

ATIVIDADE ECONÔMICA, EMPRESA SOB CONTROLE ESTATAL E LIVRE CONCORRÊNCIA

Pedro Dutra

1. A intervenção estatal no domínio econômico. 1.1. A exploração da atividade econômica: artigo 173, da Constituição Federal. 1.2. Regime aplicável a empresa sob controle estatal. 1.3. Atividade econômica e a prestação de serviços públicos. 2. O alcance da lei de defesa da concorrência. 3. Estratégia competitiva e a guarda do sigilo. 3.1. Prestação de dados e de informações à autoridade competente. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

Empresa sob controle estatal tem por objeto social a comercialização de bens e a prestação de serviços a terceiros que revendem aqueles bens ao consumidor final. O mercado relevante em que a Empresa atua registra elevado índice de concorrência; nos últimos anos, novos competidores nele ingressaram, reduzindo a participação antes detida pelas empresas líderes. Atualmente, nenhum figurante desse mercado detém-lhe fração superior a um terço.

Nesse contexto, são formuladas as seguintes questões:

a) por alguma forma, distingue a Lei a atividade econômica em função do bem ou do serviço que empresa pública, de economia mista, ou subsidiárias suas comercializem e prestem, e assim as exclui da incidência da regra do artigo 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, que sujeita estas empresas sob controle estatal ao regime jurídico próprio da empresa sob controle privado?

b) fixa a lei de repressão e prevenção ao abuso do poder econômico - Lei 8.884/94 (defesa da concorrência) – tratamento especial à empresa sob controle estatal em sua atuação nos mercados de bens e serviços?

c) está a empresa sob controle estatal produtora e comercializadora de bens ou prestadora de serviços, em razão da titularidade do seu capital, obrigada a tornar público dados e informações relativos à sua estratégia competitiva, inclusive divulgando custos e preços dos produtos e serviços que comercialize e preste a terceiros que irão ofertá-los diretamente ao público?

1. A intervenção estatal no domínio econômico

É clara a regra do artigo 173, da Constituição Federal, cuja transcrição se impõe:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

I - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

.....

II - A sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;” (nosso grifo).

Foram criadas as empresas sob controle estatal – empresas públicas, empresas de economia mista e suas subsidiárias, estas as palavras da Lei – para explorar atividade econômica, pois são essas empresas uns dos meios de intervenção estatal direta no domínio econômico. Portanto, o propósito do legislador ao criar empresas sob controle estatal era, e é, destiná-las à produção e comercialização de bens e à prestação de serviços¹; estes bens e serviços são ofertados e procurados em área geograficamente determinada, isto é, em mercados de bens e serviços, nos quais, salvo raras exceções, empresas sob controle privado também ofertam bens e serviços iguais ou semelhantes, e assim competem elas todas entre si.²

¹ Assim já no regime constitucional anterior, como bem anota Leopoldino da Fonseca, ao citar a regra especial então editada e ainda em vigor. “A organização da intervenção direta do Estado no domínio econômico tem embasamento legal no Decreto-lei nº 200, de 25.2.1967, e na legislação subsequente, que o modificou substancialmente. (...) Por empresa pública entende ele ‘a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por Lei para a exploração de *atividade econômica* que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito’ e por sociedade de economia mista ‘a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por Lei para a exploração de *atividade econômica*, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou à entidade da Administração Indireta”. in FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 247.

² Nem sempre a empresa sob controle estatal concorre com empresa sob controle privado; por exemplo, aquelas que atuam em regime de monopólio legal, ou em situação de monopólio de fato, embora este mercado onde este se verifique seja contestável, isto é, pode ser disputado por empresa que nele ingresse, possibilidade vedada quan-

Ao fixar no artigo 173, § 1º, II, que as empresas sob controle estatal sujeitam-se ao “regime jurídico próprio das empresas privadas”, atendeu o legislador ao caráter eminentemente privatista da ordem econômica constitucional³, a saber, nela é assegurado a todo cidadão o direito de livre iniciar o seu negócio e de livre concorrer – pôr em disputa o bem ou serviço obtido do seu negócio – liberdade essa que se objetiva em face do Estado, cujo papel em relação à ordem econômica, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, entre outros, é o de exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização⁴ dos agentes econômicos, e não mais intervir diretamente na atividade econômica de forma supressiva ou concorrentemente com a iniciativa privada, senão quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.⁵

O refluxo da intervenção direta à indireta do Estado no domínio econômico, cedendo ele o papel de agente supressor ou concorrente da iniciativa privada, (quando não monopolista) ao de agente normativo, fiscalizador e regulador da atividade econômica, isto é, de todos os seus mercados de bens e serviços e de todos os agentes neles atuantes, encontra na regra dos citados artigos 173 e 174, a sua formalização normativa. Na ordem econômica constitucional assim afirmada, e tendo-se em conta a excepcionalidade a condicionar a criação de empresas sob controle estatal, não haveria sentido em o legislador

do se tem o regime de monopólio legal. No primeiro caso, estão as empresas sob controle estatal geradoras de energia nuclear, que atuam sozinhas neste mercado e em alguns de seus segmentos; no segundo, a Petrobras, que detinha o monopólio legal da exploração do petróleo. Embora hoje ela seja, praticamente, monopolista de fato, está o mercado de exploração e refino de petróleo onde atua aberto à contestação, seja por meio de importação feita por outra empresa atuante neste mesmo mercado, ou por terceiro que queira se instalar no mercado de petróleo, ou associar-se, como já ocorre, à Petrobras na exploração de petróleo.

³ Assim Fábio Konder Comparato: “Reiterando a orientação privatista da Constituição anterior, a nova Carta, Política declara que, ressalvados os casos por ela previstos, ‘a exploração direta de atividade econômico pelo Estado só será permitida quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei’ (artigo 173)”. COMPARATO, Fábio Konder. O exercício da atividade empresarial pelo Estado. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan./mar. 1990. n. 93, p. 270.

⁴ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (grifamos)

⁵ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” (grifo nosso)

atribuir à empresa sob controle estatal regime jurídico que não fosse próprio da empresa privada. Por outro lado, não seria admissível deixar aos mercados de bens e serviços, à desenfreada atuação de seus agentes, a afirmação da livre concorrência, princípio a reger a ordem econômica constitucional e a distinguir a intervenção indireta do Estado na atividade econômica, cuja afirmação acha-se fundada, precisamente, na repressão e prevenção do abuso do poder econômico, prática que a experiência já demonstrou ocorrer, ordinariamente, em mercados não sujeitos à regulação e à fiscalização promovida pelo Estado na forma da Lei.

A intervenção indireta do Estado na atividade econômica, como afirmada na ordem constitucional brasileira não reduz a presença estatal na ordem econômica; antes, leva-a a todos os mercados de bens e serviços, para neles reprimir o abuso do poder econômico, fiscalizar a conduta de seus agentes e regular, especial e adicionalmente, determinados mercados, nos quais a guarda do interesse público requer maior cuidado. Como mostram SANTOS & GONÇALVES & MARQUES:

“Por paradoxal que possa parecer, a redução do peso do Estado-empresário e a liberalização de determinados sectores de actividade económica, a que se tem assistido ao longo dos últimos anos em diversos países, têm sido acompanhadas por um alargamento do papel do Estado como regulador. Este fenómeno, a que alguns autores têm chamado ‘re-regulação’, incide em especial sobre os mercados emergentes como resultado dos referidos processos de privatização e de liberalização. Assim, tanto a privatização de empresas públicas – que não haviam sido objecto em muitos casos de uma regulação pública sistemática –, como a abertura à concorrência de sectores anteriormente vedados ou de acesso controlado (como por exemplo, as telecomunicações) têm dado origem ao estabelecimento de novos regimes e instâncias de regulação. Os objectivos essenciais destes regimes são o de garantir o respeito das regras da concorrência pelas empresas, designadamente pelas empresas privatizadas, e o de assegurar a qualidade e a quantidade dos bens ou serviços produzidos, em particular quanto se trate de bens ou serviços de interesse geral.”⁶ (grifos da obra)

1.1. A exploração da atividade econômica: artigo 173, da Constituição Federal

⁶ SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 73.

