectiva, já a GreenPass respondeu, parcialmente, o questionamento feito pelo CADE em relação à escala mínima viável. A empresa foi solicitada a apresentar simulação em relação a duas situações:

- **Situação 1** - o que ocorreria com uma empresa entrante ao ter que construir, por si mesma, novas antenas
- **Situação 2** - o que ocorreria com uma empresa entrante ao ter que pagar o valor solicitado pelas representadas pelo compartilhamento de seus ativos

Todavia, a Greenpass apresentou cálculos a respeito do que ocorreria com o lucro de um entrante caso houvesse compartilhamento de antenas a ACESSO RESTRITO (valor entendido como justo pela GreenPass) e o que ocorreria se houvesse compartilhamento de antenas a ACESSO RESTRITO (valor negociado efetivamente com a Conectar).

Abaixo estão os cálculos.

A GreenPass alegou que: (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS). Referiu que se o preço da antena fosse (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS), [valor entendido como justo] em 6 anos, o investimento de um entrante teria uma taxa interna de retorno de (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS), superior à taxa mínima de atratividade (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS). Em tal hipótese, continuaria sendo possível e lucrativa a entrada do agente (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS). De outro lado, se o preço da antena fosse (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS), o investimento teria uma taxa interna de retorno de (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS), superior à taxa mínima de atratividade (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS). O breakeven (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS), ocorreria diminuindo o prazo para (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS), considerando o valor (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS) por antena, segundo os cálculos da GreenPass. (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS).

Assim, (ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS), continuaria sendo possível e lucrativa a entrada do agente, o que milita contra a tese aventada pela GreenPass de impossibilidade de entrada.

Ocorre que, ao responder à questão 9.1, a GreenPass, de maneira dissociada com seus próprios cálculos, alega que:

(ACESSO RESTRITO AO CADE E À GREENPASS).

Data máxima vênua, a resposta à questão 9.1 (sobre inviabilidade de entrada no mercado em razão de preços extorsivos) não é o que se depreende dos cálculos apresentados na própria questão 9 caput. Trata-se, portanto, de uma clara hipótese

argumentativa do tipo *venire contra factum proprium*, em um mesmo ofício e em uma resposta de uma mesma questão.

Como as representantes não conseguiram sustentar a tese de que a entrada é inviável, não é ônus nem do CADE, nem das Representadas demonstrar o contrário. Ainda assim, a Representada CGMP/SemParar, de forma pró-ativa, apresentou parecer da M&A Consultoria Econômica, da lavra de Marcos Lima, a respeito do tema. O parecer é muito claro e elucidativo, senão vejamos:

Quando uma nova Operadora de Serviço de Arrecadação (OSA) ingressa no mercado, **via de regra tal empresa já passa a possuir, sem a necessidade de qualquer investimento adicional, acesso a todas às pistas expressas de todas as rodovias pedagiadas. As concessionárias de tais rodovias são obrigadas a facultar acesso a todas as OSAs.** O acesso a tais pistas torna viável a operação de qualquer entrante, mesmo que não tenha acesso a qualquer estacionamento. Vide, por exemplo, a empresa Move Mais, que atua exclusivamente com as rodovias pedagiadas.

ACESSO EXCLUSIVO À CGMP-SEMPARAR

A potencial participação de mercado do entrante dependerá de seus esforços de vendas e não do parque de estacionamentos aos quais ele tenha acesso no momento da entrada. Além disso, como será demonstrado mais adiante nesta nota, o investimento em infraestrutura própria para acesso aos estacionamentos também traz retorno atrativo em diferentes cenários considerados.”

ACESSO EXCLUSIVO À CGMP-SEMPARAR

A Consultoria M&A estimou o retorno de investimento considerando os seguintes cenários:

- **Cenário 1.** Entrante precisa instalar pistas para cobrança automática em estacionamentos que não possuem tais serviços (entrada *greenfield*);
- **Cenário 2.** Entrante aproveita estrutura existente (pistas, poste, servidor, etc.) e instala apenas antenas e seu software para a prestação dos serviços;
- **Cenário 3.** Entrante paga taxa para ter acesso às antenas já existentes em estacionamentos, não precisando realizar qualquer investimento significativo.

Nos três casos foram utilizados cenários distintos sobre a origem das receitas das OSAs, com percentuais derivados de outras fontes que não estacionamentos de 0% e 25% do total.

ACESSO EXCLUSIVO À CGMP-SEMPARAR

Ora, resta evidente que a análise de cenários da Representada que a entrada pode ser lucrativa e possível, fato este que sequer é contestado pela representante.

Para a GreenPass alega que ACESSO RESTRITO

Todavia, ACESSO RESTRITO a GreenPass também relata o seguinte: ACESSO RESTRITO

Este mesmo tipo de conclusão é compartilhado por outros agentes de mercado:

ACESSO RESTRITO

Assim, grande parte do mercado está disponível para ser explorado, o que contradiz com a hipótese aventada de fechamento de mercado.

A GreenPass comentou ainda que não recebeu qualquer proposta da SemParar e que o valor apresentado pela Conectar seria extorsivo e representaria sua vontade de não-contratualização.¹ Ocorre que, em razão dos dados apresentados pela GreenPass e em razão da menção feita pela Veloe a respeito de replicabilidade do investimento em antenas, entende-se que não há sequer obrigação de compartilhamento de ativos, por não observância de pressupostos básicos da teoria de *essential facility*, assim como é possível concluir que a proposta feita pela Conectar não configura recusa de contratação.

ACESSO RESTRITO

Assim, tendo em vistas as evidências apresentadas até o momento, o referido valor permitiria que a taxa interna de retorno do investimento fosse superior à taxa de atratividade mínima em vários cenários temporais. Deste modo, desavenças em relação ao valor da antena – considerando as evidências até o momento apresentadas - tendem a se configurar como questões privadas apenas, sem reflexo direto e imediato no ambiente concorrencial.

4.1.2. Questão Técnica

A SemParar apresentou parecer no âmbito do Consulta 08700.007192/2015-94 de que era impossível haver duas antenas trabalhando na mesma frequência.

ACESSO RESTRITO

“Duas ou mais Antenas, operando em uma mesma frequência e instaladas em uma mesma pista, irão gerar inconsistência na leitura/identificação dos TAGs. Isto porque os TAGs ficam em estado de latência, ou seja, somente emitem o sinal de radiofrequência quando estão na presença de uma Antena. Já as Antenas emitem constantemente o sinal de radiofrequência, a fim de captar imediatamente a presença dos TAGs e efetuar a sua leitura. 15. - Operassem duas ou mais Antenas em uma mesma frequência, na mesma pista, cada uma delas emitiria sinais de modo não sincronizado, e o TAG, em sua resposta, sofreria interferência das duas ou mais Antenas, e poderia haver um embaralhamento das informações trocadas entre TAG/Antenas, ocasionando erros de leitura, em prejuízo dos usuários do sistema e da operação do Estacionamento. Analogamente, é o que ocorre quando duas lanternas são simultaneamente apontadas para o mesmo ponto de um espelho: o espelho reflete a luz, mas não se sabe exatamente de qual lanterna ela se originou, não sendo possível identificar a sua origem.” (DOC SEI 008490 pp.4/5)

Tal foi inclusive referido pela GreenPass nestes autos.

No entanto, a SemParar na petição DOCSEI 0674004, em resposta ao ofício 5134/2019, alegou que houve mudanças tecnológicas que justificam, hoje, a plena possibilidade técnica da instalação de duas ou mais antenas em um mesmo estacionamento atestada pelo parecer técnico.

Alegou a SemParar que antes a frequência das antenas era 5,8 GHz. Após, por meio da Resolução n. 13, de 4.11.2011, da Secretaria de Logística e Transportes do Estado de São Paulo, que determinou a alteração da frequência de operação para a faixa de 915 Mhz. Alegou que, segundo o laudo da Honeywell Scanning and Mobilily, havia inviabilidade técnica da instalação de mais de uma antena (ou leitora) na faixa de frequência 915 MHz.

