

A “JUSTA COMPETIÇÃO” NA NOVA ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES SOB A ÓTICA DO DIREITO ECONÔMICO

Maria João C. Pereira*

Sumário: Justificativa. I. Introdução. II. Da legislação aplicável. III. Competição e concorrência: nuances conceituais. IV. Os fundamentos constitucionais e a atuação do Estado na verificação da livre concorrência e na Regulação de Serviços Público. V. Do regime concorrencial : Lei nº 8884/94 e lei nº 8137/90. VI. Da concorrência desleal, criminosa, abusiva e da vantagem competitiva. VII. Análise Prática VIII. Conclusão. IX. Referência Bibliográfica.

Justificativa

O panorama nacional e internacional da organização dos serviços de telecomunicações é de profundas alterações. Esse panorama decorre de fatores como globalização, novas necessidades tecnológicas e reestruturações políticas no que se refere ao papel do Estado nas sociedades atuais.

Como reflexo desse processo de alterações temos o Acordo sobre Telecomunicações firmado no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC, que está fundado no “reconhecimento das características específicas do setor de telecomunicações, em particular sua dupla função como setor independente de atividade econômica e meio fundamental de transporte de outras atividades econômicas”¹. O Brasil aderiu a esse acordo através do Protocolo nº 4/97, concordando com a abertura de seu mercado.

A efetivação desse compromisso se implementou através da aprovação da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que eliminou a exclusividade da concessão para exploração dos serviços públicos a empresa sob controle acionário estatal, buscando-se introduzir o regime concorrencial no setor.

Em 19 de junho de 1996, foi promulgada a Lei nº 9.295 que, na esteira desse objetivo, abriu à concorrência alguns segmentos desse mercado, de-

* Economista e advogada em Belo Horizonte. Mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

¹ Termos do Acordo da OMC – *apud* CELLI JUNIOR, Umberto em **A nova organização dos serviços na lei geral de telecomunicações**. Revista de Direito Administrativo, 211, jan. mar. 1998. Rio de Janeiro. p. 151-161.

terminando, dentre outros aspectos, a necessidade da verificação de “justa competição” entre os prestadores de serviços.

Posteriormente, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, dispondo sobre a organização desses serviços e criando o órgão regulador (ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações) alterou profundamente o modelo brasileiro, objetivando a passagem da exploração desses serviços de uma condição de monopólio à de concorrência, efetivando a transformação do Estado, de provedor do serviço para regulador e indutor deste.

O objetivo deste trabalho, inserido nesse panorama, é o de analisar o alcance da prerrogativa colocada pela Lei nº 9.295/96, de necessidade de implementação de ambiente de “justa competição”, procurando-se estabelecer parâmetros de análise para um conceito que, ainda que não esteja legal e expressamente colocado, deve permear toda a organização dos serviços públicos, merecendo especial atenção nesse processo de profundas transformações no modelo adotado.

Para a efetivação desse objetivo apresentamos algumas considerações sobre a inter-relação do modelo regulador e o regime concorrencial, sem contudo se pretender explorar a questão da repartição de competência entre o órgão regulador e os órgãos integrantes da defesa da concorrência, tema da maior importância e que merece reflexões específicas, fora dos limites fixados para este trabalho.

I. Introdução

Na ausência de uma conceituação expressamente definida na lei em apreço, procurando uma dentre as possíveis interpretações cabíveis ao diploma legal sob análise, é de suma importância que se perquiria o significado da expressão justa competição, utilizada pela Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996, que dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização², dentro do contexto macroeconômico e jurídico vigente, procurando-se evi-

² Lei nº 9.295/96: “Art. 12. Os processos de outorga para exploração dos serviços de que trata esta Lei deverão conter requisitos que propiciem a diversidade de controle societário das entidades exploradoras, em **estímulo à competição**. (Sem grifos no original)”

Parágrafo único. Na exploração de serviços de telecomunicações em base comercial, deverão ser asseguradas a interconectividade e a interoperabilidade das várias redes, **a justa competição** entre os respectivos prestadores dos serviços e o uso equitativo do competente plano de numeração.”

denciar os objetivos imediatos e mediatos pretendidos, bem como buscando-se definições adotadas no nosso sistema jurídico e em outros sistemas que adotem similares fundamentos basilares da ordem econômica. Para tanto, tomamos como base doutrinária o estudo da Profa. Isabel Vaz, da Universidade Federal de Minas Gerais,³ onde a autora elabora uma vasta pesquisa, tendo considerações de suma relevância, no que se refere à conceituação e relação da competição com o ambiente concorrencial, matéria de estudo da área de Direito Econômico.

Primeiramente, ressalta-se, como pressuposto, que na aplicação e análise de matéria de Direito Econômico, prepondera o raciocínio aberto e a interpretação sistemática sobre o raciocínio de tipificação cerrada, ou seja, as questões devem ser tomadas tendo em vista os objetivos da política econômica e os fundamentos da ordem constitucional vigente, sendo que somente dentro desse contexto é que se pode concluir pela repressão ou incentivo de determinadas práticas, devendo tais práticas ser apuradas independentemente de culpa.

No caso específico, o pressuposto a ser perquerido é o de que a competição só poderá ser justa se ocorrer em ambiente efetivamente concorrencial, sendo que, ao final, a título exemplificativo, será analisado em que medida uma questão tributária pode afetar a livre concorrência, analisando-se o enquadramento do fato (não estar submetido ao pagamento de um tributo por força de decisão transitada em julgado) como um ato de concorrência desleal, uma prática abusiva ou uma vantagem competitiva, verificando-se em que medida tal fato poderia estar de acordo com um ambiente efetivamente concorrencial, condição básica para a “justa competição”.

II. Da legislação aplicável

Na esfera ordinária, no que se refere aos serviços de telecomunicações, regem a matéria a lei nº 9295/96, em referência, e, ainda a Lei nº 9472, de 16 de julho de 1997, que também regula a organização dos serviços de telecomunicações e o funcionamento do órgão regulador, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995.

Apesar da lei 9.472/97 manter expressamente a vigência da lei nº 9295/96, para os serviços disciplinados pela última, a descrição dos princípios fundamentais orientadores da organização desses serviços que se encontra na 9.472/97, traz determinações importantes para a elucidação da melhor inter-

³ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

pretação, no sentido de ser a mais coerente com o sistema econômico e jurídico vigente, para a busca de uma situação de justa competição entre os prestadores de serviços de telecomunicações. Dentre essas determinações destacam-se:

“Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

omissis

III – adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

(...)

V – criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI – criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

(...)

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 7º - As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º - Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º - Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos a apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º - Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.”

Os artigos da lei acima destacados refletem as preocupações Constitucionais expressas na Carta Magna de 1988, tanto no campo político quanto no econômico, no que se refere aos princípios orientadores da República Federativa.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988, define como princípios fundamentais da República, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, todos com o mesmo grau de hierarquia e orientados para a busca dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e redução de desigualdades sociais e regionais e promoção do bem comum, sem qualquer forma de discriminação.

