

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**FABRICIO SANTOS MÜZEL DE MOURA**

**DIREITO CONCORRENCIAL E TELECOMUNICAÇÕES:  
UMA ANÁLISE NO CASO OI E BRASIL TELECOM**

**CURITIBA**

**2010**

**FABRICIO SANTOS MÜZEL DE MOURA**

**DIREITO CONCORRENCIAL E TELECOMUNICAÇÕES:  
UMA ANÁLISE NO CASO OI E BRASIL TELECOM**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Marcia Carla Pereira Ribeiro

**CURITIBA**

**2010**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**FABRICIO SANTOS MÜZEL DE MOURA**

**Direito Concorrencial e Telecomunicações: Uma análise no caso Oi e Brasil  
Telecom**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

*MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO*  
Orientador

---

*EDSON ISFER*  
Primeiro Membro

---

*CARLOS JOAQUIM DE OLIVEIRA FRANCO*  
Segundo Membro

## SUMÁRIO

<b>LISTA DE TABELAS</b> .....	v
<b>RESUMO</b> .....	vii
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1. DIREITO CONCORRENCIAL</b> .....	10
1.1. Direito Concorrencial e a Ordem Econômica Constitucional .....	10
1.2. Posicionamentos doutrinários .....	13
1.2.1. Escola de Chicago .....	13
1.2.2. Escola de Harvard .....	14
1.2.3. Escola Ordo-Liberal de Friburgo .....	14
1.2.4. Teorias comportamentais “pós-Chicago” .....	15
1.3. Controle Estrutural e Comportamental .....	16
1.4. Interesses protegidos .....	18
1.5. Análise Econômica do Direito .....	21
1.5.1. Eficiência .....	22
1.5.2. Teoria dos Custos de Transação .....	25
1.5.3. Teoria dos Jogos .....	26
1.5.3. Falhas de Mercado .....	28
<b>2. AS TELECOMUNICAÇÕES E O DIREITO CONCORRENCIAL</b> .....	32
2.1. Monopólio Natural e Regulação .....	32
2.2. Breve histórico acerca do Sistema de monopólio nas telecomunicações no Brasil .....	33
2.3 A ascensão do sistema de concorrência nas telecomunicações .....	35
2.4 O conceito elástico de Mercado Relevante e a peculiaridade do Setor de Telecomunicações .....	41
<b>3. A OPERAÇÃO ECONÔMICA</b> .....	44
3.1. Operação de Compra da Brasil Telecom pela Oi .....	44
3.2. Anuência Prévia da Anatel com a operação .....	50
3.3 Parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico .....	54
3.4. Possíveis efeitos da operação e mecanismos de controle utilizados pelo CADE e Anatel .....	59
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	63
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	66

## LISTA DE TABELAS

<b>TABELA I</b>	
Regiões do Plano Geral de Outorgas.....	46
<b>TABELA II</b>	
Serviços Telefônicos Prestados pela Oi e Brasil Telecom .....	46
<b>TABELA III</b>	
Sobreposições horizontais entre produtos da Oi e Brasil Telecom .....	54
<b>TABELA IV</b>	
Mercado de Provedores de Internet da Oi e da Brasil Telecom.....	56

## **LISTA DE SIGLAS**

ADSL – Assymmetric Digital Subscriber Line  
ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações  
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica  
CPqD – Centro de Pesquisas e Desenvolvimento  
EILD – Exploração Industrial de Linha Dedicada  
LDI – Longa Distância Internacional  
LDN – Longa Distância Nacional  
LGT – Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472 de 16 de Julho de 1997.  
PGO – Plano Geral de Outorgas  
PSCI – Provedor de Serviço de Conexão à Internet  
SCI – Serviço de Conexão à Internet  
SCM – Serviço de Comunicação Multimídia  
SMP – Serviço Móvel Pessoal  
STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado  
TCD – Termo de Compromisso de Desempenho