Regime é a forma de agir em determinado sentido, a designar determinada direção; NASCENTES dá-lhe o significado principal de direção⁷, assim também PLÁCIDO E SILVA⁸. Dizer o mesmo regime é dizer a mesma forma de agir, de dirigir-se, de conduzir-se, no caso em um mesmo mercado, explorando atividade econômica. Ao dizer a lei sujeitar-se a empresa sob controle estatal ao mesmo regime a que se sujeita a empresa sob controle privado, diz que aquela deve dirigir-se, conduzir-se conforme a lei aplicável à empresa sob controle privado, quando – leia-se a lei – “explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”. Nada há na lei a dizer ou a sugerir que, em razão da empresa sob controle estatal dever agir sob o mesmo regime aplicável a empresa sob controle privado nos mercados de bens e serviços onde atue – isto é, quando explore atividade econômica – desveste-se ela das características que a distingue, em razão da titularidade de seu capital, da empresa privada, e assim escapa à incidência das normas de controle de órgãos da administração pública. É clara a finalidade da norma igualitária: todas as empresas que explorem atividade econômica sujeitam-se ao mesmo regime jurídico e esse regime é de natureza privada. O princípio, subjacente a esta norma, há muito acha-se inscrito no direito nacional, referindo a isonomia que deve estar à base da exploração da atividade econômica, na qual, mostra FRANCISCO CAMPOS, o Estado não age como poder público, e sim como agente econômico organizado como os demais, privados:

“Ao resolver-se a participar da atividade industrial ou comercial, o Estado abandona o regime que lhe é peculiar quando opera na sua qualidade de poder público, para ingressar, como comerciante ou industrial, no quadro jurídico geral ou comum da igualdade de direitos e obrigações com os particulares, que já encontra exercendo a mesma atividade. O quadro jurídico dentro no qual se exerce o comércio ou a indústria é o da concorrência, que pressupõe, necessariamente, a igualdade de tratamento a ser dispensada a todos os que militam em iniciativas gerais ou comuns a todos, ou que não se compreendem na reserva estabelecida em benefício do Estado e na qual se incluem tão-somente as faculdades inerentes ao poder público, os privilégios ou as regalias, que lhe asseguram a dominação da sua vontade sobre as vontades indi-

⁷ Cf. SILVA, Morais. *Diccionario da lingua portugueza*. 7. ed. Lisboa: Typographia de Joaquim Germano de Souza Neves - Editor, 1878. t. II, p. 575; NASCENTES, Antenor. *Diccionario etimológico da lingua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1952. t. II, p. 682.

⁸ SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 4, p. 66.

viduais, e isto tão-somente nos limites em que a Constituição permite regular, restringir ou condicionar o gozo ou o exercício dos direitos individuais.”⁹

A distinção entre regimes em que empresas sob controle privado e público devessem atuar, fosse ela feita por qualquer forma, criaria uma desigualdade em favor da iniciativa empresarial estatal, contrária à forma prevista de intervenção estatal na ordem econômica e especialmente aos princípios legais da livre iniciativa e da livre concorrência que a articulam. TAVARES BORBA, analisando a regra do artigo 173, da Constituição Federal, nela precisa a igualdade que deve ser observada na exploração da atividade econômica:

“Com o fim de preservar a coerência de sistema, evitando que a legislação ordinária excepcionasse a legislação comum das sociedades comerciais e estabelecesse privilégios ou restrições para as empresas do governo, determinou a Constituição Federal (art. 173, § 1º) que estas se sujeitassem ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

Depreende-se de todo o exposto, que a Constituição não só impede que a lei possa beneficiar as sociedades de economia mista em detrimento das entidades privadas, como, ao revés, embora visando ao mesmo propósito, que é o de preservar a sadia competição no mercado (art. 170, IV e 173, § 4º, CF), veda que as leis as possam prejudicar, com a imposição de controles burocráticos que as estorve em sua atuação no mercado. (...) O que o legislador constitucional pretendeu, desde a redação original do art. 173, § 1º, foi garantir a igualdade de competição do mercado de todas sociedades de economia mista, indistintamente, com o reconhecimento implícito de que a álea inafastável da mercancia seria um risco assumido pelo capital público a elas aportado, não tendo sentido impor-lhes um oneroso controle burocrático de procedimentos de gestão, mas, tão-somente, o controle societário de resultados, comum a todas as sociedades anônimas.”¹⁰ (grifos da obra)

DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO distende o ponto, apontando os efeitos negativos, a recair sobre o contribuinte, houvesse o legislador constitucional desatendido ao princípio sedimentado da igualdade a ser aplicado a todas as empresas que explorem atividade econômica:

“Mas, mesmo atuando concorrentemente, através de suas empresas públicas, sociedades de economia mista ou de outros tipos de entidades, o Es-

⁹ CAMPOS, Francisco. Sociedade de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: RT, abr./jun. 1963. v. 72, p. 387.

¹⁰ *apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sociedades de economia mista e reforma administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar. jul./set. 1999. n. 217, p. 99.

tado empresário ficará sujeito ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de quaisquer privilégios fiscais que não sejam extensivos ao setor privado (art. 173, §§ 1º e 2º, CF).

Garantiu, assim o legislador constitucional, zelando pelo efetivo primado da livre concorrência, que a ineficiência do Estado empresário não se mascarasse por trás de privilégios, que, em última análise, oneram triplamente o público, como consumidor, como usuário e como contribuinte.”¹¹ (grifos do original)

1.2. Regime aplicável a empresa sob controle estatal

A isonomia de regime jurídico que a citada regra do artigo 173 fixa, a alcançar tanto a empresa sob controle estatal quanto a empresa sob controle privado, não importa, todavia, na negação das características especiais a revestir a empresa sob controle estatal e que a distingue efetivamente, como empresa, da empresa sob controle privado, como apontado; são nítidas, são óbvias essas características, e assim exige a natureza mesma da empresa sob controle estatal, pois outra é a titularidade do seu controle – estatal e não privado. Essas características expressam-nas as normas legais de controle da administração pública, que alcançam a empresa sob controle estatal, e a identifica, neste aspecto, aos demais órgãos da administração pública. Contudo, tais normas não transformam a natureza da atividade econômica que a empresa sob controle estatal explore, de produção e comercialização de bens, e de prestação de serviços. Assim porque outra é a finalidade dessas normas de controle, qual seja, assegurar a lisura no trato da coisa pública – a empresa sob controle estatal – em toda a latitude desse propósito, aí incluída a forma de essa empresa ser administrada. LUIS ROBERTO BARROSO delinea o alcance dessas normas de controle a alcançar a empresa sob controle estatal:

“As normas de direito público, no regime jurídico das sociedades de economia mista, somente se aplicam por exceção e concentram-se em duas áreas: (a) nas suas relações com a pessoa jurídica instituidora e (b) nos seus mecanismos de controle. Estão sujeitas, assim, a procedimentos como a supervisão ministerial e o controle do emprego de recursos públicos pelo Tribunal de Contas. Tais procedimentos, aliás, não excluem os controles internos da própria sociedade, como, por exemplo, a defesa dos interesses dos acionistas minoritários, sob as regras da legislação societária. Porém, nas suas relações com terceiros, e, sobretudo nas relações com pessoas jurídicas privadas, su-

¹¹Idem. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 469.

bordinam-se as sociedades de economia mista às mesmas normas a estas aplicáveis”.¹²