Na esfera da constituição econômica⁴ foram positivados os princípios gerais da atividade econômica pelo artigo 170 da CF/88, que coloca como fundamentos da ordem econômica, além de outros, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa; e enumera, dentre os princípios, a livre concorrência.

Adicionalmente, nos artigos 173 e 174 da CF/88, encontra-se a orientação adotada quanto à intervenção estatal na ordem econômica, reservando-se ao Estado a função planejadora e incentivadora da economia, e, somente por exceção, a exploração direta da atividade econômica. Destaca-se, ainda, o dever estatal de reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação

⁴ A definição de Constituição econômica é trabalhada detalhadamente por MOREIRA, Vital em *Economia e Constituição*. 29ª ed. Coimbra Editora: 1979, onde analisa a relação entre o sistema econômico e o jurídico constitucional como um conjunto articulado por certa estrutura e nesse sentido define a constituição econômica da seguinte forma:

“A constituição económica é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema económico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem económica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma económicos, garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem económica concreta” (p. 41).

dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

E, por fim, os artigos 175 a 181, dispondo sobre o regime a ser adotado na prestação dos serviços públicos, definindo os monopólios estatais e determinando orientações específicas para alguns setores ou serviços públicos.

No que se refere especificamente à defesa da livre concorrência, como princípio orientador de nossa ordem econômica, aplica-se, como legislação básica, além dos já citados artigos constitucionais, a lei nº 8884, de 11 de setembro de 1994, dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Como legislação complementar aplica-se, dentre outras, a lei nº 8137, de 27 de dezembro de 1990 (a despeito de discussões sobre a sua eventual revogação por força da promulgação da Lei nº 8884/94), que define os crimes contra a ordem econômica, possuindo um caráter penal, diferentemente da lei nº 8884/94.

A esse conjunto legislativo pode-se denominar de “regime jurídico da concorrência, “como sendo um dado conjunto de normas e instituições que regulam as formas de aquisição do poder econômico e o seu exercício, segundo os valores adotados pela ordem jurídica”⁵”

O panorama econômico fático onde se verifica a competição entre os prestadores de serviços se rege, portanto, por esse regime jurídico que atua como fator de equilíbrio entre as forças de mercado.

III. Competição e concorrência : nuances conceituais

A legislação brasileira adota a expressão concorrência, mas também já utilizou a expressão competição como sinônimo, se não perfeito, aproximado, do termo concorrência, como quando da Constituição Federal de 1937, que tratava do dever estatal de estabelecer normas da “competição empresarial.” Em outros sistemas jurídicos o equivalente à expressão competição goza da preferência de muitos legisladores, como é o caso do sistema inglês e norte-americano, que adotam os termos competition, competition law, competition policy, com o significado próximo ao de “concorrência”, utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O sentido gramatical do substantivo competição origina-se do latim competitione e encerra a idéia de busca simultânea de uma vantagem, uma vitória, ou seja, idéia de luta, desafio, disputa e rivalidade.

Concorrência, por sua vez, tomada no sentido econômico assume também o aspecto de disputa, rivalidade, representando a “ação desenvolvida

⁵ VAZ, Isabel, *op. cit.* p. 262

entre competidores pela disputa de um mercado ou a simples venda de uma mercadoria”⁶.

De fato, ainda que não sejam sinônimos perfeitos, pois a concorrência apresenta-se como uma pré condição para a competição, ambas encerram a idéia de disputa e rivalidade, sendo considerado por alguns autores que o termo concorrência estaria mais próximo do conceito jurídico e o termo competição do econômico. Conforme nos aponta ainda Isabel Vaz, na referida obra, citando o trabalho de Font Galán⁷

“... la concurrencia es el sustrato económico-material de la ‘competencia entre empresarios’ y también el presupuesto fáctico natural de la competencia entendida como ‘elemento institucional básico y esencial del sistema de economía de mercado’”

E, ainda em nota:

“Não obstante as diferenças de sentido apontadas, para alguns, competição é “o mesmo que concorrência” (Verbete “competição” in Dicionario de Sociologia. Editora Globo, Rio de Janeiro, 1961. p. 72).

Para a presente questão, interessa destacar o elemento de ligação entre os dois conceitos, no sentido de que, para a competição assumir uma forma justa, como determinado pela lei, é necessário que ela se dê em um ambiente de livre concorrência, princípio orientador de nossa ordem econômica, a ser garantido pelo Estado.

O que se tutela, portanto, é a livre iniciativa e a livre concorrência, tendo-se a concorrência perfeita como valor almejado, de caráter teórico, mas de suma importância para o entendimento das forças de mercado que se pretende equilibrar, como forma de cumprimento dos fundamentos de nossa ordem constitucional. Vários autores da área jurídica e econômica tentam sis-

⁶ Um sentido mais técnico acentua os matizes existentes entre as duas palavras, segundo o Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, que define concurrencia como ‘la junta de varias personas en un lugar’ (identificado por Font Galán ao “mercado”); e competencia como a “disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa” (1ª acepção) e ainda a “oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa” (2ª acepção) *apud* VAZ, Isabel – *op. cit.* p. 22

⁷ FONT GALÁN, Juan Ignacio. **Constitución Económica y Derecho de la competencia**. Prólogo de Manuel Olivencia, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, *apud* VAZ, Isabel *op cit.*

tematizar as características fundamentais de um ambiente de concorrência perfeita, sendo objeto de destaque a sistematização colocada por Raymond Barre⁸:

As “condições da concorrência perfeita” definem-se, segundo Raymond Barre, por cinco traços fundamentais:

“A atomicidade do mercado” – Tanto do lado da oferta quanto da procura, existe um grande número de unidades econômicas e nenhuma delas dispõe, sobre o mercado, de uma dimensão ou de uma potência suficiente para exercer uma ação qualquer sobre a produção e o preço da indústria considerada;

“A homogeneidade do produto” – Na indústria, todas as firmas entregam produtos que os compradores julgam idênticos ou homogêneos; eles não têm razão de preferir o produto de uma ao de outra firma;

“A livre entrada na indústria” – Qualquer pessoa que queira entregar-se a uma certa produção pode fazê-lo sem restrição nem prazo. As firmas que compõem a indústria não podem opor-se à entrada de concorrentes; estes podem facilmente obter os fatores de produção que lhes são necessários;

“A perfeita transparência do mercado” – Todos os participantes no mercado têm um conhecimento completo de todos os fatores significativos do mercado;

Existe, de indústria a indústria, uma “perfeita mobilidade dos fatores” de produção.