Alegou enfim que houve “avanços tecnológicos” desde então que possibilitaram o aprendizado da empresa e a possibilidade de convivência de duas ou mais antenas no mesmo lugar. Ocorre que não houve a apresentação ao CADE a respeito de quais foram, do ponto de vista técnico, os referidos avanços tecnológicos.

Neste sentido, uma explicação mais simples seria que a empresa tenha feito laudos antagônicos entre si, apenas porque mudou o parâmetro dos testes. Ora, não é possível apresentar ao CADE teses contrapostas, sem a devida explicação.

Deste modo, cabe à Superintendência Geral do CADE continuar avaliando tal questão, já que não é expertise deste Departamento Econômico questões de tal natureza. No entanto, caso não seja possível ou viável a instalação duas ou mais antenas em um mesmo estabelecimento, por motivos físicos, obviamente que tal fator tende a mudar a compreensão deste caso. De outro lado, verifica-se que em Brasília, há estabelecimentos (como o Shopping Iguatemi) em que há duas ou mais empresas deste mercado. Também, foram juntadas várias fotos nestes autos em que se verifica a mesma situação. Assim, uma outra hipótese a ser investigada pela Superintendência Geral ou quiçá pelo Plenário do CADE é se houve enganiosidade no âmbito da Consulta 08700.007192/2015-94.

De qualquer forma, estes temas fogem do escopo da análise ora realizada por este Departamento. Cumpre apenas informar estes fatos que não parecem estar bem esclarecidos no presente momento.

4.1.3. Conclusão sobre recusa de negociação

Como já demonstrado acima, entende-se que, do ponto de vista econômico, não há evidências suficientes para que se configure como ilícita a conduta das representadas, em que pese seja necessário aprofundar o debate (i) se houve enganiosidade no âmbito da Consulta 08700.007192/2015-94; (ii) se realmente houve avanços tecnológicos desde então que permitem a instalação de duas ou mais antenas em uma mesma cancela; (iii) ou se, realmente, há impossibilidade física de duas ou mais empresas estarem presentes em um mesmo estabelecimento comercial.

4.2. Denúncia: Colusão entre SemParar e ConectCar

A Veloe foi questionada se “além de uma prática simultânea de fornecimento mútuo de antenas entre Conectcar e CGMP, haveria alguma *evidência direta de colusão entre ambas* empresas ou a referência à colusão de ambas empresas diz respeito a apenas evidências indiretas de colusão?”

A Veloe respondeu que a SG já respondeu tal questão quando, nos parágrafos 47 a 50 da Nota Técnica nº 3/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE, emitida em 8 de fevereiro de 2019. Tais parágrafos teriam identificado que houve aumento substantivo de custos no momento em que entrantes buscaram acessar as antenas das incumbentes. A SG, à época, entendeu que caso não houvesse uma justificativa econômica fundamentada, este tipo de

aumento de preços simultâneo de ambas empresas em relação aos seus rivais entrantes representaria uma conduta com objetivo exclusionário.

Data máxima vênia, pelos motivos expostos no item 4.1.1 da presente nota, entende-se que há racionalidade econômica não-exclusionária para que os incumbentes, em um primeiro momento, precificassem entre si antenas a preços baixos e, em um segundo momento, quando houvesse a entrada de um agente sem possibilidade de contrapartida (em espécie ou pecuniária) que houvesse novo equilíbrio de preços.

A GreenPass de igual forma não apresentou evidências diretas de colusão, limitando-se a alegar que

“conseguiu manejar sua manutenção do monopólio por meio de várias ações concorrencialmente sensíveis, dentre elas as que resultaram na aquisição da concorrente DBTrans, analisada pelo Cade em Ato de Concentração, e o Contrato de Compartilhamento com a Conectcar. Essas duas ações promoveram, efetivamente, uma paralização do movimento de introdução de concorrência no mercado, resultando na manutenção do quase-monopólio da Sem Parar. Nesse contexto, o Contrato de Compartilhamento representou um cessar-fogo concorrencial entre as Representadas, no qual a conjuntura mutuamente aceita foi a seguinte: no mercado *midstream*, ambas detinham presença pareada, o que conferiu poder de barganha à Conectcar; no *downstream*, reconhecendo esse poder de barganha, a Sem Parar toleraria a presença da Conectcar em um percentual reduzido – nunca acima de 10%. É evidente que, nesta situação, a intensidade competitiva arrefeceu. A evidência quanto a uma colusão tácita já naquele momento é difícil de obter e só pode ser feita pela via indireta. O Cade, por dispor de mais capacidade de coleta de informações sobre o mercado e de recursos e pessoal com expertise técnica, tem condições de investigar evidências diretas e indiretas nesse sentido com mais propriedade. Fato, porém, que o descumprimento, por parte das Representadas, do seu compromisso público com o Cade por meio de dois movimentos ulteriores – o aditivo majorando preço e a recusa de tratamento isonômico -, estes sim só podem ser interpretados enquanto evidência concreta de acordo colusivo. Prova indireta que reforça esta conclusão é o fato de que as Representadas não competem entre si pelas localidades onde instalam suas antenas, dividindo territorialmente o mercado do *midstream*. Se é verdade que é inteiramente possível duplicar infraestrutura, então por que uma Representada não instala antenas em estacionamentos onde a outra já está presente? Ora, de duas uma: ou a infraestrutura é estritamente não duplicável, com ineficiências proibitivas associadas à duplicação, ou houve uma redução na concorrência entre as Representadas, com divisão territorial de mercado.”

Ou seja, traz-se como evidência de colusão

- (i) atos de concentração aprovados pelo CADE, que por si sós, não comprovam colusão;
- (ii) a existência de um comportamento paralelo em razão de que ambas empresas não utilizaram um preço “isonômico” para com terceiros ; e

- (iii) o fato de que as representadas não competem entre si pelas localidades onde instalam suas antenas.

Sobre o primeiro argumento, como já referido, não pode o CADE aprovar um ato de concentração e, em um segundo momento, categorizá-lo como cartel ou conduta concertada. Se o CADE aprovou o ato de concentração, o fez considerando os efeitos concorrenciais. Em segundo lugar, a presente nota demonstra como é possível haver, para ambas empresas, um equilíbrio de preços diferenciado quando ambas negociam entre si e quando as mesmas incumbentes negociam com entrantes, mesmo sem um acordo colusivo para tanto. Além disto, a GreenPass apenas alegou que geograficamente, as empresas não competem pelo mesmo local. Todavia, esta alegação é desprovida de substrato fático probatório, até porque há necessidade de esclarecimento da premissa: não competem entre si no mercado *upstream* (de antenas) ou no mercado *downstream* (de provimento de serviço de pagamento através de identificação automática de veículos (“AVI”) baseada na tecnologia de identificação por radiofrequência)?

A alegação de que não há competição no mesmo local no âmbito *downstream* é desmentida por várias fotos que constam nos autos, onde SemParar e ConectCar encontram-se, sim, nos mesmos estabelecimentos, situação esta que se verifica, inclusive, em Brasília, no Shopping Iguatemi, por exemplo.

Se a alegação é que não há instalação no mesmo local de antenas de ambas empresas, tal situação sequer faria sentido, em um contexto em que ambas empresas possuem um contrato de compartilhamento de ativos entre si, compartilhando, via *joint-venture*, as mesmas antenas e as mesmas infraestruturas. Aliás, em um modelo que otimize o recurso das empresas, tal situação seria até mesmo esperada. E, mesmo deixando de lado este detalhe, ainda assim, caso não houvesse um contrato de compartilhamento de ativos aprovado pelo CADE, eventualmente, a escolha locacional de concorrentes é modelada de diferentes formas (como modelo *Hotelling* com empresas homogêneas, ou com empresas heterogêneas, entre outros tipos de modelos de geolocalização da concorrência). Ou seja, é possível haver explicações alternativas para que a escolha espacial da construção ou colocação de ativos empresariais não se dê de forma a gerar intersecções relevantes em termos de poder de mercado, mesmo sem uma combinação expressa a respeito.