A exploração de atividade econômica – a produção e comercialização de bens e a prestação de serviços – por empresa sob controle estatal, dá-se em um mercado normatizado, regulado e fiscalizado, na forma da Lei, pelo Estado, incidindo as regras que desdobram esta função estatal também sobre a empresa privada produtora de bens e prestadora de serviços, tais as regras de defesa da concorrência, de defesa do consumidor e de regulação especial de determinados mercados¹³. Afastou o legislador, assim, a possibilidade de, tanto a empresa sob controle estatal quanto a empresa sob controle privado, na exploração de atividade econômica – na atuação em mercados de bens e serviços, quaisquer que sejam eles – porem-se a salvo da disciplina legal dos mercados econômicos; em uma palavra, atuarem à margem da intervenção estatal reguladora e fiscalizadora da atividade econômica. Em relação a empresa sob controle estatal, note-se, maior e mais amplo é o controle estatal, a ocorrer já no curso ordinário da sua administração, pois submete-se ela, como visto, às regras de controle aplicáveis aos órgãos da administração pública; e, em sua atuação nos mercados de bens e serviços, acha-se ela também submetida às mesmas normas de fiscalização e regulação, promovida por órgãos da administração pública e igualmente aplicáveis a empresa sob controle privado atuante nesses mercados.

A atividade econômica que a empresa sob controle estatal explora é a mesma que exerce a empresa sob controle privado: esta e aquela produzem e comercializam bens e prestam serviços; e tal atividade tem lugar nos respectivos mercados de bens e serviços. O fato de a administração da empresa sob controle estatal dever observar as regras aplicáveis à administração pública, e assim estar sujeita aos controles internos e externos que alcançam os demais órgãos da administração pública, não transmuda a natureza da atividade econômica que explora, de produtora e comercializadora de bens ou de prestadora de serviços, ou lhe transfigura a atuação nesses mercados. Em perfeita síntese,

¹²BARROSO, Luis Roberto. Intervenção no domínio econômico – Sociedade de economia mista – Abuso do poder econômico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar. abr./jun. 1998. n. 212, p. 310.

¹³ Assim, inclusive, no sistema jurídico francês, marcado por forte presença estatal na ordem econômica: “La confrontation des entreprises publiques à la concurrence est aujourd’hui générale. Elle concerne non seulement les entreprises agissant traditionnellement en secteur concurrentiel, mais également les entreprises de service public obligées à un effort de compétitivité, même lorsqu’elles disposent d’un ‘monopole’ qui n’est en général que très relatif, qu’il s’agisse du secteur énergétique ou des transports”. COLSON, Jean-Philippe. *La gestion des entreprises publiques. Droit public économique*. Paris: LGDJ, 1995. p. 282.

ALCIDES CRUZ há muito precisou, exemplificando, os planos jurídicos diversos, e não conflitantes:

“As relações jurídicas do concessionário com o poder público concedente, são de direito administrativo; as do concessionário com o público são de direito comercial.”¹⁴

A regra do artigo 173, § 1º, refere, claramente, atividade econômica como tal, e explicita as formas que a consistem, retiradas da experiência, pelo legislador: produção ou comercialização de bens, ou prestação de serviços. Não se acha, nas normas constitucionais, outra qualificação ou classificação para atividade econômica, assim como no plano material onde esta se trava.

Não classificou e não qualificou o legislador, na ordem econômica constitucional, a atividade econômica, ou nela distinguiu, do seu conjunto, mercados de bens ou de serviços, dizendo-os discretos dos demais, nos quais atuam empresas sob controle privado; ou seja, não sobrepôs o legislador à realidade patente da atividade econômica – que tem lugar nos mercados de bens e serviços que a compõem – categoria artificial para nela acomodar a exploração de atividade econômica por parte de empresa sob controle estatal. Certamente, seria ocioso, sobre ser extravagante, tal propósito, pois não guardaria vantajosamente a empresa estatal, mesmo se admitido fosse ela vulnerada pela isonomia a ela traçada em relação à empresa privada na exploração da atividade econômica, e, ainda, fosse vista como ameaçadora ao interesse público a atividade empresarial em si, exercida pela empresa estatal. Assim porque a isonomia traçada entre a empresa sob controle estatal e a sob controle privado não desveste aquela do controle a que a Lei submete os órgãos da administração pública; e a efetivação desse controle, para o fim de reprimir eventual desvio de finalidade que empresa sob controle estatal possa incorrer, ao explorar atividade econômica de produzir e comercializar bens e prestar serviços em diferentes mercados econômicos, regidos por normas de direito privado, é consideração estranha à finalidade visada pela regra do artigo 173, citado. É, antes, matéria própria da administração pública, do controle da atuação dos seus órgãos e agentes.

1.3. Atividade econômica e a prestação de serviços públicos

Mesmo os serviços públicos, que a Constituição Federal refere e não define, não se acham qualificados à margem da atividade econômica, que esta Lei, ao contrário, define nos termos do seu citado artigo 173; a disciplina da prestação dos serviços públicos, fixada no artigo 175 da Constituição, mostra-

¹⁴ CRUZ, Alcides. *Direito administrativo brasileiro: exposição summaria e abreviada*. 2. ed. corr. e ampl. Rio de Janeiro: Francisco Alves. 1914. p. 232

os como serviços que são, e assim se constituem em uma das formas de atividade econômica – a outra, a produção e comercialização de bens – ambas suscetíveis de exploração lucrativa, por parte de empresa sob controle privado¹⁵.

O legislador disciplina a prestação dos serviços públicos, preceituando-a em relação à prestação dos demais serviços, e a comete ao Poder Público, que poderá executá-la valendo-se do concurso de empresa sob controle privado, forma hoje corrente; assim o referido artigo 175:

“Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

¹⁵ Claro está, existir exploração de atividade econômica destinada à satisfação do interesse público objetivado, – a prestação de determinado serviço ou a produção e comercialização de determinado bem – irremediavelmente deficitária, o que, todavia, não impede a sua exploração, seja por órgão da administração pública, empresa sob controle estatal inclusive, seja por empresa privada. Contudo, em qualquer dessas hipóteses, deverá haver, sempre, o propósito do poder público – assinado à empresa privada, se o caso – de eliminação do déficit ou a sua compensação de forma menos onerosa ao contribuinte. A prestação dos serviços de telefonia serve o exemplo: a universalização desses serviços, isto é, a disseminação da oferta desse serviço ao maior contingente possível da população, o de baixa renda incluído, provavelmente não remunera suficientemente o seu prestador. Atendendo a essa realidade, inafastável no mercado brasileiro de prestação de serviços de telefonia, o legislador estipulou forma de subsidiar a universalização da oferta desse serviço; veja-se o artigo 81, da Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes:

I - Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da Lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei.”

A regra do artigo 175 tem, claramente, por finalidade organizar a prestação do serviço público, isto é, fixar os termos gerais determinantes em que o serviço público será prestado, seja por empresa sob controle estatal, seja por empresa sob controle privado. Para esse fim, nele está referido expressa e sucessivamente: o regime de concessão; a forma pela qual o prestador será selecionado – licitação; as cláusulas a serem obrigatoriamente estipuladas no contrato que tenha por objeto a prestação de serviço público, e as cláusulas de proteção dos direitos dos usuários, inclusive; a política tarifária; e a obrigação de continuidade e adequação da prestação do serviço público. Estes os termos que objetivam o dever do Estado de assegurar a prestação dos serviços públicos, irrespectivamente da titularidade do controle da empresa prestadora.

Não dispõe a Lei sobre a prestação de serviço público em função da titularidade da empresa que o vai prestar. Os termos e as condições que revestem a prestação dos serviços públicos, especiais em relação à prestação dos demais serviços, atendem à natureza do interesse afetado pela prestação daqueles serviços, – interesse público, e não interesse privado, cabendo ao Estado guardar preferencialmente o primeiro.¹⁶ A titularidade do controle da empresa prestadora do serviço público, e dos demais serviços que afetem direta e significativamente o interesse público, não faz o objeto da disciplina, e nem a condiciona, da prestação desses serviços; sujeitam-se seus prestadores, por igual, às regras que lhes disciplinam a prestação desses serviços.