Concordam os teóricos que a situação de concorrência perfeita, com equilíbrio absoluto dos fatores acima expostos, constitui um modelo inexistente, adotando-se a idéia de uma concorrência praticável⁹, tendo como um dos seus pressupostos essenciais a liberdade dos agentes para ingressarem em determinado mercado (livre iniciativa), e, uma vez estabelecidos nesse mercado, tenham acesso às mesmas condições para nele permanecerem, dispondo da prerrogativa de fazerem o melhor uso que lhes aprouver de sua capacidade

⁸ BARRE, Raymond. **Économie Politique**. 2. vol., 10 éd mise à jour, Presses Universitaires de France, Paris, 1975, *apud* VAZ, Isabel, *op. cit.* p. 28.

⁹ A expressão *workable competition*, idéia longamente desenvolvida por John Maurice Clark, é interpretada por Raymond Barre (*op.cit.*) como “concorrência efetiva”, equiparada a uma concorrência que “funciona.”

intelectual, organizando da melhor maneira os fatores de produção de bens ou prestação de serviços, de modo a obter produtos de boa qualidade e oferecê-los no mercado a preços atraentes e competitivos. Todavia, coube ao Estado, no caso brasileiro, representado pelo equilíbrio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a função tutelar de garantir esse equilíbrio de forças entre os concorrentes, incentivando a competição, ou seja, a disputa, respeitado sempre o fundamento maior orientador de nossa ordem econômica de livre iniciativa, e, no caso específico dos monopólios (seja por unicidade de fonte de recursos, seja por aspectos econômicos) corrigir as imperfeições estruturais. É nessas bases que se situa a idéia de justa competição.

A competição é justa e, portanto, mais próxima do valor a ser buscado de concorrência perfeita, quando é “honesta”, “leal”¹⁰, e, principalmente, quando todos os participantes têm acesso efetivo e potencial a todos os meios de produção, aqui amplamente considerados, para deles fazerem o melhor uso que lhes aprouver. Em suma, a competição é justa se ocorre em ambiente de concorrência efetiva. A doutrina tem adotado definição de concorrência efetiva explicitada por Raymond Barre, em tradução livre:

“Para Raymond Barre, a “concorrência efetiva” implica uma noção dinâmica, em oposição ao modelo estático tradicional. Ela se estabelece entre firmas de dimensões, de custos, de horizontes diferentes e políticas diversas. Ela tende ao progresso, isto é, a uma melhoria dos métodos econômicos de produção, a uma diferenciação crescente das qualidades e dos tipos de produtos e ao desenvolvimento de novos produtos. Ela permite a difusão de benefícios devidos a este progresso, a favor dos clientes (sob a forma de preços baixos) e a favor dos fatores de produção (sob a forma de elevação de suas remunerações) (Grifamos).”¹¹

Como se vê, logicamente, a concepção de concorrência de forma alguma exclui desigualdades entre as firmas participantes de dado mercado. É sobre esse ambiente de concorrência efetiva que se torna possível a justa competição, ou seja, a leal e honesta competição, com equilíbrio de forças rivais, com ênfase para o poder decisório autônomo de cada empresa, em situação de forças equilibradas, na busca da melhor alocação dos recursos produtivos disponíveis em condições igualitárias. É ainda nessa situação de

¹⁰ A expressão **fair competition**, pode-se traduzir fair por “honesto”, “belo”, “bom”, “leal”. E a “livre” concorrência, expressão consagrada na legislação brasileira e na francesa, evoca o sentido de afastamento de obstáculos considerados antijurídicos, desonestos ou desleais pelos respectivos ordenamentos jurídicos.

¹¹ BARRE, Raymond. apud VAZ, Isabel. *op. cit.* p. 100.

concorrência efetiva que as empresas tentam estabelecer uma relação de aumento de poder econômico¹², que deve ser equilibrado pela força do ambiente competitivo, devendo ser a manutenção deste ambiente o objetivo de toda a economia de mercado saudável.

Identificadas as relações entre competição e concorrência e, colocadas as condições necessárias para a verificação da justeza dessa competição, cabe-nos analisar o papel do Estado enquanto mediador dessas relações e, especificamente, no caso de concessão de serviços públicos (item IV).

IV. Os fundamentos constitucionais e a atuação do Estado na verificação da livre concorrência e na Regulação de Serviços Públicos

Como visto, para que haja justa competição, faz-se necessário que a disputa pelo mercado ocorra em ambiente de concorrência efetiva.

O Estado torna-se, portanto, o ente político capaz de proporcionar esse ambiente, seja através de política econômica incentivadora, ou de política repressora de abusos contra a ordem econômica, bem como adotando medidas preventivas contra a formação de forças desequilibradoras do mercado, sempre adstrito aos limites constitucionais impostos à sua intervenção direta na ordem econômica.

A tarefa incentivadora deve se nortear justamente pela valorização da decisão autônoma e eficiente das empresas competidoras no mercado, atuando o Estado no sentido da retirada de entraves ao desenvolvimento das atividades econômicas privadas, garantindo sempre o fim social dessas atividades. Neste sentido, ainda se deve considerar que a concorrência como fundamento da ordem econômica somente se justifica na medida em que trazer benefícios para o consumidor e servir como um valor-meio¹³, ou seja, um instru-

¹² “Assim, pode-se dizer que, para efeitos de sua disciplina jurídica, *poder econômico* é a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro.” BRUNA, Sérgio Varella. **Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. pp. 104 e 105.

¹³ A teoria da Concorrência – instrumento se explicita na própria Lei nº 8.884/94 que, em seus próprios termos, dispõe sobre repressão e prevenção às infrações contra a ordem econômica, vista, essa ordem, de maneira ampla e integrada com os demais preceitos constitucionais. O autor, Jorge de Jesus Ferreira Alves *in* **Direito da Concorrência nas comunidades européias**. 2ª ed. Coimbra Editora: 1992. P. 20 – 22, expõe essa teoria com clareza, ao referir-se ao direito comunitário, citando o Acórdão Metro-Saba, proferido pelo Tribunal das Comunidades, de 25/10/87:

“b) Teoria da concorrência–instrumento:

mento de realização de uma política econômica, cujo escopo principal seja o de estimular todos os agentes econômicos a participarem do desenvolvimento do país como um todo.

Os valores adotados na Constituição, portanto, são os bens jurídicos a receber a tutela do direito em determinado momento e, a partir desses valores, editam-se as leis e criam-se as instituições destinadas a assegurar a sua efetividade.

A regulação das formas de poder econômico no regime concorrencial, atualmente, se rege pela Lei nº 8884/94, sob a tutela do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, e a repressão dos abusos de poder econômico se faz também por essa lei, e, no âmbito penal, pela aplicação da Lei nº 8137/90, que define os crimes contra a ordem econômica, prevendo, inclusive, penas restritivas de liberdade.

No caso específico da prestação de serviços públicos, o sistema brasileiro vem passando por um momento de transição do controle quase total por parte do Estado, para um modelo de regulação, onde o particular presta o serviço e o agente regulador atua como controlador do acesso socializado e qualitativo desse serviço, agente que, no caso em apreço, é a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, autarquia vinculada ao Ministério das Comunicações, criada pela já citada lei nº 9472/97.