Deste modo, nem a GreenPass, nem a Veloe conseguiram demonstrar a existência de evidências de cartel ou conluio entre ConectCar e SemParar.

5. Conclusão

Considerando o que foi exposto na presente nota, o DEE entende não haver evidências de cartel ou conluio entre ConectCar e SemParar. Todavia, em relação à conduta de recusa de contratação, não é possível, ainda, tecer uma opinião a respeito.

Com efeito, sobre este ponto, não foram verificados indícios, no momento, de que exista uma inviabilidade econômica de entrada no mercado de novos agentes, o que afastaria o uso da teoria econômica tradicional de barreiras à entrada. De outro lado, mesmo que do ponto de vista econômico seja possível e lucrativa a entrada, resta uma dúvida sobre a viabilidade física deste tipo de entrada. Ocorre que, para ter uma noção mais clara a respeito deste tipo de conduta, cumpre aprofundar um debate que não faz parte da expertise deste Departamento, qual seja: (i) se houve enganiosidade no âmbito da Consulta 08700.007192/2015-94, quando alegou-se a impossibilidade de duas antenas estarem presentes em uma mesma cancela ou próximas; (ii) se realmente houve avanços tecnológicos desde então que impediam no momento da consulta, mas hoje permitem a instalação de duas ou mais antenas em uma mesma cancela; (iii) ou se, realmente, ainda persiste tal impossibilidade física de duas ou mais empresas estarem presentes em um mesmo estabelecimento comercial.

Tendo em vista que as explicações constantes nos autos sobre estes aspectos são superficiais, cumpre reportar tais fatos à Superintendência para suas considerações.

Brasília, 2 de dezembro de 2019.

DEE/CADE

Versão assinada eletronicamente no DOCSEI 0691244

6. Referências

- BAIN, J. S. (1950). Workable Competition in Oligopoly: Theoretic Considerations and Some Empirical Evidence. *American Economic Review (Papers & Proceedings)*, 40, 35-47.
- BAIN, J. S. (1956). *Barriers to New Competition*. Cambridge: Harvard.
- BAUMOL, W. J. (1982). Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure. *American Economic Review*, 72, 1-15.
- BAUMOL, W. J., & WILLIG, R. D. (1981). Fixed Cost, Sunk Cost, Entry Barriers and the Sustainability of Monopoly. *Quarterly Journal of Economics*, 95, 405-431.
- BAUMOL, W. J., PANZAR, J., & WILLIG, W. (1982). *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. Nova Iorque: Harcourt Brace Javonovich.
- BAUMOL, W. J., PANZAR, J., & WILLIG, W. (1983). Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure: Reply. *American Economic Review*, 73, 491-496.
- DIXIT, A. (1979). A Model of Duopoly Suggesting a Theory of Entry. *The Bell Journal of Economics*, 20-32.
- GABSZEWICZ, J., & THISSE, J. (1980). Entry and exit in a differentiated industry. *J. Econom. Theory*, 327-338.
- STIGLER, G. J. (1968). *The Organization of Industry*, ch. 6 (Irwin, Homewood, IL). US Department of Justice and Federal Trade Commission, 1992, *Horizontal Merger Guidelines, reprinted in 4 Trade Reg. Rep. ? 13*,. Homewood, Illinois: R. D. Irwin.

7. Anexo

7.1. Recusa de negociação e teoria de estrutura essencial (essential facility)

Não obstante as tratativas para contratação possuam ordinariamente caráter eminentemente privado, a recusa de contratar pode representar um ilícito, desde que tal conduta tenha aptidão de gerar efeitos negativos sobre a Livre Concorrência. Aliás, não por outro motivo que a antiga Lei nº 8.884/94, no seu art. 20 e 21 XIII², e a nova Lei

² Segundo Lei 8.884/94 "Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; IV - exercer de forma abusiva posição dominante. Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao

12.529/2011, art. 36, caput e nos seus incisos I a IV lidos em consonância com o § 3º , XI, do mesmo artigo consideram ilícita a recusa a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais.

Do ponto de vista analítico, recusas de venda ilícitas podem ter dimensões horizontais (como os boicotes entre concorrentes) e verticais (como a recusa unilateral de um concorrente em prover acesso ao seu rival a uma estrutura que seja essencial à sobrevivência dos seus rivais, produzindo-se com isto danos ao mercado).

O exame da jurisprudência estrangeira demonstra que o tema desperta discussões e preocupações também às autoridades internacionais de defesa da concorrência. Nos EUA, a Suprema Corte já afirmou que, em determinadas circunstâncias, a recusa unilateral do monopolista em negociar pode violar a Seção 2 do *Sherman Act*. Esse entendimento marcou o julgamento do caso *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs.*, 504 U.S. 451 (1992), envolvendo a recusa por parte da Kodak de vender peças dos seus equipamentos a outras empresas de serviços. Nesse precedente, a Suprema Corte americana consignou que “*é verdade que a proposição geral é que a firma pode se recusar a negociar com seus competidores, contudo, esse direito não é absoluto; ele existe apenas na medida em que houver razões competitivas legítimas para a recusa*¹” (Tradução livre). Segundo ensina Priscila Brolio Gonçalves,³ “*a recusa de contratar tanto pode manifestar-se como restrição horizontal quanto como restrição vertical à livre concorrência. Na primeira hipótese, agentes econômicos que concorrem entre si estabelecem algum tipo de acordo ou organização, formal ou informal, excluindo de tal ajuste alguns ou todos os demais concorrentes. É o caso, por exemplo, dos boicotes praticados por associações profissionais ou de produtores, ou por entidades de certificação, padronização e normas técnicas, por exemplo, quando se recusam a aceitar ou certificar novos membros, ou expulsam membros existentes. A segunda hipótese, ainda que os agentes econômicos sejam concorrentes, eles também se relacionam verticalmente como fornecedor e adquirente, originando-se daí a restrição à concorrência. Na indústria de telecomunicações, por exemplo, as operadoras concorrem entre si na prestação de diversos serviços de telefonia, mas também possuem relações verticais, tendo em vista que umas demandam certos bens ou serviços de outras que os utilizam como insumos em*

mercado;VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”.(Revogada pela Lei nº 12.529, de 2011).

³ GONÇALVES, Priscila B. A obrigatoriedade de contratar no Direito Antitruste. Ed. Singular: P. 89-90.

suas próprias atividades. Desse modo, mesmo que exista uma relação horizontal entre os agentes – que é importante, pois indica a racionalidade de certas restrições à concorrência – os problemas concorrenciais são observados nas relações verticais. As recusas verticais analisadas sob a ótica concorrencial são geralmente unilaterais e adotadas por empresa dominante, embora haja casos de recusas verticais por parte de um conjunto de agentes econômicos (recusas verticais concertadas, portanto). Recusas “horizontais” e “concertadas”, por seu turno, são utilizadas como sinônimos na esmagadora maioria dos casos”

A priori, a recusa de venda deve ter uma justificativa econômica plausível para que seja lícita, ou seja, não deve prejudicar, direta ou indiretamente, os consumidores finais, com aumentos de preço pela perda do dinamismo concorrencial ou com a diminuição do seu bem-estar.

A análise a respeito da recusa de contratação, do ponto de vista vertical, no entanto, é tópico extremamente controverso no âmbito antitruste e, em regra, este debate vem a reboque da análise da “Doutrina das Essential Facilities”.

Segundo Alexandre Wagner Nester:

O postulado garante o livre acesso às infraestruturas e redes traduz uma evidente celebração ao princípio da livre iniciativa. Afinal, sem o acesso à infraestrutura detida pelo monopolista (ou agente em situação de posição dominante) torna-se impossível a atuação do terceiro que tenciona desenvolver atividade competitiva. Sem o compartilhamento da infraestrutura indispensável (qualificada como essential facility), o sujeito que pretende estabelecer concorrência será tolhido na sua garantia a livre iniciativa.⁴

Sobre o tema, Calixto Salomão Filho afirma que:

Uma essential facility existe, portanto, diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, no qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou o fornecimento do essencial.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e concorrência (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 40.