## RESUMO

A liberdade de iniciativa jamais pode ser lida de forma ilimitada como se um princípio absoluto fosse. Mostra-se necessária a relativização do princípio por intermédio da atuação do Estado enquanto regulador da economia. Setores específicos da economia como o das telecomunicações guardam a necessidade de regulação técnica e econômica. Neste trabalho buscou-se analisar o papel do Estado na qualidade de regulador das atividades econômicas, abordando os principais posicionamentos doutrinários acerca dos fins do direito concorrencial e investigando, de igual forma, as peculiaridades e o histórico das telecomunicações no Brasil. Como objetivo específico, o presente trabalho apresenta um estudo da regulação econômica e setorial do Estado nas telecomunicações tomando-se por objeto de análise o caso da operação de aquisição de controle da Brasil Telecom S.A. por parte da Telemar Norte Leste S.A. – grupo conhecido popularmente pela marca “Oi” – que obteve a aprovação por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da Agência Nacional de Telecomunicações.

Palavras-chave: Direito Concorrencial, Telecomunicações, Oi, Brasil Telecom, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Agência Nacional de Telecomunicações.

## INTRODUÇÃO

O alto custo de investimentos para implantação da tecnologia, a necessidade de uniformização de padrões técnicos e coordenação dos recursos escassos relacionados à prestação dos serviços são elementos que concedem suma importância ao setor das telecomunicações e fizeram com que o setor alcançasse ao longo dos anos o *status* de serviço essencial.

Após um certo período de inércia por parte do Estado brasileiro em controlar o setor de telefonia e nele atuar significativamente, a partir da década de 1960, iniciou-se a sistematização legislativa desse setor da economia que até então possuía o prevalemento da iniciativa privada. Em um primeiro momento do histórico das telecomunicações em nosso país, o governo militar concebeu o setor como estratégico e indispensável ao plano de integração de todo o território e à concretização da doutrina da “Segurança Nacional”. Posteriormente, a Constituição de 1967 centraliza nas mãos da União o poder de outorgar concessões estruturando-se assim um sistema fundado no autofinanciamento. Tal modelo foi crucial para o desenvolvimento da estrutura do setor das telecomunicações no Brasil que, antes de tais acontecimentos, padecia com a fragmentação e desregulação.

Não obstante, a ausência do regime da concorrência faz com que se afastem seus efeitos positivos, tais como os avanços e inovações tecnológicas, melhorias na prestação de serviços e, conseqüentemente, maior acessibilidade ao serviço prestado por parte da população.

Dentro do contexto de crise do Estado Social, mostrou-se necessária a mudança de postura por parte do Estado quanto à forma de atuar na economia, passando este a agir como um ente capaz de centralizar e organizar os sistemas econômicos e sociais controlando sua diversidade e complexidade.

O presente trabalho tem por objetivo uma abordagem sobre o Direito Concorrencial, com atenção voltada para o setor das telecomunicações, tomando atenção para com as peculiaridades do setor, bem como do histórico de seu desenvolvimento no Brasil.

Como objetivo específico, será realizada uma análise dos possíveis efeitos negativos e positivos no caso da aquisição do controle acionário da Brasil Telecom S.A. pela Telemar Norte Leste S.A. (Oi), operação econômica a partir da



qual nasce dentro do setor das telecomunicações em nosso país uma das maiores empresas tanto no que diz respeito à quantidade de pessoas atendidas pelos seus produtos e serviços quanto no que concerne à infraestrutura e rede de telecomunicações.

Indispensável para esta análise, portanto, o estudo concomitante dos mecanismos de controle utilizados pelos agentes reguladores quando da aprovação da operação econômica.

## 1. DIREITO CONCORRENCIAL

### 1.1. Direito Concorrencial e a Ordem Econômica Constitucional

A Ordem Econômica instituída pela Constituição Federal de 1988 estabelece princípios que irão orientar o mercado quanto às formas de intervenção do Estado na economia. O Estado está apto a interferir na Economia sempre que se mostra necessário, visando concretizar os objetivos da República.