Leis ordinárias especiais distendem e complementam os preceitos constitucionais na disciplina dos serviços públicos, assim a Lei de Concessão de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995), aquelas destinadas à regulação econômica de determinados mercados de prestação de serviços públicos, e de produção de bens também, atue neles empresa sob controle estatal ou não. Por exemplo: em mercado em que não atue empresa sob controle estatal – o de telecomunicações; em mercado onde atuem empresa sob controle estatal e sob controle privado – o de energia elétrica; em mercado no qual não seja prestado serviço público, mas sim serviços cuja prestação, por igual a estes, afeta direta e significativamente o interesse público – o de prestação de serviços de saúde; e em mercado no qual é dominante empresa sob controle estatal – o de petróleo e gás; e, por fim, em mercado no qual não atua empresa sob controle estatal – o de saúde suplementar.

¹⁶ Note-se que o mesmo se dá em relação a outros serviços não identificados como serviços públicos, mas que, como estes, afetam, direta e significativamente, o interesse público, e por essa razão são submetidos à regulação especial. Tais os serviços de saúde e de saúde suplementar, cuja prestação por empresa sob controle privado é igualmente preceituada em normas legais especiais, fiscalizada e regulada por órgãos especiais da administração pública, tais a ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária - e a ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Nestes mercados todos há exploração de atividade econômica, há a prestação de serviços públicos, a produção de bens e a prestação de outros serviços a igualmente afetar, direta e significativamente, o interesse público, e que por essa razão se acham também preceituados especialmente, sem, todavia, agravo à regra constitucional a definir atividade econômica e sua exploração, seja por empresa sob controle estatal, seja por empresa sob controle privado.

À vista das características inafastáveis porque próprias à natureza destes mercados de serviços e bens, não estipulasse o legislador os termos e as condições especiais que lhes revestissem a oferta, deixaria desprotegido o interesse público, o interesse transindividualizado, que estes serviços e bens afetam expressiva e diretamente¹⁷. Por essa razão, a sua guarda sobrepõe-se ao interesse privado¹⁸, e assim informa o dever do Estado de organizar a sua prestação, produção e comercialização, preceituando-a, ao contrário do que se tem em relação à oferta dos demais serviços e bens, que não afeta diretamente o interesse público e assim dispensa disciplina especial – a regulação econômica deles - embora, note-se, não a disciplina a alcançar a todos os mercados de bens e serviços, para o fim de neles reprimir e prevenir o abuso do poder econômico.

Mas este dever de o Estado organizar a prestação de determinados serviços, entre eles os serviços públicos, e a produção e a comercialização de determinados bens, não exigiu, e o legislador não a fixou em regra alguma, a especialização da atividade econômica que por alguma forma a classificasse ou qualificasse. Tanto assim, que a prestação desses serviços e a produção e a comercialização de determinados bens, admitem a realização de lucro, não

¹⁷ Nestes mercados, sejam eles de bens ou de serviços, do lado da oferta, é necessário às empresas, para que alcancem escala que lhes permitam atender à demanda, concentrar poder econômico de mercado em grau elevado, o que leva a formações oligopólicas e por vezes monopólicas, com óbvios riscos ao consumidor final; do lado da demanda, esta mostra-se, expressiva em seu volume e cativa em sua forma, em razão da essencialidade desses serviços e bens, que a utilização ordinária e contínua deles determina.

¹⁸ A crescente prevalência do interesse público sobre o interesse privado, fazendo daquele objeto da guarda preferencial do legislador, já era formulada, com notável antecipação, por Rui Barbosa, ao início do século XX: “Já se não vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade.” in BARBOSA, Rui. *Teoria política*. Seleção, coordenação e prefácio de Homero Pires. Porto Alegre: W.M. Jackson Inc. Ed., 1952. p. 297.

constituíssem elas atividade econômica, ainda que esta se dê sob termos e condições especiais. Como mostra LUCIA VALLE FIGUEIREDO:

“Portanto, se, de uma parte, cabe ao Estado, como uma de suas funções essenciais, a organização e prestação dos serviços públicos, é, irretorquivelmente, competência de iniciativa privada a exploração da atividade econômica com objetivo de lucro. Por definição, aquele que empreende atividade econômica assim faz com o fito inequívoco de lucro. Isso define, claramente, o tipo de regime político-econômico a que nos submetemos. Em regime em que os meios de produção estivessem nas mãos do Estado tal problema, evidentemente, não se colocaria da mesma forma, ou, pelo menos, seria de menor importância. (...)

É de se notar, entretanto, que na concessão de serviço público há o fito, inequívoco, de lucro por parte do prestador do serviço. O serviço é o meio de obtenção do lucro, que é juridicamente permitido.”¹⁹ (grifamos)

Aliás, mesmo sob o regime fortemente intervencionista instaurado pela Carta de 1967-9, quando inúmeras empresas sob controle estatal foram criadas para prestar serviços e não apenas aqueles identificados como públicos, e produzir bens de toda sorte, os preços desses serviços e bens eram ditados pelo Executivo e a fiscalização e a regulação deles frustrava-se na vora-gem desse Poder, a garantia do lucro na prestação de serviços públicos foi assegurada, como mostra CAIO TÁCITO:

“A subordinação das estruturas tarifárias ao custo histórico do capital aplicado no serviço viria, porém, a instaurar grave crise na economia das concessões, a que somente veio a oferecer paliativo a adoção do princípio da correção monetária aplicado ao regime das concessões de serviço público, a partir de 1964.

Complementou-se, a seguir, a proteção do princípio do equilíbrio financeiro nos serviços de energia elétrica, com o advento, em 1971, da garantia mínima de remuneração do investimento reconhecido, a uma taxa anual variável entre 10% e 12%.”²⁰ (grifo nosso)

Nenhuma das regras do citado artigo 175 descaracteriza o serviço público como prestação de serviço que é, e o citado artigo 173 identifica como atividade econômica, ao lado da produção e comercialização de bens. As regras do citado artigo 175 organizam e preceituam a prestação do serviço público; não o discretam ou especializam do quadro da atividade econômica definido no artigo 173.

¹⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 109.

²⁰ TACITO, Caio. A nova lei de concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul./set. 1995. n. 201, p. 31.

Além do irrealismo intrínseco e da desigualdade que tal discreção criaria em relação às demais empresas prestadoras de serviços (públicos inclusive), aquelas sob controle privado, seria ela inócua se tivesse por finalidade acentuar a distinção existente entre empresas sob controle estatal e privado, com vista a assegurar incidência das normas especiais de controle destinadas às primeiras. Ora, tais normas, próprias da administração pública e que por essa razão alcançam as empresas sob controle estatal, prestadoras ou não de serviços públicos, não alteram o teor da regra do citado artigo 173, § 1º, I e II, que determina às empresas sob controle estatal, no exercício de atividade econômica de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços, submeterem-se ao regime jurídico próprio das empresas sob controle privado, e nem são por este alteradas.

Ou seja, quando atuam nos mercados de bens e serviços, a empresa sob controle estatal, qualquer o serviço que preste ou o bem que produza ou comercialize, a prestação de serviço público inclusive, sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas sob controle privado, porque estão inequivocamente explorando atividade econômica e esta, indisputavelmente, é de natureza privada, nos termos da Constituição Federal.