Nesse contexto, algumas reflexões merecem destaque no que tange à interação entre o modelo regulador e a política antitruste.

A justificativa da adoção de modelo regulador com ampla intervenção estatal decorre, a princípio, da existência de monopólios naturais. O conceito econômico de monopólio pode ser visto de uma forma mais ampla ou restrita. Amplamente considerado, o monopólio natural engloba situações

Segundo esta teoria, a concorrência não é um valor em si mesmo, não é um valor absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico. Daí derivam duas consequências importantes: Em primeiro lugar, se a concorrência não é um valor em si mesmo, pode ser sacrificada em homenagem a outros valores. Por outro lado, não há, à partida, ilicitude ou condenações automáticas. Nenhuma prática restritiva é proibida por si só.

No Acórdão Metro-Saba de 25/10/87, o Tribunal das Comunidades considera lícita a cláusula que a *Saba* (electrónica alemã) impunha aos grossistas que distribuíam os seus produtos. Aqueles deveriam celebrar com a *Saba* um contrato de fornecimento que tinha em conta o possível aumento do mercado. O Tribunal das Comunidades considerou que havia restrição à concorrência mas que o acordo podia beneficiar do nº 3 do art. 85º (do Tratado de Roma) dado contribuir para a manutenção do emprego. E a defesa do emprego é um valor social.”

em que se verifica a impossibilidade física da existência de competição (conceito restrito) e a inviabilidade econômica dessa existência, dadas determinadas características do setor em análise, que tornam a concorrência não somente inviável como, na verdade, indesejável.

“Causas da impossibilidade física podem ser a existência de fontes de insumos únicas ou exclusivas ou, ainda, a existência de uma tecnologia exclusiva protegida por patente ou por segredo industrial eficazmente protegido.

Já a impossibilidade econômica é decorrente de características particulares inerentes àquele ramo específico da indústria que tornam a competição ruínosa ou autodestrutiva. É esse o conceito econômico de monopólio natural ou o conceito de monopólio natural stricto sensu. Nesse caso, as causas do monopólio são econômicas e podem ser teoricamente elaboradas. A primeira e principal delas é a forte prevalência dos custos fixos sobre os custos variáveis, tornando possível a obtenção de expressivas economias de escala com o aumento da quantidade produzida. Se a essas economias de escala se somar uma grande proporção de custos irrecuperáveis (sunk costs), a entrada de competidores no mercado torna-se absolutamente inviável”¹⁴.

Essa inviabilidade de competição justifica a intervenção estatal na economia. Quando essa intervenção se faz de forma indireta, surge a necessidade do controle estatal, via agência reguladora, como forma de se suprir a própria imunidade, por ausência de competição, à legislação de defesa da concorrência, garantindo-se o interesse coletivo da atividade.

A situação parece clara, portanto, quando a atividade é de interesse coletivo e há o monopólio não havendo concorrência: aplica-se o modelo regulador com imunidade para a legislação antitruste. Em sentido contrário, aplicam-se as normas do regime concorrencial quando a atividade é de interesse privado, efetivada em regime de mercado aberto.

As situações híbridas, como é o caso atualmente da prestação dos serviços públicos no Brasil, é que nos levam a refletir sobre o tema.

Há um interesse coletivo na atividade conjuntamente com um interesse privado na medida em que se adota uma gradual abertura do mercado, pelo menos uma abertura parcial, inserindo-se concorrência nesses setores, altamente concentrados, mas concorrência efetiva se comparada à condição ante-

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial – as estruturas**. São Paulo: Malheiros Editores. 1998. p. 191 - 192

rior de monopólio, e têm-se, portanto, uma questão a analisar: existiria imunidade por parte desses prestadores à legislação da concorrência?

A questão merece análise profunda, contudo para os objetivos do trabalho queremos apenas destacar as principais doutrinas sobre a questão.

Duas tendências norte americanas refletem as discussões sobre o tema: State action Doctrine e Pervasive Power Doctrine. As doutrinas têm enfoques diferentes relacionados à legitimidade de se excluir a aplicação da legislação antitruste, seja por uma questão de autonomia dos estados federados, como é o caso da primeira doutrina, seja pela profundidade e abrangência da política adotada pela agência reguladora, no caso da Pervasive Doctrine, contudo, estas se identificam na medida em que exigem que a adoção da regulamentação em detrimento das normas de concorrência devem decorrer de uma política claramente expressa de exclusão do regime concorrencial e ademais, que os efeitos sobre a economia, em eventual adoção de política anti-concorrencial devem ser tutelados pelo próprio Estado.¹⁵

Exemplo da jurisprudência norte americana ajuda a esclarecer a questão:

“Trata-se da decisão da Suprema Corte americana em United States vs. RCA. Nele, a agência de controle das telecomunicações, Federal Communications Commission (FCC), aprovou a transferência de uma licença de canal de televisão da empresa Westinghouse para a empresa NBC, subsidiária à época da RCA. Posteriormente essa aquisição veio a ser contestada judicialmente pelo Departamento de Justiça americano com base na existência de violação ao direito antitruste. O problema concorrencial aqui é de menor importância. Relevante é observar que, ao rejeitar a defesa de RCA baseada na existência de imunidade concorrencial decorrente da aprovação prévia do negócio pela FCC, a Corte afirmou que a aprovação da transação poderia significar, no máximo aprovação dos novos administradores e afirmação de que a programação continuaria a ser realizada no interesse público. Nada decidia, no en-

¹⁵ “Assim, a jurisprudência norte-americana vem se posicionando no sentido de conferir imunidade de antitruste para particulares, funcionários ou agências governamentais desde que haja (i) política claramente expressa, definida e inequívoca do Estado, orientada no sentido da prática de atos que normalmente seriam ilícitos antitruste (essa política pode ser facultativa ou obrigatória); (ii) supervisão ativa por parte do Estado das práticas resultantes desta política, para que os resultados, *especialmente os resultados para a concorrência e para os consumidores*, não sejam desarrazoados. Aqui, deve ser entendido que o Estado tem o poder de controlar preços, fornecimento, estoques, etc.” SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial – as estruturas.** *op. cit.* p. 203

tanto, a respeito das consequências que a referida aquisição teria sobre o mercado de radiodifusão. Diferente deveria ser a solução, seguindo a lógica aqui proposta, se a FCC tivesse levado em consideração a possibilidade de concentração excessiva no mercado de radiodifusão mas aprovado mesmo assim a aquisição, afirmando que obedecia por essa ou aquela razão específica daquele mercado ao interesse público.”¹⁶

O que se verifica é que a questão da concorrência não pode ser ignorada, ela deve ser sempre considerada e, em se entendendo pela sua exclusão, os efeitos de tal decisão devem ser tutelados.