Não é somente a partir do pensamento do Constituinte de 1988 que a preocupação com os desvios da livre concorrência ocupou um importante papel na Ordem Econômica Constitucional de nosso país. Já na Constituição de 1946, em seu art. 148, encontra-se a menção a que a lei iria reprimir as formas de abuso econômico que tivessem por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros<sup>1</sup>. De igual forma verifica-se na Constituição de 1969 semelhante opção em seu art. 160, inciso V<sup>2</sup>.

Segundo a lição de Eros Roberto GRAU, a Ordem Econômica é um “conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento de uma atividade econômica a determinados fins políticos do Estado”<sup>3</sup>. Para o autor citado, o conceito de ordem econômica, se considerada a ideia de ordem econômica constitucional, encontra-se bastante próximo do conceito de Constituição Econômica, que deve ser compreendida como um conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia.

---

<sup>1</sup> Art. 148 da Constituição de 1946: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”

<sup>2</sup> Art. 160 da Constituição de 1969: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;”

<sup>3</sup> GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica). 3ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 70

Eros R. GRAU<sup>4</sup> classifica a atividade econômica em sentido amplo – arts. 170 e 174 da CF – como gênero do qual são espécies a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos. Assim, tanto as atividades econômicas desenvolvidas pelo setor privado, quanto aquelas relacionadas aos Serviços Públicos delegados pelo Poder Público ou por ele prestados deverão obedecer aos princípios consignados pela Ordem Econômica Constitucional.

As atividades econômicas sofrem interferência por parte do Estado. No art. 170 e seguintes da Constituição Federal são tratadas tanto as atividades econômicas realizadas pelos particulares quanto as atividades exercidas pelo serviço público e monopólios.

Juntamente com a Ordem Econômica, nossa Constituição consigna um elemento de suma importância para análise do direito concorrencial o *Princípio da Liberdade de Iniciativa*, um dos pilares do liberalismo econômico. O referido princípio constitui um primado do ordenamento jurídico nacional, estabelecendo que as liberdades individuais devem ser pautadas com estribo na liberdade de empreendimento por parte do particular em face de outro particular, assim como também em face do Poder Público.

Tutelar a liberdade de iniciativa é, sem dúvida, defender a estabilidade de um sistema de livre mercado que garante ao cidadão a possibilidade de inventar, produzir, contratar, protegendo-se, deste modo, os direitos sobre a propriedade privada<sup>5</sup>.

A liberdade de iniciativa econômica privada deve ser legítima, de acordo com o ensinamento de José Afonso da SILVA<sup>6</sup>:

Num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima

---

<sup>4</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. Cit.. p. 101 a 110

<sup>5</sup> Assim assevera Ney PRADO, defendendo o pensamento de que quanto mais acentuada a presença do intervencionismo estatal maior será o nível de ineficiência econômica de uma sociedade. PRADO, Ney. Liberdade Econômica, Defesa da Concorrência e Democracia. In: Direito Concorrencial, Aspectos jurídicos e Econômicos, Comentários à lei 8.884/94 e Estudos Doutrinários. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 115

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 726.

enquanto exercida em interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.

Constata-se que a liberdade de iniciativa não pode ser lida de maneira absoluta, devendo, portanto, ser relativizada e compreendida à luz da Constituição. A fim de garantir a existência do próprio princípio da liberdade de iniciativa, a Ordem Econômica Constitucional estabelece princípios como o da Livre Concorrência em seu art. 170, IV, bem como no art. 173, §4º<sup>7</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a existência do poder econômico e não o reprime necessariamente em toda e qualquer situação em que venha a se manifestar.

Resta, portanto, verificar a forma como é utilizado o poder econômico para que se conclua ser necessária ou não a intervenção do Estado ante à caracterização do abuso do poder econômico. Para Fábio Konder COMPARATO os principais elementos caracterizadores do abuso do poder econômico são: “o domínio dos mercados, a eliminação total ou parcial da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”<sup>8</sup>.