Portanto, não há razão objetiva a sugerir, para o fim de excluir ou reduzir o alcance da incidência da regra do citado artigo 173 pela especialização da definição de atividade econômica aí fixada, o fato de a empresa sob controle estatal estar sujeita às regras de controle aplicáveis a órgãos da administração pública, ou, ainda, auferir ela eventualmente lucro em razão da atividade econômica que explore. A citada regra do artigo 173 refere-se especificamente à empresa sob controle estatal que explore atividade econômica de produção de bens ou de prestação de serviços, aí incluídos os serviços públicos, a dizer que esta agirá sob regime jurídico próprio da empresa privada, porque nestes mercados atua ao lado desta, com ela disputa ou pode disputar, e estes mercados regem-se sob o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, característicos do feitiço privatista da ordem econômica constitucional.

A sua vez, a direção de empresa sob controle estatal sujeita-se às regras de controle aplicáveis aos órgãos da administração pública, assim como a conduta dela no mercado de bens ou serviços acha-se sujeita às regras de repressão e prevenção ao abuso do poder econômico, de defesa do consumidor e, ainda, se o caso, às regras especiais de regulação econômica destinadas a determinados mercados. A estas normas todas, que organizam a função fiscalizadora e reguladora da atividade econômica, dos mercados econômicos todos, a ser cumprida pelo Estado, sujeita-se, por igual, a empresa privada. Está, assim, a empresa sob controle estatal cercada dos dispositivos legais suficientes ao seu controle, simultâneo e efetivo, seja no âmbito estrito da administra-

ção pública onde ela se inscreve, seja no mercado de bens e serviços onde ela atue.

Houvesse o legislador, mesmo arrostando flagrante artificialismo, excluído do âmbito da atividade econômica serviço que nomeou público, ou nela criado nichos a atender ou a privilegiar empresas sob controle estatal – o que todavia não fez e a norma legal sequer sugere – não apenas estaria sobrepondo à realidade concreta dos mercados econômicos uma realidade fictícia, que mostra a experiência de impossível subsistência objetiva, mas estaria sobretudo criando uma situação hostil à igualdade de direitos que os agentes econômicos todos devem entre si guardar como forma primária de se prevenir o abuso do poder econômico e assegurar o direito à livre iniciativa. E, ainda, seria tal artificialismo ocioso, à vista das garantias legais de controle e guarda do interesse público que já cercam a intervenção estatal direta na exploração da atividade econômica. Causa há a requerer real consideração quanto à efetividade da aplicação de tais normas de controle; mas aí trata-se da execução de norma legal, aliás tarefa primeira do poder Executivo.

Admitindo-se deduzir da aplicação da regra do artigo 173, citado, a especialização da atividade econômica, para o fim de, por essa forma, fiscalizar-se a administração das empresas sob controle estatal, e de resguardar-se a prestação de serviços públicos, por coerência, deve-se admitir igualmente especializar-se a função fiscalizatória e regulatória do Estado; então, teria esta função dupla destinação e modo: uma voltada à atividade econômica; e outra, distinta, voltada à atividade econômica especializada. Por outras palavras, admitida a especialização da atividade econômica em razão da natureza do serviço prestado ou do bem produzido ou comercializado, ou da titularidade do controle da empresa que atue nesses mercados, deve-se admitir, por força das mesmas razões a justificar aquela especialização, a especialização da fiscalização e regulação estatal da atividade econômica. Esta especialização por certo seria inaceitável, porque violaria o princípio da isonomia da ação estatal que está à base da ordem econômica.

Ao oposto, em lei ordinária obediente à regra do § 4º do citado artigo 173²¹, e a regra do artigo 170, inciso IV, e do mesmo artigo 170, inciso V, o legislador ordinário sujeita à prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico e às normas de defesa do consumidor, todos agentes – empresas – atuantes em todos os mercados de bens e serviços, independentemente de titularidade, estatal ou privada, do seu controle, do regime em que é prestado o serviço ou comercializado o bem, monopólico ou não, serviço público ou não.

²¹ “§ 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Em conclusão: a exploração da atividade econômica não conhece especialização em razão do serviço prestado ou do bem produzido e comercializado, ou em razão da titularidade do capital, pública ou privada, da empresa que o preste, produza ou comercialize; e a empresa sob controle estatal, ao atuar nos mercados de bens e serviços, públicos inclusive, sujeita-se ao regime próprio da empresa sob controle privado, regime conforme à ordem constitucional econômica, de caráter eminentemente privatista, a reclamar a intervenção estatal no domínio econômico dar-se em caráter excepcional, sendo esta contudo ordinária e inafastável para o fim de fiscalizar extensivamente e regular especialmente quando o caso os mercados de bens e serviços para neles, reprimindo e prevenindo o abuso do poder econômico, guardar o interesse público, função que cabe ao Estado promover, na forma da Lei.

2. O alcance da lei de defesa da concorrência

A Lei 8.884/94, de repressão ao abuso do poder econômico – de defesa da concorrência – desdobra a regra do citado artigo 173, § 4º, e assim objetiva este princípio regente da ordem econômica, fixado no inciso IV, artigo 170, da Constituição Federal. Não distinguiu o legislador ordinário entre empresas e demais agentes econômicos, atuantes nos diversos mercados de bens e serviços que articulam a atividade econômica:

“Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

Designadamente, pôs o legislador todos os agentes econômicos em posição de absoluta igualdade, irrespectivamente da natureza deles: pessoa física ou jurídica; da forma de organização, - empresa ou não; no caso de empresa, independentemente da titularidade do seu controle – estatal ou privado; de eventual privilégio – tal o monopólio legal; da disciplina especial a cercar a prestação de determinado serviço – tais os serviços públicos; ou, ainda, da regulação de determinado mercado – tal o de petróleo e gás, e o de medicamentos. A todos os agentes econômicos atuantes em mercados econômicos de bens e serviços, destinam-se as regras de defesa da concorrência, desdobradas na Lei 8.884/94, para, em cumprimento da regra constitucional reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. (artigo 173, § 4º).

Percebeu o legislador ser indispensável fixar, na ordem concorrencial, ou seja, na disciplina dos mercados, na exploração da atividade econômica,

em mesma posição de igualdade as empresas sob controle estatal e privado, tal como lhes fixou o regime jurídico a observar. A igualdade deriva do fato de as empresas, independentemente da titularidade do seu controle, explorarem atividade econômica, atuarem no mercado econômico de bens e serviços. CONDOVASAINITIS, em minuciosa análise da recente experiência francesa, a mostrar a profunda transformação verificada na ordem econômica daquele país, que a exemplo dos demais países europeus e alguns asiáticos, e do Brasil inclusive, viu a intervenção estatal direta receder à intervenção indireta, ainda que em graus variados, vê na sujeição de todas as empresas às regras de defesa da concorrência um dos exemplos mais expressivos dessa transformação, que entre nós acha-se, como visto, inscrita na Constituição Federal:

“En effet, le statut de l’entreprise du secteur public, statut de droit commun ou calqué sur celui du droit commun des opérateurs privés, confirme l’égalité des moyens d’action de celle-ci par rapport à ses concurrents privés. Si l’entreprise du secteur public se voit offrir les mêmes possibilités que ses concurrents, elle devra, respecter cette égalité au niveau du droit de la concurrence. Si elle participe à la production et à l’échange des biens et des services d’une manière semblable à celle des entreprises privées, il est logique et juste de se voir soumise au même régime juridique.”²²

Desatendida a igualdade de regime entre as empresas sob controle estatal e privado, pela não incidência das regras de defesa da concorrência em favor de empresa estatal, estaria comprometida a unidade do mercado econômico e comprometido a orientação privatista da ordem econômica a disciplinar a atuação das empresas nos mercados econômicos:

“Dans un système d’économie non entièrement étatisée, qui trouve ses fondements dans le système de l’économie du marché, où les opérateurs économiques privés, régis par le droit privé, participent - même dans une proportion minimale - on ne pourrait pas admettre, que le principe d’égalité des conditions ne s’impose pas - tant comme droit, que comme obligation - dans son contenu minimum et essentiel, même pour les entreprises du secteur public, sans admettre, en même temps (et étant donné le caractère privé ou mixte du statut de ces dernières) la rupture de l’unité du marché et l’altération du sens du droit privé commun régissant les opérateurs économiques.”