No Brasil, no que se refere à prestação de serviços públicos, adotou-se o modelo de transição do regime de monopólio para o de concorrência, cabendo ao Estado, através das agências reguladoras, corrigir as imperfeições estruturais desse mercado e garantir ambiente competitivo nos mesmos, não se excluindo, contudo, a aplicação das normas do regime concorrencial. Essa opção fica mais patente no caso das telecomunicações, onde a legislação faz expressa menção à adoção da legislação da defesa da concorrência, ainda que a questão da repartição das competências entre a ANATEL e os órgãos da defesa da concorrência esteja, de certa forma, indefinida.

O modelo de regulação adotado no caso das Telecomunicações, como visto, não exclui a atuação do regime concorrencial sobre esses serviços. O modelo regulador prevê competências específicas para o agente, especialmente no que se refere à garantia da universalização e continuidade na prestação dos serviços considerados de interesse público.

A universalização refere-se à garantia de acesso ao serviço por parte de qualquer pessoa ou instituição, independentemente de sua localização e condição socioeconômica. A obrigação de continuidade, por sua vez, refere-se à garantia da fruição dos serviços de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, podendo o usuário fazê-lo em condições adequadas de uso.

A atuação da agência, no caso específico, não colide com a aplicação das normas do “regime concorrencial”, em que pese algumas indefinições do ponto de vista de repartição de competências. Ao contrário, com este até se integra, na medida em que somente através de forças concorrenciais equilibradas poder-se-á alcançar a qualidade desejada na prestação do serviço. Essa assertiva pode ser confirmada com as determinações da própria lei nº 9472/97, nos artigos 5º, 6º e 7º, anteriormente transcritos, onde a lei adota os princípios do regime concorrencial, fazendo menção expressa à atuação do

¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 210

CADE como instituição tutelar da livre concorrência, o que faz através, atualmente, da aplicação da lei nº 8884/94 (legislação básica).

O Prof. Calixto Salomão Filho¹⁷ tece comentários sobre a questão, concluindo pela repartição de competências entre os órgãos regulador e de concorrência nos seguintes termos:

“Na lei das telecomunicações, as competências para o controle concorrencial são virtualmente repartidas entre a Agência Nacional de Telecomunicações e o CADE. Prevê o art. 7º que todos os atos de concentração serão levados à apreciação do CADE por meio do órgão regulador, que ao fazê-lo poderá e deverá prestar esclarecimentos sobre as características concorrenciais específicas do setor. Mais adiante prevê o art. 19, inc. XIX, que cabe à Agência Nacional de Telecomunicações “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.”

A questão da repartição de competências entre os órgãos referidos deverá demandar, ainda, muitas análises e reflexões, entretanto, a opção política, refletida na legislação, de serem avaliados e sempre considerados os princípios orientadores da ordem econômica, especificamente, os efeitos concorrenciais das práticas dos prestadores de serviços públicos, já está claramente definida e integrada às demais políticas governamentais, como por exemplo, o Programa de Privatizações. É nesse panorama que se deve analisar a questão da justa competição.

V. Do regime concorrencial : Lei nº 8884/94 e lei nº 8137/90

A lei 8884/94 atua de forma preventiva e repressiva na tutela da manutenção da livre concorrência, valor que tem como titular a coletividade. Como prevenção, a lei determina a apreciação dos atos que, sob qualquer forma, possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços¹⁸, presumindo que um ato de concen-

¹⁷ *Op. cit.*, p. 217

¹⁸ 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.

.....
§ 3º - Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, consti-

tração que implique em participação de empresa ou grupo de empresas em 20% ou mais de um mercado relevante devem ser apreciados previamente ou até 15 dias após a sua realização, através de processo específico, por pressupor-se uma posição dominante da empresa ou grupo em questão.

O objetivo legal, nesse aspecto, é o de controlar a formação do poder econômico, tido como condição de suma importância para a verificação de eventuais práticas e efeitos prejudiciais à concorrência.

Por outro lado, como forma repressiva de atos abusivos, a lei enumera, a título exemplificativo, condutas consideradas infração à ordem econômica na medida em que tenham por objetivo:

limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

dominar mercado relevante de bens ou serviços;

aumentar arbitrariamente os lucros ;

exercer de forma abusiva posição dominante.

No âmbito penal, a lei nº 8137/90 também descreve aquelas práticas que possam limitar ou falsear a concorrência prevendo, inclusive, pena privativa de liberdade.

O que se verifica da legislação em questão, pilares do “regime concorrencial”, é que a tutela do princípio constitucional da livre concorrência passa pelo controle da formação do próprio poder econômico (controle de estruturas) e do uso abusivo desse poder (controle de condutas) através da realização de práticas que limitem a concorrência. A descrição exemplificativa dessas condutas, em ambos os instrumentos legislativos citados, ainda que não exaustiva, nos direciona no sentido de que a conduta que se reprime, de acordo com a própria orientação constitucional, (art.173, § 4º, da CF/88), é aquela desleal, por vezes criminosa ou, no mínimo, abusiva, o que, em última análise seria a contradição da própria competição em bases justas: a justa competição.

VI. Da concorrência desleal, criminosa, abusiva e da vantagem competitiva

Como visto, a legislação brasileira de defesa da concorrência reprime aquelas práticas desleais que prejudiquem a concorrência e também aquelas que sejam abusivas e, nesse aspecto é que se verifica o maior dilema da aplicação da lei: determinar quais as práticas que constituem abuso, uma vez que se

tuição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

adota a concepção da desnecessidade da existência de culpa no sentido clássico, práticas estas que devem ser reprimidas, e quais aquelas práticas legítimas fundadas em uma vantagem competitiva. Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹⁹ nos dá a noção dessa questão nos seguintes termos:

“Distinguem-se, assim, em tese, duas hipóteses de ação econômica, ambas capazes de gerar responsabilidade do agente por danos: a esfera da ilicitude per se e a esfera da abusividade. No primeiro caso ocorre a transgressão de limites estabelecidos em lei. No segundo, o agente obedece os limites objetivos, o preceito legal, mas fere ostensivamente a destinação do direito, o espírito da instituição da concorrência.

.....

A questão de definir se a abusividade é absolutamente distinta da ilicitude per se é controvertida. Pode-se invocar em favor desta distinção Josserand, que declarava que o exercício de um direito não é incompatível com a noção de culpa, mas que o conceito de culpa, no caso de abuso, não é o conceito clássico, mas o moderno conceito de culpa social, ou seja, o desvio da missão social do direito (De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l' Abus des Droits, Paris, 1927, nº 261).

.....