Em sentido oposto à possibilidade de uso de tal doutrina, posicionam-se Phillip Areeda e Herbert Hovenkamp:

PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW, ¶ 771c, at 173 (2d ed. 2002) (noting that “the essential facility doctrine is both harmful and unnecessary and should be abandoned”); Areeda, supra note 36, at 852 (“Compulsory access, if it exists at all, is and should be very exceptional.”); Donald I. Baker, Compulsory Access to Network Joint

⁴ NESTER, Alexandre Wagner. Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006, p. 248.

Conforme referido por Thainá da Silva Cavalcanti⁵

“Em 1990, o jurista norte-americano Phillip Arreda escreveu um artigo intitulado “Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles”, no qual afirma que ela “representa mais um epíteto em busca de princípios limitadores do que uma teoria, pois indica apenas as exceções ao direito de um sujeito manter para si as suas próprias criações”, ou seja, não é uma teoria consolidada, pois apenas limita o direito de propriedade em alguns casos.

Já nas palavras de Herbert Hovenkamp, “a chamada teoria das essential facilities é uma das mais problemáticas, incoerentes e incontroláveis interpretações do §2º do Sherman”. A partir daí, Hovenkamp expõe alguns questionamentos: qual seria a qualificação para uma essential facility? O dever de negociar se estende só aos concorrentes ou também às firmas verticalmente relacionadas e outros? Quando a recusa de negociar é injustificada?

Além dessas indagações, sua crítica também diz respeito à definição do mercado relevante por meio da essential facility. Sobre o tema, podemos dizer que: [...] o método dominante para determinar a extensão do poder de mercado envolve definir um mercado relevante e examinar a parcela de uma empresa ou de um grupo de empresas no mercado. Para definir o mercado de produtos, deve-se ter em foco quais são os produtos suficientemente bons para substituir um produto em questão, para serem enquadrados no mesmo mercado. Do mesmo modo, definindo a extensão do mercado geográfico, a questão se refere a praticabilidade da substituição [...].”

NESTER, Alexandre Wagner. Regulação e Concorrência (compartilhamento de infraestruturas e redes), p. 229. 45

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice, 3 ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 309.

KAPLOW, Louis. SHAPIRO, Carl. Antitrust. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2007. Disponível em: < <http://www.nber.org/papers/w12867> >. Acesso em: 15 de abril de 2010.

Em 17 de fevereiro de 2017, o Superintendente Geral do CADE, Alexandre Cordeiro, publicou reportagem na Revista Jota, intitulada "*Essential facility doctrine: A dificuldade de enquadrar casos na doutrina diante da assimetria de informação*" (de acordo com o site <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/doutrina-antitruste/essential-facility-doctrine-17022017>). Neste artigo, após fazer extensa análise da Jurisprudência nacional e internacional, Alexandre Cordeiro compreende que:

A primeira discussão importante a respeito do tema foi em 1912 quando a Suprema Corte Americana julgou o caso United States vs Terminal Railroad Ass'n em que um grupo de ferrovias controlava o tráfego de entrada e saída na cidade de St. Louis, a fim de evitar que surgissem novos competidores nesse mercado. A partir de então, a referida doutrina vem sendo aplicada frequentemente, mas de maneira limitada e em situações muito específicas. No caso Alaska Airlines Inc. vs United States Inc a Corte de Apelação Norte Americana do Nono Distrito afirmou que a Essential Facility Doctrine deve ser aplicada quando uma empresa que controla a estrutura ou

⁵ CAVALCANTI, Thainá da Silva. Serviços Públicos e Concorrência: o caso das essential facilities. Monografia de conclusão da Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, UFPR: Curitiba, 2010, <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31530/M1396JU.pdf?sequence=1>, verificado em 5/4/2018

serviço essencial nega a uma segunda firma o acesso razoável a um produto ou serviço indispensável para competir com a primeira.

Na mesma linha de decisão, cito ainda os casos *Associated Press vs United States* (1945), *Lorain Journal Co. Vs United States* (1951) e *Otter Tail Power Co. vs United States* (1973). Em todos esses casos a Suprema Corte Americana entendeu que os representados violaram o Sherman Act por negar acesso ao insumo essencial ao concorrente. Por último destaco que o leading case americano é o caso *MCI Communications Corp. v. AT&T* em que a Corte de Apelação do Sétimo Circuito aplicou a doutrina da essential facility para determinar que o monopolista provedor em telecomunicações ofertasse o acesso a sua rede local a um competidor no mercado de serviços de longa distância. Já na Europa, o caso mais emblemático e que vem pautando as discussões do velho continente até os dias de hoje foi o caso *Bronner*, em que a Corte Europeia de Justiça estabeleceu um teste de dois passos para identificação de uma essential facility: primeiro deve ficar claro que o agente possui mais que uma posição dominante de mercado, ele controla de modo injustificado uma estrutura que o seu rival não conseguirá replicar para competir; em segundo lugar deve-se apurar se o controle de tal estrutura tem probabilidades superior de levar à monopolização do mercado downstream. Ainda, para NIELS, JENKINS e KAVANAGH, existe outro requisito para a aplicação da teoria, a inexistência de justificativa objetiva para a recusa do produto ou serviço, sendo as condições de validade da teoria muito restritas.

Como destacado por SÉBASTIEN ao interpretar o caso *Bronner*, a doutrina da essential facility, especialmente na Europa, aparece no bojo da qualificação da discussão do fenômeno de recusa de venda. Ao se aperceber da indispensabilidade de um determinado insumo para os seus concorrentes, um competidor se utiliza do seu direito de exclusividade não com efeito de simples exploração de um ativo vantajoso, mas como meio de inviabilizar qualquer concorrência no mercado. Se for factível ao rival buscar outra fonte do insumo para organizar sua produção, não haverá essential facility e não se poderá falar em infração no caso de recusa de acesso. Como regra geral, uma empresa pode decidir com quem irá manter relações comerciais, contudo à luz da doutrina da essential facility algumas exceções podem surgir fazendo com que essa empresa tenha o dever de negociar com seu rival. Segundo CARLTON e PERLOFF, a autoridade antitruste, ao impor medidas comportamentais ao monopolista para forçar que ele permita o acesso de rivais ao produto ou serviço essencial, deve ter a certeza que de que o remédio não será burlado pela troca da “negativa de acesso” por um “preço excessivo”. Por fim, gostaria ainda de citar a opinião de HOVENKAMP. Ele afirma que essa doutrina é um dos mais problemáticos, incoerentes e ingerenciáveis ditames do Sherman Act. “O mundo do antitruste com certeza seria um lugar melhor se abandonássemos essa teoria e déssemos um fino retoque na doutrina geral da recusa de venda para suprir suas lacunas.” Segundo ele, o julgamento do caso *Aspen Skiing Co. vs Aspen Highlands Skiing Corp* é a prova de que essa doutrina é desnecessária. A Suprema Corte, in casu, invoca a responsabilidade concorrencial sem a necessidade de fundamentar a decisão na doutrina da essential facility. Para o professor basta olhar para o poder de mercado do representado, para a racionalidade da recusa da venda e para o potencial prejuízo para a concorrência.

(...)

A despeito das limitações de sua aplicabilidade em função do enquadramento do caso concreto aos seus requisitos essenciais (agente possuir mais que uma posição dominante de mercado, controlar de modo injustificado uma estrutura que o seu rival não conseguirá replicar para competir; deve-se apurar se o controle de tal estrutura tem probabilidades superior de levar à monopolização do mercado downstream; a inexistência de justificativa objetiva para a recusa do produto ou serviço chama atenção a quantidade de casos julgados em que se invoca, ainda que marginalmente, o fundamento da essential facility. Esta é, portanto, a grande dificuldade do CADE e das demais autoridades antitruste espalhadas no mundo: enquadrar o caso concreto nos requisitos da doutrina em face da assimetria de informação existente. Pode ser mais vantajoso seguir HOVENKAMP e tratar tais casos como recusa de venda e para isso basta, segundo ele, refinar um pouco a doutrina geral de recusa de venda, olhar para o poder de mercado, para a racionalidade da recusa e para o potencial prejuízo a concorrência.