A exploração de atividade econômica submete, por força do quadro normativo onde esta tem lugar, o agente às regras de defesa da concorrência, como conclui o AUTOR:

“Si le principe de l’égalité des conditions et, ainsi, de l’égalité dans la concurrence, est indissociable du droit privé, le respect des règles de

²² in CONDOVASAINITIS, Théodore. *Le secteur public industriel et commercial*. Paris: LGDJ, Bibliothèque de Droit Prive, t. 210. 1990. p. 47-48.

concurrence est une obligation valable, tant pour les entreprises du secteur public à statut mixte ou purement privé, que pour celles à statut de droit public. Pour ces dernières, seul le fait de leur intervention active sur le marché, où l'on veut que le droit des opérateurs privés garde encore sa place, suffit, nous estimons, à leur imposer cette obligation. (...)

Même si les établissements publics de type traditionnel, qui sont soumis aux règles du droit administratif, ne sont pas de commerçants - bien que soumis à des règles plus libérales de gestion, qui les rapprochent des entreprises privées - à notre avis, dès l'instant où ceux-ci se livrent à une activité économique, comportant des caractéristiques et des prérogatives du droit privé, et laquelle exercent à côté des entreprises privées, cet élément de parallélisme, malgré tout refus de reconnaissance formelle de commercialité, leur impose l'obligation de respect réciproque de l'égalité concurrentielle avec les autres opérateurs économiques, publics ou privés.”²³

A concorrência é fenômeno próprio do mercado econômico, formado pela oferta e procura livres de bens e serviços. O abuso do poder econômico por parte dos agentes atuantes nestes mercados, que frustra a concorrência, materializa-se inexoravelmente se não for ele reprimido e prevenido efetivamente. Esta função dupla é posta como dever do Estado, e faz objeto da Lei 8.884/94; para ser cumprida integralmente, não poderia a Lei deixar de destinar suas regras a todos os mercados de bens e serviços e a todos os seus figurantes, a todos que neles atuem. Do contrário, estaria o legislador deixando à margem da repressão ao abuso do poder econômico, que é fenômeno próprio da atividade econômica, a ação de alguns agentes em determinados mercados de bens e serviços, em inaceitável exceção à regra constitucional.

Atendeu o legislador brasileiro ao fato de que, onde há atividade econômica, haverá abuso do poder econômico e portanto a sua repressão e prevenção deve-se dar em todo o espectro – em todos os mercados de bens e serviços. Por outro lado, reconheceu que a repressão e a prevenção do abuso do poder econômico em determinados mercados, aqueles nos quais a prestação de serviços ou a produção e comercialização de bens afeta direta e significativamente o interesse público, e estes como vimos não se resumem aos serviços ditos públicos, defrontam-se com situações estruturais excepcionais e situações especiais de disputa entre os concorrentes, e que portanto deve a função preventiva e repressiva atender a essas situações excepcionais. Mesmo assim, não traz a Lei 8.884/94 exceção que compreenda essas situações extraordinárias; em boa técnica legislativa, deixou ao aplicador da norma verificá-las, caso a caso, a ele dando os instrumentos formais necessários a enfrentá-los. Por conseguinte, é possível ao aplicador da norma dizer que em determinados

²³ Idem. Ibidem, p. 47- 48.

mercados certas estruturas e condutas são admissíveis, e em outros não, sem que assim se tenha violado a regra da livre concorrência; ao contrário, é ela por essa forma afirmada, pois atende à especialidade concreta dos mercados.

A estas situações excepcionais atenderá o aplicador das normas de defesa da concorrência, verificando a realidade de cada mercado, de seus agentes e da sua inserção no conjunto dos demais mercados. Examinará, ainda, preceitos legais que orientem a prestação de determinados serviços – entre outros, os serviços públicos, considerando-os especialmente. Note-se que esses preceitos legais especializam, como dito, a prestação de serviços e o fazem em caráter excepcional, no quadro geral dos demais serviços, assim como em relação à produção e comercialização de certos bens. Por exemplo, a regra a determinar a continuidade da prestação de determinado serviço de telefonia fixa não exclui o seu prestador, independentemente da titularidade do seu capital, da incidência da Lei de defesa da concorrência. Assegurar continuidade desse serviço é regra que, sem dúvida, afeta o oferta dele, e pois a rentabilidade do seu prestador, o que torna razoável a compensação dessa redução de rentabilidade e, em razão desse fato, a Lei dispõe excepcionalmente, para possibilitar a prestação desses serviços por empresa sob controle estatal ou privado. Porém não se há de admitir o contrário, ou seja, ao prestador de tais serviços buscar ele mesmo recomposição de sua rentabilidade por meio de conduta abusiva do poder econômico de que dispõe.

Não excepcionou o legislador a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico, porque a sua prática é inerente à atividade econômica, à ação dos agentes nos mercados de bens e serviços. Atendeu à regra constitucional que põe a atividade econômica, como visto definida no citado artigo 173, sob a fiscalização e regulação do Estado, a alcançar a todos os agentes – pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, diz a Lei²⁴ - que produzam e comercializem bens e prestam serviços.

3. Estratégia competitiva e a guarda do sigilo

²⁴ Artigo 15, da Lei 8.884/94: “Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

A atividade econômica exercida pela empresa no mercado concorrencial dá-se, ou deve-se dar, por meio de uma articulação de ações dirigidas²⁵ à conquista da preferência do consumidor do bem ou do serviço que oferte, seja ele consumidor final, que dará destinação final ao bem ou serviço, seja ele outro produtor ou prestador que irá usá-los na sua atividade. Isto é, por meio de uma estratégia competitiva, que DE WOOT assim exemplifica:

“Dans un monde concurrentiel, la stratégie vise essentiellement à conduire l'évolution de l'entreprise en vue de développer sa performance et d'éviter son déclin par vieillissement, manque d'initiative, perte de la maîtrise commerciale, technologique ou économique. La stratégie peut être définie comme l'ensemble des manoeuvres qui permettent à l'entreprise de mener victorieusement la conquête concurrentielle de ses marchés. Il s'agit d'un processus de décision et d'action, délibéré et anticipatif. C'est par lui que l'entreprise définit ses priorités, oriente ses forces, alloue – et réalloue – ses ressources rares. C'est par lui aussi qu'elle fixe les buts à atteindre et les normes du succès ou de la victoire.”²⁶

A estratégia competitiva é instruída por dados e informações gerados e recolhidos pela empresa no curso de sua atividade ordinária, e por dados e informações recolhidas no mercado. Não hesitou o legislador em reconhecer o significado, independentemente do seu alcance e grau de sofisticação, da estratégia competitiva das empresas presentes nos diversos mercados de bens e serviços, e assim proteger a estratégia em si, os dados e informações que são seus principais elementos formativos.

A proteção legal conferida a esses dados e informações de valor estratégico, da empresa que concorre, visa resguardá-los na própria empresa, dispensando-os de publicidade, e a natureza deles é a melhor justificativa a essa proteção legal, pois, como bem observa STIGLER, informação é um recurso valioso, pois o conhecimento (que ela propicia) é poder²⁷, a ser exercido no mercado. Assim, na disputa que trava no mercado em que atua vale-se a empresa de dados obtidos nele, junto aos consumidores, de seus concorrentes e daqueles a ela mesma relativos. O valor desses dados e informações como instrumentos de estratégia competitiva lícita tem a sua exata medida no fato

²⁵ Cf. MONTHRIAL, Thierry. *Stratégie*. In: MONTHRIAL, Thierry, KLEIN, Jean (Dir.). *Dictionnaire de stratégie*. Paris: PUF, 2000. p. 527.