No lugar da culpa entra, pois, a prova do desvio de finalidade inerente à ocorrência, isto é, a idéia de que o direito de concorrência não pode ser exercido com efeitos contra a própria concorrência quando o agente formula suas estratégias no uso de seu poder econômico. Deve-se falar, nesse sentido, de uma ruptura dos interesses em jogo, sendo o ato que rompe esse equilíbrio um ato anticoncorrencial e por isso abusivo, ainda que praticado sem a intenção de lesar o direito de outrem. Deste modo, a prova da abusividade tem por princípio geral a investigação do fim econômico (e social) do direito de concorrência, ao comparar-se sua relevância com a dos interesses subjetivos opostos. Deve ser verificado se o agente econômico, adotando práticas, mesmo em condições objetivamente legais, procede de tal modo que possa atingir efeitos contrários aos protegidos pelo princípio da livre concorrência”. (sem grifos no original)

Neste particular, encontra-se uma nítida diferença entre o direito econômico da concorrência e o direito tributário e penal, pois nestes ramos específicos do direito, o eventual abuso de formas não encontra guarida, dada a sua tipicidade cerrada, exceto no caso de simulação (que no fundo representa

¹⁹ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Da abusividade do poder econômico.** In Revista de Direito Econômico, n. 21, dezembro 1995, CADE, pp. 26 a 27.

violação à própria legislação civil) ou prática de ato expressamente contrário à lei tributária ou eventualmente à legislação processual civil.

É, entretanto, justamente devido a esse amplo leque interpretativo do direito econômico, diverso do direito penal e tributário, que não se pode perder de vista a opção constitucional pela economia de mercado, com imposição de limites ao poder interventor do Estado, ou seja, cabe à lei concorrencial reprimir o abuso, mas não lhe cabe definir ou ditar quais são os atos concorrenciais, pois isto seria uma intervenção indevida face ao nosso ordenamento econômico e jurídico. Cabe-lhe garantir o princípio da concorrência tido como a potencialidade igualitária de condições:

“Assim, o princípio da concorrência significa, *prima facie*, que a potencialidade deve ser aberta, em sentido normativo, a todos. Em si, o mercado é cego em face dos indivíduos, sendo, ao revés, um instrumento a serviço da coletividade”²⁰.

Nesse contexto devem-se distinguir o ato de concorrência desleal, no qual se insere o ato criminoso, do ato concorrencial abusivo, no sentido de desvio de finalidade, e ainda, a vantagem competitiva, conceituando-os de uma forma mais precisa e lógica do ponto de vista do ordenamento jurídico constitucional e infra-constitucional, quanto à ordem econômico-social.

A concorrência desleal é o uso de meios ou métodos ilegais, incorretos, para modificar a normal relação de competição, é aquela em que o concorrente faz uso de recursos ilícitos, desonestos. Ainda no âmbito da concorrência desleal, há a chamada prática criminosa, nesse caso, já na esfera penal, representada por aquelas condutas desleais de tal gravidade, que a lei penal as tipifica, como é o caso da destruição ou inutilização de bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou eliminar a concorrência.

A prática abusiva, por sua vez, decorre da abusividade do ato, ou seja, existe o direito, a parte é legítima, entretanto a fruição deste é excessiva, desviada de sua finalidade.

Situa-se nesse campo a grande dificuldade da política da concorrência, pois há nas práticas concorrenciais, mesmo lícitas, sempre a possibilidade de prejudicar o concorrente. O que, então, separaria a concorrência vigorosa da prática abusiva?

Aqui aparece a noção de vantagem competitiva, que nos remete à teoria da eficiência econômica, mas, de acordo com nosso ordenamento, uma eficiência coletiva e não meramente um ganho privado.

²⁰ FERRAZ Jr., Tércio, *op. cit.* p. 29.

A vantagem competitiva, assim como o conceito de abuso, no campo do direito econômico, não se encontra expressamente delineada na lei pois, como visto, não cabe ao regime concorrencial determinar o que pode ser praticado em uma concorrência. Desta forma devem-se procurar pontos que reflitam esse conceito. Veja-se, em princípio, um exemplo, colocado pela Profa. Paula A. Forgioni:

“Em Gloucester, Inglaterra, existia apenas uma escola, que impunha aos estudantes os preços que bem entendia (ainda que não excessivos). Ocorre que, aproximadamente no ano de 1408, outra escola veio a ali se estabelecer, praticando preços inferiores. Os dirigentes da primeira, inconformados, foram às barras do tribunal, propondo uma ação com o escopo de serem ressarcidos pelos danos sofridos.

Decidiu-se que, muito embora efetivamente houvesse o prejuízo, havia sido causado por uma atitude perfeitamente lícita da segunda escola. Se esta tinha condições de oferecer preços mais baixos pelo serviço, sua “vantagem competitiva” (como a chamaríamos hoje) não haveria de ser punida ou reprimida”.²¹

O exemplo pode ser aplicado investigando-se a própria lei básica da defesa da concorrência. O que o artigo 20 da Lei nº 8.884/96 tutela é a livre concorrência, como visto, aquela que garante igualdade de acesso às condições de mercado. O mesmo dispositivo legal, portanto, reprime atos que tentem limitar esse acesso, reprime ainda o domínio de mercado obtido por meio anormal, o aumento abusivo de preços e o abuso de posição dominante. O CADE já se manifestou quanto à definição de posição dominante correlacionada ao domínio de mercado, nos seguintes termos²²:

“O domínio do mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a

²¹ FORGIONI, Paula A. **Posição dominante e seu abuso**. In Revista de Direito Econômico, dez/1997. CADE. p. 105

²² Voto da conselheira Relatora Neide Terezinha Malard, Processo administrativo n. 31, j. 6.10.1993 (Fiat x Transauto).

distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência.

Em conclusão: a posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado” (grifamos).

No exemplo, o maior risco de abusividade estava na situação anterior à entrada da segunda escola concorrente, por ser a primeira a única participante do mercado e, portanto, detentora do domínio deste mercado, nos termos da própria jurisprudência citada do CADE. A concorrente, por sua vez, adotando os mesmos recursos disponíveis à primeira escola, oferece preços melhores à coletividade, que, uma vez satisfeita com a qualidade dos serviços prestados, pôde chegar, como aconteceu, ao encerramento das atividades da primeira escola, com base única e exclusivamente em vantagem competitiva que a escola que anteriormente dominava o mercado não estava apta a enfrentar. Deveria a segunda escola ser punida? Não, como não o foi, pois puni-la seria contrariar a situação de concorrência, condição necessária ao desenvolvimento da justa competição.

Correlacionando os incisos II e III, mais o §1º do mencionado art. 20 da Lei nº 8.884/94, pode-se inferir que aquilo que se reprime é a conquista de mercado baseada em uma “anticompetitive advantage²³”, situação que ocorre quando empresa detentora de poder econômico abusa dessa posição para conquistar mercado.