De outro lado, é interessante referir que há uma série de argumentos a favor e contra o uso da referida teoria. Nos Estados Unidos, há que se atentar ao caso *Trinko* (decidido pela Suprema Corte norte-americana, em *Verizon Commc 'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko* (2004)). Segundo Marjorie Gessler Afonso, em sua Dissertação para obtenção de grau de mestre apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, intitulada “O Controle Concorrencial das Condutas Unilaterais das Empresas Estatais”⁶:

No caso *Trinko*, que avaliava a legalidade de uma conduta em um mercado regulado, a Suprema Corte apontou que “a existência de uma estrutura regulatória desenhada para deter ou remediar dano causado por condutas anticompetitivas” faz com que “o benefício adicional proporcionado pelo controle anticoncorrencial de condutas seja pequeno.” Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que a conduta não precisava se sujeitar ao controle antitruste dos tribunais porque a estrutura regulatória já previa uma solução adequada para a parte prejudicada. A análise utilizada pela Suprema Corte Americana nesse caso veio a ser chamada de *soft immunity*.

E frise-se que mais do que um simples debate acadêmico ou jurisprudencial a respeito de como o Direito Antitruste deve ser interpretado, há que se atentar, também, para os debates de fundo e às preocupações que levaram à Suprema Corte norte-americana a ter uma postura um pouco mais cautelosa em relação à existência de obrigatoriedade de contratação, não apenas em casos em que o agente com poder de mercado está sujeito à regulação, mas aos casos em que o agente não oferece, de maneira voluntária, ao mercado, em período anterior, sua estrutura para que terceiros venham dela se utilizar (interrompendo o fluxo contratual em um determinado ponto).

À medida em que a Autoridade Antitruste interfere no mercado e ela mesma determina o *unbundling* de uma “estrutura essencial”, daí derivam efeitos positivos e efeitos negativos à concorrência. Geralmente, o debate foca apenas e tão somente no viés positivo de se “compartilhar” estruturas produtivas. Todavia, é possível haver efeitos negativos de um *unbundling* forçado, à semelhança das preocupações externadas pelo ex-Conselheiro Vinícius Carvalho, citando Cesar Mattos, no âmbito do Ato de Concentração em que as empresas Brasil-Telecom e Oi [Telemar] se uniram (Atos de Concentração 08012.005789/2008-23 e 53500.012477/2008):

“

⁶ De acordo com o site <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20187/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Marjorie%20Afonso%20-%20Final.pdf>, verificado em 5/4/2018

Cesar Mattos fez um extenso estudo demonstrando, ao menos, que não é óbvia a escolha pela desagregação da rede e que é necessário ponderar com muita cautela a este respeito. (...) de acordo com o parecerista:

Há "um debate na literatura acerca dos seus efeitos líquidos" da desagregação de redes ", pois já existem evidências de que sua implantação reduz os incentivos para o investimento em modernização da rede. Esse resultado ocorre porque, se de um lado, os entrantes tendem a ser menos agressivos, de outro, é na existência de uma nova rede mais moderna que haverá incentivos econômicos para que o incumbente invista. (..)

Primeiro, é importante ter claro o que representa o unbundling. Tal política implica duas obrigações relacionadas da operadora:

negociar o aluguel de elementos de rede específicos (especialmente o local loop) ou em combinações particulares desses elementos de rede. Cada elemento de rede deve ser ofertado para aluguel "desagregado " um do outro, sendo o aluguel de "pactos de elementos" uma opção da operadora demandante. Na terminologia antitruste, esta seria como que obrigações per se de não recusar uma venda ou transação, no caso o aluguel do elemento de rede, associada a uma proibição de venda casada de elementos de rede. O objetivo desta combinação de obrigações seria primordialmente facilitar a entrada da operadora entrante com o aluguel de elementos de rede de difícil grau de replicação. Além disso, busca evitar que, nesta transação, o operador que alugue o elemento de rede implemente uma estratégia deliberada de aumentar os custos dos rivais com a inclusão de elementos de rede não requeridos por estes últimos, tornando-os menos competitivos. (..)

a grande crítica ao unbundling como estratégia de fomento à competição deriva do fato que este tipo de "entrada baseada em unbundling" é obviamente menos vigorosa do que a "baseada em construção de infraestrutura ".

Isto porque, em sendo uma entrada dependente dos insumos do incumbente, os entrantes tendem a ser menos agressivos em suas estratégias competitivas. Este diferencial foi enfatizado pelo órgão regulador de comunicações britânico OFCOM (Office of Communications) ,conforme destacado em estudo da OCDE (2008): "A decisão de desagregar a rede é usualmente vista como uma alternativa de segundo melhor relativamente à competição por infraestrutura. A OFCOM no Reino Unido destaca este ponto em documento que discute a banda larga. "idealmente a competição deveria ocorrer entre infraestruturas e não apenas entre serviços dado que aquela deve gerar tais benefícios em termos de espaço de escolha e inovações para os usuários". O valor agregado por este tipo de competição é menor, comprometendo os benefícios esperados com a concorrência.

No limite os entrantes podem desejar serem (e permanecerem) meros revendedores de serviços baseados em infraestrutura integral do incumbente.

Nos EUA, este tipo de distorção chegou a tal ponto que vários entrantes demandavam praticamente todos os elementos de rede no chamado "Unbundled Network Element - Platform (UNEP - P)" De fato, no caso americano, que foi onde a regulação levou mais longe a implementação do unbundling, Crandall (2002) mostra que as entrantes que construíram sua própria infraestrutura foram bem mais sucedidas que as que entraram via unbundling. A réplica a este tipo de crítica reside justamente no fato de que a entrada via unbundling representa tão somente um primeiro passo para uma entrada mais consistente "baseada em infraestrutura " para um prazo mais longo. Esta tese foi bem recepcionada pela Comissão Europeia, com inspiração explícita em artigo de Cave (2005), no qual batizou a estratégia de o "ladder of investment", também chamado pelos americanos de a teoria do "stepping-stone".

Nesse contexto, Cave (2005) realça que a política deve ser calibrada para estimular os operadores beneficiários a dependerem cada vez menos dos elementos de rede da incumbente até se transformarem em entrantes plenamente baseados em sua própria infraestrutura. A definição de um tempo máximo de vigência do unbundling regulado para determinado entrante (sunset clause) e/ou de um aumento do preço regulado ao longo do tempo do aluguel da infraestrutura, dessa forma, fariam parte dos mecanismos de indução

à progressiva agregação de valor pelo entrante na operação. Nesse sentido, Crandall (2002) destaca que nos EUA os casos de entrada bem sucedida via unbundling apenas aconteceram quando fizeram parte de uma estratégia de entrada baseada em construção de infraestrutura em prazo mais longo. Daí que a tese do "ladder of investment" tem sido bastante combatida na prática. Além da concorrência via unbundling ser pouco vigorosa no curto prazo, também, não incentiva investimento de mais longo prazo dos entrantes, na ausência de uma regulação indutora para uma entrada por construção de infra-estrutura. De fato, **a possibilidade de acomodação dos entrantes, no unbundling, é muito alta**, em virtude de sua posição confortável de entrada com pouco risco, dado que entram com poucos custos afundados, além de muitas vezes, uma excessiva "boa vontade" do regulador impondo preços de acesso muito baixos. Como enfatiza Pyndick (2004), neste tipo de política o entrante "se beneficia do upside, enquanto evita o downside". Como colocado por Hausman e Sidak (1991), mesmo se o entrante que requerer unbundling iniciar sua operação, nada o impede de sair se um estado ruim da natureza se concretizar, enquanto o mesmo não acontece com o proprietário da infraestrutura. Esta consideração é particularmente relevante no momento atual de elevada incerteza no setor, dada a sua dinâmica, na qual existe sempre o risco muito concreto de obsolescência mais rápida do que o esperado da infraestrutura. Por outro lado, além de desestimular uma entrada via facilidades, mais vigorosa, deslocando potenciais investimentos do entrante, os críticos à tese do "ladder of investment" também destacam o potencial impacto negativo sobre o investimento dos próprios incumbentes." Conforme destacado por Mattos, em seu artigo de 2006 "Sidak e Spulber (1997) e Epstein (2004) consideram o unbundling como "uma invasão física da propriedade do incumbente", dado que destrói a capacidade do incumbente de excluir terceiros do uso de sua propriedade, o que compromete seu incentivo a investir. Segundo Sidak e Spulber (1997), o unbundling "tornou a rede de telecomunicações local em um tipo de "tragédia dos comuns". Ademais, como seria uma espécie de desapropriação para uso privado, e não público, as chances de as políticas falharem seriam mais elevadas.