²⁶ WOOT, Philippe. *Stratégie des entreprises*. In: MONTHRIAL, Thierry, KLEIN, Jean (Dir.). *op. cit.* p. 542.

²⁷ “One should hardly have to tell academicians that information is a valuable resource: knowledge is power. STIGLER, George. *The economics of information*. In: *The organization of industry*. Chicago and London: The University of Chicago Press. 1983. p. 171.

de as violações mais graves à livre concorrência exibirem, precisamente, a forma de cartel pela qual os infratores concertam suas ações, ante a impossibilidade ou a dificuldade de conhecerem a estratégia competitiva de seus concorrentes, e vencê-la pela disputa lisa com ele, ou eles. Neste tipo infrativo, como se sabe, duas ou mais empresas concorrentes ajustam preços e volume de produção de bens, ou de prestação de serviços; tanto mais efetiva será a ação ilícita assim articulada quanto maior o conhecimento de dados e informações trocados entre si pelos infratores. Cartéis de ação global são organizados a partir de ampla troca de dados e informações entre seus membros, os quais seus titulares, no curso da ação competitiva lícita, não revelariam.

A cada competidor cabe formular sua estratégia de disputa, com os dados e informações estratégicos que coletar, processar e analisar, na medida de sua especialidade. O mercado irá decidir sobre a competitividade de seus produtos ou serviços, e a preferência que conquistem será a medida do acerto da estratégia competitiva. A repressão e a prevenção do abuso do poder econômico, ou seja, a defesa da concorrência, promovida na forma da Lei, subordina a disputa à qualidade, pelo preço e pelo volume dos bens e serviços ofertados que são postos à escolha do consumidor. Nestas condições, é dele o juízo sobre os bens e serviços ofertados, é a ele assegurada a liberdade de escolher, de procurar.

Claro está, o preço do produto ou serviço não há de ser omitido ao seu consumidor direto, use-os na produção de outro bem ou na sua comercialização, ou na prestação de outro serviço, estes sim destinados ao consumidor final. Quer dizer, sejam bens e serviços utilizados como insumo, sejam eles ofertados ao consumidor final, o preço deles deverá ser conhecido, não fosse o preço elemento essencial do negócio jurídico de compra e venda e de prestação de serviço. No plano concorrencial, contudo, a publicidade do preço, a divulgação do preço ao mercado atende ao direito de escolha do consumidor, que deve ser livre e ampla. Nesse contexto, não se justifica a divulgação, ordinária e ampla, do preço dos insumos que são absorvidos e transformados na produção de bens e na prestação de serviços que serão a seguir ofertados diretamente ao consumidor final, ou, ainda, o preço pelo qual o revendedor haja pago pelo bem ou serviço que irá vender ou prestar diretamente ao consumidor final. O preço do insumo é custo de produção e de prestação de bens e de serviços, e é dado essencial na estratégia competitiva da empresa presente no mercado de consumo final, e, note-se, na maioria das vezes, não são esses insumos produzidos ou prestados por esta empresa, senão por ela contratados a outras empresas, que se acham acima dela na cadeia produtiva, em outro mercado relevante. Por igual, as empresas cujos produtos ou serviços são revendidos ou distribuídos e prestados por terceiras empresas ao consumidor final.

A estas sim, em qualquer hipótese, por certo o preço do bem e do serviço deverá ser divulgado.

Não cria a Lei 8.884/94 a possibilidade de serem divulgados dados e informações que articulem estratégia competitiva de empresa, independentemente da titularidade do seu controle, não apenas porque, como visto, todas as empresas são postas em mesma linha de sujeição à norma de defesa da concorrência, mas porque esta divulgação não interessa à escolha do consumidor, com ela não interfere, ou a compromete; ao consumidor interessa, no exercício do direito de livre escolher, que lhe é assegurado, o resultado material da estratégia competitiva do ofertante, do seu produto e serviço posto à escolha do consumidor e que se resumem na combinação de qualidade, preço e disponibilidade.

Obrigasse a Lei a divulgação da estratégia competitiva, em especial de custos de produção da empresa em função da titularidade estatal do seu controle, a igualdade com que todos os agentes econômicos devem ser tratados estaria vulnerada, e, concretamente, ocorreria direta e indevida vantagem à empresa sob controle privado, concorrente da empresa sob controle estatal, a esta sendo imposto direto e injustificável prejuízo.

Os efeitos da divulgação da estratégia competitiva de empresa sob controle estatal iriam além da perda da sua força competitiva: significariam prejuízo ao seu acionista majoritário, o que, na espécie, contrariaria o interesse público, pois o Estado não intervêm na exploração da atividade econômica para nela haver prejuízo em competição com empresa sob controle privado, pois esse prejuízo seria, necessariamente, suportado por toda a sociedade. Por uma palavra, sacrificar a posição competitiva de uma empresa é beneficiar sua competidora, independentemente da titularidade do capital dela.

3.1. Prestação de dados e de informações à autoridade competente

A Lei prevê, todavia, a eventual prestação de dados e informações que articulem estratégia competitiva de empresas, indistintamente, aos órgãos de defesa da concorrência, ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica²⁸, à SDE - Secretaria de Direito Econômico,²⁹ e à SEAE – Secre-

²⁸ “Art. 7º **Compete ao Plenário do CADE:**

(...)

IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;”

taria de Acompanhamento Econômico³⁰, quando necessário ao cumprimento do dever legal desses órgãos de prevenir e reprimir abuso do poder econômico. Ainda assim, acha-se o dever de guarda do sigilo legal expressamente fixado à autoridade recipiente de tais dados.

A prevenção do abuso do poder econômico dá-se pela verificação, pelos órgãos de defesa da concorrência, se os efeitos irradiados de ato ou negócio jurídico de integração do poder econômico, firmado por duas ou mais empresas antes independentes, a recair sobre os mercados de bens ou serviços neles restringe a concorrência ou resulta em domínio desses mercados, na forma do artigo 54, da citada Lei.³¹ Em ordem a verificar se tais efeitos importam ou importarão em domínio de mercado ou em restrição à livre concorrência – esta a finalidade da prevenção que esta norma estabelece – os órgãos de defesa da concorrência deverão examinar a situação do mercado ou mercados afetados pelo ato, e de cada um dos figurantes dos atos – das empresas que o celebram –, para tanto requerendo a estas prestar as informações e dados ne-

²⁹ “Art. 14. Compete à SDE:

(...)

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

(...)

V – requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;”

³⁰ SEAE, Portaria nº 45, de 11/08/1999, art. 1º: “Art. 1º No exercício das atribuições que lhe são conferidas pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e pela Lei nº 9.618, de 2 de abril de 1998, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE - do Ministério da Fazenda poderá, com a finalidade de obter as informações ou documentos que considere necessários para as análises que realiza e para a instrução de procedimentos no contexto da Lei nº 8.884, de 1994:

I - solicitar informações adicionais às empresas requerentes, nos atos previstos no art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, e às empresas/pessoas físicas representantes e/ou representadas, nos casos previstos no Título VI, Capítulos I e II, da Lei;

II – requisitar quaisquer informações adicionais, papéis e escritas sobre a produção, distribuição e consumo de bens e serviços em poder de pessoas de direito público e privado.”

³¹ “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

cessários a essa análise, e eventualmente aqueles que articulam a estratégia concorrencial das empresas figurantes do ato de concentração.

Da mesma forma, quando os órgãos de defesa da concorrência apuram cometimento de infração à ordem concorrencial, exercendo sua função repressiva, nos termos dos artigos 20 e 21, da citada Lei 8.884/94, pode ser necessário ao órgão investigador, à SDE, e ao órgão julgador, o CADE, conhecer dados e informações da empresa, inclusive aqueles que lhe articulam a estratégia competitiva.