Como exemplo, apropriado aqui ao caso, novamente a Profª Paula A. Forgioni²⁴ coloca:

²³ Os autores de língua inglesa costumam utilizar a expressão “anticompetitive advantage” para os casos em que o agente econômico conquista (ou tenta conquistar) parcela de mercado utilizando-se de um meio “fraudulento”, porque não embasado apenas na sua superioridade. Por exemplo, a prática da *Microsoft* de divulgar falsos pré-lançamentos de produtos, bem como de criar, propositadamente, incompatibilidades entre os produtos que fabrica e aqueles de concorrentes teriam dado origem a “anticompetitive advantages”, ou vantagens não competitivas (cf. “United States v. Microsoft Corporation Civ. N. 94.1564 (SS) (DDC); Response of the United States to Public Comments Concerning the Proposed Final Judgment and Notice of Hearing”, Federal Register, v. 59, n. 221, 17.11.1994, p. 426). *In* Revista de Direito Econômico, n. 26, p. 110.

²⁴ Paula A. Forgioni, *op. cit.* p. 110.

“A contrario sensu, há de se considerar ilícita a concorrência oferecida por agente econômico que não conquistou seu poder de mercado com base em uma vantagem competitiva. É o que ocorre nos casos em que um concorrente oferece preço inferior ao de mercado porque deixou de pagar os impostos e contribuições devidos” (grifamos).

Note-se que deixar de pagar impostos devidos, desviando-se dos respectivos riscos e penalidades da mora, através de sonegação, e, conseqüentemente, oferecer preços mais atraentes, constitui conquista de mercado anti-concorrencial, passível de censura por parte do direito econômico, e, no caso, sujeita a tipificação penal como crime contra a ordem tributária. Por outro lado, discutir judicialmente a sujeição a um tributo, ou até mesmo, incorrer em mora dadas determinadas circunstâncias econômicas, sujeitando-se às penalidades desta, representa direito concorrencial, potencialmente acessível a todos, inerente à estratégia empresarial de conquista de mercado e, no que concerne ao aspecto gerencial, dever empresarial referente à obrigação de se tentar adotar a mais eficiente alocação de recursos, que possa trazer resultados traduzidos em melhores produtos e serviços para o mercado, valores tutelados por legislação paralela à do direito da concorrência, como a do Código do Consumidor, Legislação Ambiental, e, no caso de serviços públicos de telecomunicações, a sujeição dos prestadores aos já citados princípios da universalidade e continuidade.

Com base na análise desses exemplos, pode-se chegar, por meios diretos e indiretos, à conceituação de vantagem competitiva como sendo aquela que não representa conduta desleal e não decorre da abusividade da posição dominante, mas sim de uma melhor e mais eficiente alocação de recursos potencialmente disponíveis a todos os concorrentes.

VII. Análise Prática

A título exemplificativo de uma hipótese prática, vejamos o caso de uma empresa prestadora de serviços públicos de telecomunicações que recorre ao poder judiciário para questionar a legalidade de um tributo e, por força, dessa demanda obtém sentença favorável transitada em julgado, a qual passa a ser utilizada estritamente dentro dos limites por esta determinados.

Tal possibilidade, de não pagamento do referido tributo, aplicável a uma das prestadoras dos serviços de telecomunicações constitui-se, evidentemente, em uma vantagem, sobre qual se indaga ser ou não, esta vantagem, um fator que prejudique a justa competição, nos termos da legislação ora analisada.

No decorrer de nossa análise colocamos os objetivos da livre concorrência, base para a efetivação de uma competição dada em bases justas, e con-

cluímos que a intervenção estatal seria a de justamente garantir essa base como forma de tutelar o consumidor.

Para explicitarmos melhor essa atuação estatal, recorreremos à própria lei 9472/96, criadora do órgão regulador do setor que nos dá essa noção no seu artigo 70, nos seguintes termos:

“Art. 70 – Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado, em especial:

I – a prática de subsídios para redução artificial de preços;

II – o uso, objetivando vantagens na competição, de informações obtidas dos concorrentes, em virtude de acordos de prestação de serviço;

III – a omissão de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem”.

Acrescente-se ainda a esta disposição que também cabe ao Estado intervir para equilibrar os distúrbios da concorrência imperfeita (art. 6º da Lei nº 9.472/96).

Ora, da análise desse art. 70 da Lei nº 9.472/96, conjugada com a do artigo 12 da Lei nº 9.295/96, já transcrito, pode-se inferir que não é toda e qualquer intervenção estatal cabível, mas somente aquela que vise propiciar a todos as mesmas condições, seja no caso do acesso para outorga da exploração (art. 12), seja na prestação do serviço, como é o caso da garantia de acesso às redes de transmissão, ampla difusão de informações, concessão e subsídios localizados e desiguais, além das intervenções estruturais necessárias, no caso específico, de transição de monopólios para um regime concorrencial, ou, ao menos, um regime de oligopólio regulado com ambiente efetivamente concorrencial. As mesmas conclusões se podem tirar de outros artigos da Lei nº 9.272/96²⁵, onde se infere o objetivo da Lei, qual seja, o mercado deve refletir

²⁵ “Art. 71 – Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

(...)

Art. 73 – As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

(...)

Art. 89 – A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

um ambiente de concorrência, sujeito à atuação limitada do agente regulador, que terá como maior objetivo a garantia da finalidade coletiva do serviço prestado, cuidando da saudável fragmentação do poder de mercado e do estímulo à competição.

Aqui se ressalta que, ao exigir a justa competição, nem a Lei nº 9.295/96 nem a Lei criadora do órgão regulador (ANATEL) têm como objetivo proteger os concorrentes da competição, o que se tutela é a garantia da melhor prestação do serviço e o que se reprime é a conduta desleal ou abusiva.

No exemplo prático aqui colocado nenhuma situação se verifica para que se justifique intervenção nesse sentido, pois concorrência desleal ou criminosa certamente não teria ocorrido, pois não houve sonegação fiscal, nem tampouco mora. O que ocorre é um litígio judicial, potencialmente acessível, por determinado prazo (prescrição/decadência), a todos os concorrentes do mercado, com solução favorável à empresa, que utiliza da forma mais eficiente o efeito dessa decisão. Não se caracteriza também abuso de poder, pois a utilização da decisão judicial não está sendo desviada de sua finalidade nem sendo excessivamente utilizada.

Não se pode cogitar, tampouco, de infração à justa competição na outorga da exploração do serviço, como determina o artigo 12, da Lei nº 9.295/96 em análise, pois este, no caput faz referência ao processo de outorga, que sem dúvida deve-se dar em ambiente competitivo.

Dessa forma, a vantagem em si, no âmbito da legislação da defesa da concorrência, não poderia ser reprimida por representar opção lícita de alocação de recursos por parte da empresa, recursos estes potencialmente disponíveis a todos os concorrentes, pois todos poderiam ter questionado tal tributo, uma vez que nosso ordenamento jurídico a todos, indiferentemente, garante o livre acesso ao Poder Judiciário.