Este efeito negativo sobre o investimento do unbundling está muito associado a preços de aluguel regulados em níveis baixos e, em especial, ao uso da metodologia do Custo Incremental de Longo Prazo (LRIC), que tende a não incorporar os custos de oportunidade (...). Nos EUA, a partir de 2003 houve evidente mudança no sentido de reduzir o escopo da política de unbundling. Essa alteração indica que este potencial efeito negativo sobre o investimento tem sensibilizado de forma significativa o regulador daquele país. (...) A comparação da experiência americana com a tendência ainda presente na comissão europeia de fortalecer a política de unbundling nos parece particularmente informativa. Os EUA adotaram o unbundling visando ampliar a competição no serviço de telefonia fixa com o Telecom Act de 1996. Em 1999, a FCC já mais sensibilizada com a internet, inclui na política de unbundling as modalidades de line-sharing, e unbundling do "sub-loop" de da fibra ótica, com o objetivo de fomentar a competição no acesso à internet. A partir de 2003, no entanto, observa-se paulatina revisão da política de unbundling nos EUA. A "Triennial Review Order" da FCC em 2003 reduziu a amplitude do critério existente de imposição do unbundling, requerendo como condição necessária que a entrada por construção de facilidades seja considerada inviável economicamente, o que aproximou a política da doutrina antitruste convencional. Ademais, a FCC definiu um período de transição para a remoção do line sharing e da aplicação do unbundling em redes que representam novos investimentos em loops com fibra ótica (Fiber to the Home (FTTH) e loops híbridos. Por fim, em fevereiro de 2005, a FCC removeu os elementos de rede de comutação da possibilidade de unbundling, além de proibir o uso dessa política para a provisão exclusiva de serviços de longa distância pelos entrantes e serviços móveis. As firmas elegíveis para serem beneficiárias do unbundling ficaram mais restritas, devendo ser consideradas apenas aquelas que sejam "competidoras razoavelmente eficientes".

A Europa, de outro lado, começou a incorporar o unbundling a partir de 1999/2000, já com uma ênfase na competição na provisão de internet em geral e, posteriormente, internet banda larga. A diferença é que na Europa, tal como na maior parte do Brasil, o grau de penetração das empresas de TV a cabo com sua infra-estrutura alternativa é relativamente menor que nos EUA. Isso torna o acesso ao local loop naturalmente mais importante para

promover a competição na banda larga. No entanto, a acelerada multiplicação de possibilidade de bypass do local loop para fins de acesso à internet também constitui uma tendência comum entre EUA, Europa e Brasil, o que diminui os potenciais benefícios associados ao unbundling".

Veja-se que Cesar Mattos expõe, basicamente, que é melhor haver uma concorrência baseada em infraestrutura e não em serviços. Por outro lado, Marcelo Ramos, no seu artigo Neutralidade de Rede o futuro da internet e o mix institucional, publicado como documento de trabalho 41 da SEAE, em 2006, afirma que quando pensamos apenas no caso do Brasil ou de países em desenvolvimento como um todo, a escassez relativa de capital para investimento em infraestrutura e o tamanho do mercado consumidor é um fator a ser levado em conta para se avaliar as reais possibilidades do surgimento de uma ampla concorrência baseada em infraestrutura."

Assim, há que se levar em consideração este tipo debate, não trivial, a respeito:

- (i) da concorrência via estrutura [mais forte] versus concorrência via serviços, em um estrutura de unbundling [mais fraca]
- (ii) dos desincentivos ao investimento em infraestrutura por parte de novos agentes que a aplicação da Teoria de Essential Facilities pode gerar;
- (iii) do efeito de acomodação e de carona, que – efetivamente – há em algum grau em relação a agentes que buscam utilizar a infraestrutura de outra empresa;
- (iv) do *tradeoff* que há entre benefícios de curto prazo gerados pelo compartilhamento da infraestrutura versus eventuais malefícios de longo prazo derivados da acomodação dos agentes entrantes no mercado e da diminuição do nível de concorrência; e
- (v) da dificuldade em se estabelecer um “preço justo” pelo acesso e de condições de acesso razoáveis.

A respeito deste último ponto, sobre a dificuldade em se estabelecer um “preço justo” pelo acesso, há que se referir o seguinte. Muito embora o CADE já tenha debatido casos de preço abusivo⁷, segundo compreensão já sedimentada, vide Nota Técnica

⁷ Lembre-se, todavia, que o voto condutor da Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. *Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga/MG versus White Martins S.A. e Aga S.A.* Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, julgado em 18 de ago. 2010, foi proferido pelo Conselheiro Vinícius Carvalho, que na ocasião sugeriu não riscar do rol de condutas anticompetitivas a prática de preço abusivo ou excessivo. Carvalho estava preocupado com algumas questões, como, por exemplo: MOTIVOS ODIOSOS DE DISCRIMINAÇÃO – É lícita a possibilidade de um agente com elevado poder de mercado cobrar preços diferenciados em razão de motivos odiosos, por exemplo, haver um preço mais caro dos carros para deficientes físicos? O ex-Conselheiro entendeu que não! Aliás, citou-se no referido voto que esta prática foi efetivamente realizada no Brasil, em que algumas empresas de automóveis, para ficar com o abatimento do IPI dos deficientes físicos, elevavam o preço do automóvel. De outro lado, é possível também haver discriminação de preço em razão de raça ou de credo. Estas questões, referentes à precificação, escapam uma análise clássica, detida apenas sobre qual é a margem de lucro devida ou indevida. Sobre este aspecto, referente à proibição de comportamentos de ódio, não há dúvidas de que preços abusivos ou excessivos são possíveis e devem ser reprimidos. Gize-se, aqui, que não se trata de uma discriminação de preço que se mensura da mesma maneira que se avalia um price squeeze. Neste caso, não há a intenção do upstream dominar o downstream, excluindo um rival que não é verticalmente integrado. Há, apenas, o uso do preço

06/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE no Procedimento Preparatório nº 08700.007937/2014-34 e Nota Técnica 7/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE no Procedimento Preparatório nº 08700.005887/2014-50) entende-se que “o aumento abusivo de preços é um indício de infração a ordem econômica, mas não uma infração per se.” Também, o CADE, no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.000625/2014-08, referiu que “ainda há uma percepção equivocada de alguns consumidores e órgãos públicos de que o preço abusivo poderia ser uma conduta autônoma, ou seja, que uma margem de lucro elevada, ou um aumento mais significativo do preço poderia implicar em um ilícito. Essa visão, contudo, gera distorções no mercado, e um prejuízo à sociedade e ao consumidor, porque a livre variação de preços e quantidades tende a maximizar a eficiência alocativa. Nesse sentido, de forma muito clara, conforme informado pela OCDE, a Federal Trade Commission (“FTC”) e a Antitrust Division of the U.S. Department of Justice (“DOJ”) os preços abusivos não são infrações econômicas independentes”.