Tem-se, então, que, tanto na prevenção, quanto na repressão ao abuso do poder econômico, sempre porém em sede dos respectivos processos administrativos, outorga a Lei poder ao CADE, à SDE e à SEAE para requisitar dados e informações às empresas, inclusive aqueles relativos à estratégia competitiva delas, para o fim de instruir tais processos. Precisamente: dados necessários ao cumprimento da Lei por parte desses órgãos que para tanto acham-se habilitados³², porém na exata medida da relevância desses dados para o desempenho da função legal desses órgãos.

O poder que a Lei outorga aos órgãos de defesa da concorrência de prevenir e reprimir o abuso do poder econômico não torna público, ou enseja o dever de publicidade, os dados e informações estratégicos das empresas. Ao oposto, própria Lei determina a esses órgãos, que tomem conhecimento de tais dados e informações no exercício de funções e na forma definida em Lei, o dever de lhes guardar sigilo, para que terceiro a eles não tenha acesso e assim não se beneficie, pelo indevido conhecimento e uso deles, na disputa concorrencial que trave com as empresas cujos atos se acham sob exame ou investigação dos órgãos de defesa da concorrência.³³

³² Lei 8.884/94: “Art. 26. A recusa, omissão, enganosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta lei, constitui infração punível com multa diária de 5.00 Ufirs, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator.”

³³ 1 - Lei 9.784, de 29/01/99: “Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.”

2 - Lei 8.884/94: “Art. 7º Compete ao Plenário do CADE: (...)

IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;”

“Art. 9º Compete aos Conselheiros do CADE: (...)

Em conclusão, pode-se afirmar, nos termos da Lei são competentes os órgãos de defesa da concorrência para requerer a prestação de dados e informações estratégicas das empresas atuantes no mercado concorrencial de bens e serviços, para o fim específico de esses órgãos cumprirem sua função legal, em sede do respectivo processo administrativo, de prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, pela forma prescrita na Lei 8.884/94, cabendo ao órgão recipiente guardar o sigilo sobre os dados e informações que receber.

4. Conclusão

A uma melhor leitura, são reproduzidos os quesitos.

a) por alguma forma, distingue a Lei a atividade econômica em função do bem ou do serviço que empresa pública, de economia mista, ou subsidiárias suas comercializem e prestem, e assim as exclui da incidência da regra do artigo 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, que sujeita estas empre-

III - submeter ao Plenário a requisição de informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidas sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;”

“Art. 14. Compete à SDE: (...)

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso; (...)

V - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;“

3 - SDE, Portaria nº 849, 22/09/2000: “Art. 44. A SDE, em conformidade com a Lei nº 8.884, de 1994, deferirá tratamento sigiloso de informações, inclusive as mantidas em meio magnético, e de documentos de propriedade do interessado, ou sob o seu controle ou posse, que forem relacionados:

I à escrituração mercantil;

II à situação econômico-financeira;

III a sigilo fiscal ou bancário;

IV aos segredos de empresa;

V aos segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos; e

VI a outras hipóteses, tendo em vista requerimento fundamentado do interessado e a critério da SDE, observado o disposto neste regulamento.”

sas sob controle estatal ao regime jurídico próprio a empresa sob controle privado?

Atento à concretude do fenômeno econômico, não distingue o legislador, qualificando-a ou classificando-a, a atividade econômica, isto é, a produção e comercialização de bens e a prestação de serviços, como a define o artigo 173, da Constituição Federal; tampouco a especializa em função da preceituação, que faz, da prestação dos serviços públicos e da regulação econômica a que submete determinados mercados de bens e serviços. E determina a regra constitucional do artigo citado a todas as empresas que explorem atividade econômica, em qualquer mercado de bens e serviços, observar o regime jurídico da empresa privada, ainda que a titularidade do seu controle seja estatal.

b) fixa a lei de repressão e prevenção ao abuso do poder econômico - Lei 8.884/94, de defesa da concorrência – tratamento especial à empresa sob controle estatal em sua atuação nos mercados de bens e serviços?

Não. Todas as empresas atuantes nos mercados de bens e serviços estão sujeitos à repressão e à prevenção do abuso do poder econômico, indistintamente, sendo no caso irrelevante a titularidade do seu controle, estatal ou privado.

c) em que hipótese está a empresa sob controle estatal produtora e comercializadora de bens ou prestadora de serviços, em razão da titularidade do seu capital, obrigada a tornar público dados e informações relativos à sua estratégia competitiva, inclusive divulgando custos e preços dos produtos e serviços que comercialize e preste a terceiros que irão ofertá-los diretamente ao público?

Não está a empresa sob controle estatal, nem a empresa sob controle privado, obrigada a tornar pública a sua estratégia competitiva, seus custos, e preços cobrados a terceiros que utilizem seu produto ou serviço como insumo, ou o revenda ao consumidor final. Está obrigada, assim como a empresa sob controle privado, a prestar dados e informações apenas em sede de processo administrativo que apure infração à ordem concorrencial ou verifique efeitos irradiados de ato de integração do poder econômico. A requisição desses dados e informações deve ser feita por meio de ato específico, expedido pelo órgão competente, CADE, SDE e SEAE, e estritamente fundamentado, isto é, trazer expostas as razões de fato e de direito que motivam a requisição e, ainda, deve ser assegurada ao prestador a guarda, pelo órgão requisitante, do sigilo dos dados e das informações recebidos. Deve a empresa sob controle estatal ou privado, nessa hipótese, requerer explicitamente a proteção do sigilo para tais dados e informações, uma vez que eles, como visto acima, articulam a sua estratégia competitiva, e o acesso a eles por competidor certamente traria a este vantagem competitiva indevida, porque obtida à margem do mercado con-

correncial, à margem da disputa lisa entre concorrentes. Registre-se que a necessidade de se examinar os custos e a formação de preços de uma empresa não ocorre em todos os processos administrativos, ao inverso, apenas naquele que apurar infração específica à ordem econômica, na forma da Lei 8.884/94.

5. Bibliografia

BARBOSA, Rui. Teoria política. Seleção, coordenação e prefácio de Homero Pires. Porto Alegre, W.M. Jackson Inc. Ed., 1952.

BARROSO, Luis Roberto. Intervenção no domínio econômico – Sociedade de economia mista – Abuso do poder econômico. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998. n. 212.

CAMPOS, Francisco. Sociedade de economia mista. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: RT, abr./jun. 1963. v. 72.

COLSON, Jean-Philippe. La gestion des entreprises publiques. Droit public économique. Paris: LGDJ, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. O exercício da atividade empresarial pelo Estado. Revista de Direito Público, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan./mar. 1990. n. 93.

CONDOVASAINITIS, Théodore. Le secteur public industriel et commercial. Paris: LGDJ, 1990. Bibliothèque de Droit Prive, t. 210.

CRUZ, Alcides. Direito administrativo brasileiro: exposição summa-ria e abreviada. 2. ed. corr. e ampl. Rio de Janeiro: Francisco Alves. 1914.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

MONTHRIAL, Thierry. Stratégie. In: MONTHRIAL, Thierry, KLEIN, Jean (Dir.). Dictionnaire de stratégie. Paris: PUF 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sociedades de economia mista e reforma administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar. jul./set. 1999. n. 217.

SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

SILVA, Morais. *Diccionario da língua portugueza*. 7. ed. Lisboa: Typographia de Joaquim Germano de Souza Neves - Editor, 1878. t. II.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1952. t. II.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 4.

STIGLER, George. *The economics of information*. In: *The organization of industry*. Chicago and London: The University of Chicago Press. 1983.

TACITO, Caio. *A nova lei de concessões de serviço público*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar. jul./set. 1995. n. 201.

WOOT, Philippe. *Stratégie des entreprises*. In: MONTHRIAL, Thierry, KLEIN, Jean (Dir.). *Dictionnaire de stratégie*. Paris: PUF, 2000.