Com mais razão ainda poder-se-ia chegar, como visto, à mesma conclusão através da análise da lei nº 9295/96 e do citado artigo 70 da lei nº 9472/96, pilares do modelo regulador adotado nos serviços públicos de Telecomunicações, que não exclui a aplicação do direito concorrencial.

A prerrogativa de garantia da justa competição adotada por esses instrumentos legais e exemplificadas no artigo 70 como práticas contrárias a essa situação, nada mais é que justamente a garantia a todos os prestadores de serviços de acesso ao mercado e às possibilidades nele existentes. Dentre essas

I – a finalidade do certame é, por meio de disputa entre os interessados, escolher quem possa executar, expandir e universalizar o serviço no regime público com eficiência, segurança e a tarifas razoáveis.
(...).”

possibilidades está o amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário para que se questionem não somente tributos, mas toda e qualquer imposição ou omissão do Estado que possa resultar em tratamento desigual destes prestadores com reflexos em seu desempenho comercial, garantindo sempre ao Estado, através da agência reguladora, a tutela do consumidor: verdadeiro valor a ser protegido pelo direito concorrencial.

A competição é justa, portanto, na medida em que se dá em ambiente concorrencial efetivo, cuidando o Estado de oferecer a todos os participantes as mesmas condições, não se podendo questionar que potencialmente todos os participantes podem acionar o Judiciário, se necessário, para o efetivo uso dessas condições, ato que representa uma opção inerente ao preceito da livre concorrência, que tem como base o livre arbítrio do prestador do serviço na escolha de opções lícitas e possíveis a todos. Admitir o contrário seria contrariar o papel do Estado, constitucionalmente determinado e confirmado no processo de privatização empreendido, passando este de incentivador da competição a guardião de monopólios de mercado, ditando as práticas possíveis e aceitáveis no jogo da concorrência, retirando aos participantes, portanto, o caráter de liberdade.

VIII. Conclusão

Considerando-se o pressuposto de que a justa competição, mesmo no caso de serviços públicos sujeitos ao regime de regulação, somente pode ocorrer em ambiente de efetiva concorrência, resguardadas as características próprias do setor, conclui-se que:

O termo competição, assim como o termo concorrência, inserem a idéia de disputa, rivalidade e, no campo econômico, luta simultânea por mercado. Essa concorrência ou competição somente se dá em bases justas quando realizada em um ambiente em que todos os participantes tenham igual acesso efetivo ou potencial aos recursos produtivos, amplamente considerados;

no ordenamento jurídico brasileiro a defesa da concorrência é princípio constitucional a ser tutelado pelo Estado em toda a ordem econômica e, no caso da prestação de serviços públicos, não se excluem a aplicação dessas normas apesar do modelo de regulação adotado.

A legislação pertinente à prestação dos serviços de Telecomunicações e a criação do modelo regulador nessa área, não somente adota os princípios da ordem econômica como impõe, de forma expressa, a necessidade de se

incentivar a competição no setor antes tutelado e objeto de monopólio, bem como o dever de se reprimir qualquer infração contra a ordem econômica praticada pelos participantes desse mercado;

a legislação formadora do denominado “regime concorrencial” tem como objetivo tutelar a livre concorrência atuando no controle da formação do poder econômico, controle de estrutura, e no controle de condutas, reprimindo aquelas práticas que possam restringir a concorrência. Contudo, esse regime não objetiva, nem poderia, no contexto de nosso ordenamento jurídico, exaustivamente ditar as práticas que seriam concorrenciais, ao contrário, a legislação limita-se a orientar, através de exposição exemplificativa, aquelas práticas que decerto seriam anti-concorrenciais, independentemente de culpa;

da orientação legislativa referida pode-se verificar que as práticas que devem ser reprimidas são aquelas de cunho abusivo, no sentido de desvio de finalidade, ou aquelas de caráter desleal, ou seja, ilícitas, desonestas;

a legislação referente ao setor de telecomunicações, (lei nº 9295/96 e lei nº 9472/97), ao utilizar o termo justa competição, adota também, e de outra maneira não poderia ser no modelo adotado no nosso regime econômico, a orientação colocada pela legislação do regime concorrencial e, ademais, prevê ainda, uma ratificação do modelo competitivo adotado com o programa de privatização, onde se deve buscar uma atuação do Estado no sentido de incentivar a disputa e não de reprimi-la, criando igualdade artificial das condições dos concorrentes, eliminando o risco empresarial, e, conseqüentemente, tutelando a ineficiência (o objetivo da expressão não pode ser outro senão aquele em que o Estado é tido como o ente capaz de garantir que os recursos estejam potencialmente disponíveis a todos);

quanto ao exemplo neste trabalho colocado, sob a ótica da legislação do serviço de telecomunicações, não se verifica infração à prerrogativa de existência de justa competição entre os prestadores do serviço, garantidas as condições igualitárias no momento da outorga do direito de exploração, já que não se trata de auxílio estatal, nem prática desleal ou abusiva, mas sim de vantagem competitiva, potencialmente à disposição de todos os participantes, que, em dado momento, têm a oportunidade de exercer seu poder de decisão sobre determinada alocação de recursos, visando um objetivo competitivo, e, nesse contexto, só cabe ao Estado o dever de incentivar essa competição;

dar outro sentido ao termo justa competição que punisse atos como o exemplo ora visto, seria tentar reavivar um modelo de Estado interventor e protecio-

nista que não se coaduna com a opção constitucional de livre iniciativa e livre concorrência que deve ser adotada também para os serviços públicos, com os limites impostos pelo órgão regulador, limites estes que objetivam corrigir imperfeições estruturais de mercado e garantir que na prestação do serviço não serão concedidos privilégios aos participantes que não decorram única e exclusivamente de vantagem competitiva lícita e dentro dos limites dos princípios que regem a prestação do serviço: universalização e continuidade;

se fosse possível interpretar a expressão justa competição num sentido subjetivo, desvinculado da sua complementação com a livre concorrência, finalidade e outros princípios constitucionais, empresas ineficientes do ponto de vista técnico, operacional e administrativo poderiam reclamar junto ao órgão regulador por estarem sofrendo competição injusta, o que seria absolutamente irrazoável e contrário à orientação constitucional de livre iniciativa e livre concorrência.

IX. Referência Bibliográfica

BRUNA, Sérgio Varella. Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

CELLI, Umberto Júnior. A nova organização dos serviços na lei geral de telecomunicações. In Revista de Direito Administrativo 211. Rio de Janeiro: jan. mar. 1998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. In Revista de Direito Econômico, CADE. n. 21, dezembro 1995.

FERREIRA ALVES, Jorge de Jesus. Direito da Concorrência nas nas comunidades européias. 2ª ed. Coimbra Editora: 1992.

FORGIONI, Paula A. Posição dominante e seu abuso. In Revista de Direito Econômico, CADE. dez/1997.

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. 29ª ed. Coimbra Editora: 1979.

VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