Assim, a denúncia apresentada no presente caso (de que haveria uma recusa de venda a um determinado nível de preços) deveria demonstrar que o nível de preços é tal que ele busca mascarar uma intenção de negativa de negociação e não que o preço é simplesmente alto demais.

como uma ferramenta odiosa de discriminação de raça, de credo ou de outro motivo não-republicano. VENDA CASADA DE PRODUTOS IRRELEVANTES AOS CONSUMIDORES E QUE NÃO ESTÃO RELACIONADOS À LÓGICA DO NEGÓCIO JURÍDICO – Citou-se a hipótese em que consumidores eram obrigados a adquirir ações supervalorizadas das companhias telefônicas, caso quisessem adquirir uma linha telefônica. Tal hipótese, de novo, não versa sobre uma venda casada exclusionária, mas do uso de um artifício para inflar o preço do produto, a partir de uma chantagem que o agente com poder de mercado consegue fazer, porque é o único ou um dos únicos capazes de ofertar o referido serviço. DESOBEDIÊNCIA SISTEMÁTICA A UM PREÇO TETO REGULATÓRIO SEM PREVISÃO DE PUNIÇÃO POR PARTE DA AGÊNCIA REGULADORA SETORIAL – Em tal hipótese, o agente não pode alegar que desconhece o que é o preço permitido. A proibição da precificação acima do teto foi estabelecida pelo Estado. Todavia, considerando deficiências próprias do sistema jurídico, é possível que existam casos sistemáticos de desobediência ao limite regulatório, sem punição da Autoridade que impôs o preço teto, seja porque a Lei não estabeleceu tal hipótese de punição, seja porque a própria Agência não pune o referido descumprimento. Em tal hipótese, o ex-Conselheiro Carvalho acreditou haver algum tipo de possibilidade de atuação da Autoridade Antitruste na esfera de preços abusivos ou excessivos ABUSOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL – O ex-Conselheiro Vinícius Carvalho se manifestou – com muita propriedade - da seguinte forma: “Imagine-se que uma empresa possui um direito de um cultivar. Mais do que isto, imagine-se que este cultivar é essencial para a saúde de todos os brasileiros. A empresa que possui a propriedade do cultivar pode, simplesmente, deixar de produzir (incorrendo, talvez, na infração de açambarcamento de propriedade intelectual). Por outro lado, se a empresa não impede ou mesmo açambarca o referido cultivar, mas cobra um preço proibitivo para o governo e para a maioria da população brasileira, é possível que, em decorrência deste fato, as pessoas comecem a ter sérios problemas de saúde. Nesta hipótese mais dramática, de acordo com a Lei 9.456/1997, é possível que exista um pedido de licença compulsória do referido cultivar. Além disto, de acordo com o art.31 desta Lei “O requerimento de licença será dirigido ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento **e decidido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**, criado pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. § 1º Recebido o requerimento, o Ministério intimará o titular do direito de proteção a se manifestar, querendo, no prazo de dez dias. § 2º Com ou sem a manifestação de que trata o parágrafo anterior, o Ministério encaminhará o processo ao CADE, com parecer técnico do órgão competente e no prazo máximo de quinze dias, recomendando ou não a concessão da licença compulsória. § 3º Se não houver necessidade de diligências complementares, **o CADE apreciará o requerimento no prazo máximo de trinta dias.**” Qual será a resposta do CADE? Os defensores da postura mais liberalizante, certamente, terão um grande problema para dizer se o preço é ou não é justo, tendo em vista todas as considerações feitas acima, de que não existe “equilíbrio excessivo”. Segundo o não-intervencionismo, se alguém ganhou um direito de propriedade intelectual, pode muito bem cobrar o preço que entender correto e não deve prestar contas a ninguém, porque não há parâmetro objetivo para dizer o que é justo em relação a preços. Ocorre, mesmo na ausência de um parâmetro normativo para saber o que é um preço aceitável e um preço proibitivo, o CADE terá que se posicionar sobre o assunto, avaliando se há ou não abusividade na política de precificação. Pensar o contrário, seria admitir uma catástrofe nacional.”

Além disto, para concretizar tal obrigação de acesso a infraestruturas essenciais, não basta definir o preço entre as partes. Há que se definir a “forma de contratualização”, especificando o objeto contratual: ou seja, não basta dizer que uma dada estrutura será “repartida” ou “compartilhada”. Há modos de compartilhamento.

Recentemente, o CADE arquivou processos, na área de telecomunicações, em que um concorrente cortou os cabos de telecomunicação do seu rival que estava em uma área própria para realização de unbundling (Processo 08700.010110/2012-46). Havia a alegação de que os cabos cortados representavam risco de segurança, porque havia possibilidade de incêndio.

No mérito, o Relator, Conselheiro João Paulo Resende, entendeu que:

“Falsear ligações e cortar cabos prejudicaram, a meu ver, a GVT. Mas ambas as ações poderiam ser tomadas por qualquer outro concorrente, independentemente de sua posição como líder no mercado. Qualquer operadora poderia simular falsas ligações de cancelamento de portabilidade ou enviar prepostos para cortar os cabos de concorrentes em caixas de acessos prediais. Inclusive a própria GVT chegou a ser acusada de uma dessas condutas, ainda que não tenhamos, nesses autos, informações acerca do desfecho da denúncia perante a ANATEL, uma vez que o acordo entre as empresas encerrou a disputa na agência.

Ou seja, ainda que se determine o unbundling, é possível haver situações que impeçam o unbundling, que não dizem respeito apenas ao preço, mas digam respeito a outras espécies de práticas de vandalismo que poderiam ser realizadas por qualquer pessoa ou concorrente do mercado, independentemente de sua posição do mercado.

Outros Conselheiros, como Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt e Gilvandro V. Coelho de Araújo pontuaram o fato de que houve um corte ínfimo de cabos, sendo que a Conselheira Cristiane ainda salientou que a Anatel regula o unbundling e já havia se posicionado a este respeito, solucionando a questão, motivo pelo qual o Direito Antitruste não deveria se imiscuir na contenda. Trata-se de um posicionamento muito semelhante ao adotado no caso Trinko.

Além do debate atinente à possibilidade de auto-sabotagem parcial do unbundling, é possível haver questões de caráter cível, questões de engenharia, questões atinentes à segurança física e ou à forma de implementação da obrigação de compartilhamento, que dificultam a obrigação de contratualização e que não desaparecem mesmo quando se determina, *ad hoc* e unilateralmente, um preço que ambas as partes devam acordar.

Deixando-se de lado este profícuo e interessante debate, independentemente de um posicionamento valorativo contra ou a favor da imposição deste tipo de obrigação – o que se admite apenas a título argumentativo, caso, talvez, se busque aplicar

a Teoria de *Essential Facilities*, há que se perquirir pelos pressupostos básicos característicos da referida teoria.

Há no mínimo 5 pressupostos que devem ser observados para aplicação da teoria de essential facility, conforme descrito abaixo:



Figura 6 – Pressupostos básicos do uso da teoria de essential facility

Abaixo estão descritos os casos norte-americanos que utilizaram tal teoria e definiram cada um dos pressupostos básicos de sua aplicação.

1. Controle de estrutura essencial (caso Aspen)

Para aplicar a teoria, há, por óbvio, que se ter uma estrutura essencial. Tal foi debatido no caso Aspen.

[*Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985)]

Neste caso, entendeu-se que facilidade “essencial” é aquela vital para viabilidade do negócio, sem a qual os competidores não conseguem atuar no mercado. Neste caso, a *Aspen Highlands Skiing Corp.* adquiriu três das quatro estruturas de esportes de neve em Aspen. Antes desta aquisição, todas as estruturas eram de propriedade de competidores distintos que, por meio de um contrato de joint-venture, ofereciam tickets para uso em diversas montanhas, conhecidos como “interchangeable 6-day all-Aspen ticket”. Estes tickets proporcionavam aos esquiadores uma forma conveniente de visitar um determinado resort, mas com

opções flexíveis para escolha da montanha em que o esporte seria praticado. Ocorre que, após a compra das três estruturas, a *Aspen Highlands Skiing Corp.* acabou com a joint-venture e se negou a renegociar o ticket integral. Neste sentido, a *Aspen Skiing Co.* entrou com uma ação em 1979 demonstrando que seu market share caiu de forma vertiginosa e que tal prática poderia ser anticompetitiva.

Outro caso que diz respeito a tal definição é o *McKenzie v. Mercy Hosp.*, 854 F.2d 365, 371 (10th Cir. 1988). Trata-se de uma ação movida pelo Dr. Steve L. McKenzie, especialista em osteopatias contra o Hospital Mercy. Este médico possuía “privilégios”, ou seja, podia atuar no referido hospital, de 1979 a 1982. Por outro lado, em 1982, em razão de uma conduta tida como “não-profissional e disruptiva”, após um processo interno, o Hospital decidiu por revogar seus privilégios. O médico alegou que havia uma conduta anticompetitiva, já que o Hospital representava uma estrutura essencial, dada a indissociabilidade ou “venda casada” dos serviços médicos com os serviços hospitalares. Ocorre que a corte entendeu A) que não houve prova de que o hospital competia com o médico e B) que a estrutura hospitalar não seria essencial para a prestação de serviços médicos

2. Impossibilidade de duplicação (caso Fishman)

Para aplicar a teoria de estruturas essenciais, deve ser impossível, do ponto de vista econômico, a duplicação da estrutura. Tal foi debatido no caso Fishman.

[*Fishman v. Estate of Wirtz*, 609 F. Supp. 982 (N.D. Ill. 1985) *Fishman v. Estate of Wirtz*, 594 F. Supp. 853 (N.D. Ill. 1984)]

Em 1971, o Chicago Professional Basketball Corporation (“Chicago Basketball”) decidiu vender o time “Chicago Bulls”. Em razão disto, Marvin L. FISHMAN formou um grupo de investimento, para investigar a possibilidade de compra do Bulls. Em 1972, este grupo conseguiu um acordo de aquisição do Bulls por 3,3 milhões de dólares, concorrendo com outros grupos como o de Arthur Wirtz. Ocorre que Wirtz possuía a propriedade do Chicago Stadium Corporation

("CSC"), ou seja, do estádio em que o Chicago Bulls jogava até então. A compra do Chicago Bulls deveria ser, também, autorizada pelo Comitê da NBA, formado pelos donos das 17 franquias. Dentre as exigências feitas pela NBA para autorizar a transação estava a garantia de acesso ao estádio. Ocorre que Wirtz não apenas se recusou a negociar o acesso ao estádio, como também mandou cartas para o Comitê da NBA, informado que não tinha disposição de agir desta forma. Neste sentido, Fishman entrou com uma ação reclamando acesso ao estádio por entender que este seria uma estrutura essencial. Muito embora Wirtz tenha argumentado que era possível construir um outro estádio, o Sétimo Circuito considerou que o mesmo não seria duplicável sem um gasto considerável, levando-se em conta as particularidades da operação. Explicou-se que a doutrina da essential facility deve ser utilizada para que uma parte não seja obrigada a entrar em dois mercados simultaneamente. O mero fato de que outras partes tenham construído outros estádios não justificaria que Fishman fizesse o mesmo. É insuficiente, no entanto, que o autor alegue que o acesso à estrutura é a alternativa mais econômica. Daí, entra-se já no terceiro requisito para aplicação da doutrina, que se refere a uma negativa não-razoável de acesso.

3. **Negativa não-razoável de acesso (caso AOL)**

Para aplicar a teoria de estruturas essenciais, deve haver uma negativa não razoável da estrutura em questão. Tal foi debatido no caso abaixo.

[*Cyber Promotions, Inc. v. America Online, Inc.*, 948 F. Supp. 456 (E.D. Pa. 1996)]

Neste precedente, entendeu-se neste caso que a criação de um mecanismo que permita aos usuários da AOL de bloquearem os e-mails considerados Junk-Mails, incluindo material promocional da *Cyber Promotions Inc.*, não representava uma negativa de acesso a estrutura essencial, já que não se negava o acesso deste material aos consumidores. Pelo contrário, não se poderia exigir que os consumidores tomassem passos afirmativos para verificarem este tipo de e-mails promocionais.

No caso *Laurel Sand & Gravel, Inc. v. CSX Transp., Inc.*, 704 F. Supp. 1309 (D. Md. 1989), a Laurel Sand & Gravel (produtora de areia e brita) e integrada com uma empresa de transporte ferroviário de curto alcance, MMR, acusava a CSX Transportation, empresa ferroviária de âmbito nacional, de negar-lhe acesso às ferrovias. Assim, a Laurel acusava a CSX de querer monopolizar o mercado de transporte de commodities. Ocorre que o Quarto Circuito considerou que não houve negativa de acesso, conforme alegado, visto que a MMR poderia ter contratado o transporte da CSX ou poderia ter adquirido direitos de transporte nos trilhos da CSX. O preço deste serviço foi estabelecido de forma razoável e não impedia que as empresas tivessem lucro.

4. Viabilidade de acesso (caso MCI vs AT&T)

Para aplicar a teoria de estruturas essenciais, deve haver viabilidade de acesso.

[*MCI Telecommunications Corp. v. AT&T Co.* United States Supreme Court 512 U.S. 218 (1994)]

Trata-se de um caso extremamente relevante para compreender a casuística relacionada às estruturas essenciais. Em tal precedente, a MCI argumentou que a AT&T impropriamente recusou-se a fornecer o acesso a sua rede, o que acabava impedindo a concorrência no mercado de interconexão de longa distância. De acordo com o Sétimo Circuito, a MCI teria provado que (i) havia uma estrutura essencial; (ii) era inviável sua duplicação; (iii) houve uma negativa indevida de acesso por parte da AT&T; e (iv) “*era tecnicamente e economicamente viável que a AT&T fornecesse as interconexões solicitadas*”, o que tornava a recusa da AT&T “*um ato de monopolização*”.

Ao contrário do caso MCI vs AT&T, no caso *Southern Pacific Communications Co. v. AT&T*, a AT&T demonstrou que, para atender as preocupações de ordem regulatória, não poderia dar acesso indiscriminado de sua estrutura de interconexão. Ou seja, há a necessidade de avaliação de questões técnicas para determinação do compartilhamento compulsório do ativo, como, por exemplo, há a necessidade de demonstrar que há capacidade ociosa disponível.

5. Ausência de regulação determinando o unbundling (caso Trinko)

Para aplicar a teoria de estruturas essenciais, deve haver ausência de regulação determinando unbundling, conforme caso Trinko referido abaixo.

[*Verizon Commc 'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko* (2004)]

A Verizon Communications Inc era o operador exclusivo local do Estado de Nova Iorque até a liberalização de 1996, que tentou introduzir a concorrência no mercado. Foi imposta a obrigação de compartilhamento da rede local e das acesso separado a elementos individuais. Em 1999, os competidores denunciaram que suas ordens não estavam sendo cumpridas por parte da Verizon. Tanto a Comissão de Serviço Público de Nova Iorque como o regulador federal *Federal Communications Commission* abriram investigações que levaram as ordens e a compromissos por parte da Verizon. Neste caso, a Suprema Corte norte-americana considerou que por mais que a empresa Verizon (Bell Atlantic) tenha, de fato, fornecido serviços de interconexão com qualidade inferior dificultando as atividades de sua concorrente (a AT&T) no mercado de acesso local, esta conduta discriminatória não representa infração antitruste punível pelo Sherman Act e, portanto, não daria direito a uma ação privada que reclamasse prejuízos particulares decorrentes desta conduta. Segundo a Suprema Corte, apenas haveria infração antitruste se (1) o acesso da AT&T fosse negado totalmente ou (2) se a Verizon, ao discriminar a AT&T, agisse de forma a contrariar seus próprios lucros em curto prazo. Ademais, como o acesso local era uma obrigação regulatória, não haveria preocupações concorrenciais atinentes, já que se não existisse a mencionada obrigação, a Verizon não iria espontaneamente ter vontade de negociar com a AT&T. De todo modo, a Regulação já possuiria, por si só, remédios para lidar com a negativa de unbundling da forma determinada pela Agência Reguladora.