Em entendimento semelhante ao de COMPARATO, José Afonso da SILVA alerta que fica manifesto o abuso condenado pelo ordenamento jurídico quando o poder econômico é utilizado para coibir a entrada de novos agentes no mercado ou em casos de aumento arbitrário dos lucros por parte do detentor do poder<sup>9</sup>. O referido autor conclui, ainda, que fenômenos, combinações, posições dominantes, práticas restritivas, concentrações não são em si patológicos, mas sim uma realidade do novo Estado industrial, revelando-se algo que não se pode modificar com mera determinação legal formal, mas com transformações em seus próprios fundamentos.

Se o aparecimento desses fenômenos decorrentes do abuso do poder econômico pode ser considerado uma realidade inerente ao atual sistema capitalista para que exista a livre concorrência, cabe ao Estado adquirir uma postura pró-ativa a fim de implementar a igualdade material entre os agentes econômicos. Em resumo,

---

<sup>7</sup> CF, art. 173, §4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

<sup>8</sup> COMPARATO. O poder de controle na Sociedade Anônima. 3ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 382.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso. Op. Cit.. p. 727.

hoje o intervencionismo estatal se dá de maneira indireta de modo que, como alerta Calixto SALOMÃO FILHO<sup>10</sup>, é fundamental a aproximação entre a regulação econômica setorial ou ativa, como no caso das agências regulatórias, e a regulação econômica antitruste ou reativa.

## **1.2. Posicionamentos doutrinários**

A fim de determinar a área que nortearia a atuação do direito concorrencial, bem como definir qual a sua esfera de atuação para guiar o comportamento dos agentes econômicos, emergiram concepções doutrinárias divergentes na teoria econômica, conforme será adiante exposto.

Quanto ao direito concorrencial, as correntes manifestam suas peculiaridades com relação ao controle das estruturas e quanto ao controle das condutas.

### **1.2.1. Escola de Chicago**

A Escola de Chicago, ou Escola Neoclássica de Chicago, surge na década de 50, tendo como mote principal a eficiência produtiva e como principais representantes Aaron Director, Robert Bork e Richard Posner. Grosso modo, para esta escola, a eficiência é a habilidade de se produzir com baixos custos de forma a minimizar ao máximo os preços para o consumidor. A eficiência toma um papel tão importante dentro da Escola de Chicago que sobrepõe até mesmo a própria concorrência, sendo frequente que seus pensadores defendam a existência de monopólios ou restrições à concorrência quando em prol da eficiência, ou seja, nas situações em que o preço final ao consumidor se torne reduzido. A eficiência produtiva é sempre uma justificativa para a obtenção ou manutenção de posições dominantes. Entende o pensamento da Escola de Chicago que a distribuição dos benefícios auferidos pelo produtor ocorrerá de maneira equitativa entre os consumidores, estando, desta forma, a eficiência aliada ao bem-estar do consumidor<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica – Princípios e Fundamentos Jurídicos, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 15.

<sup>11</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Estruturas. 3ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2007.p.22 a 24

### **1.2.2. Escola de Harvard**

A Escola de Harvard, também conhecida como Escola Estruturalista de Harvard, tem como seus principais membros C. Keysen e D. Turner. Esta escola deu maior ênfase ao estudo da estrutura dos mercados individuais, sendo isso o fator que irá, predominantemente, determinar a performance da indústria. Defendeu-se no pensamento desta corrente que, ainda que diante da existência poucos agentes econômicos atuantes em um determinado setor, os custos de produção diminuiriam em virtude de uma atuação em concerto por parte destes agentes dentro de um ambiente de efetiva concorrência. Os pensadores de Harvard voltam sua atenção, portanto, à existência de condições estruturais para o exercício da concorrência, não se preocupando com a noção de eficiência assim como o fez a Escola de Chicago<sup>12</sup>.

Ao final dos anos 70 a Escola de Harvard desaparece aos poucos com a aceitação dos pressupostos da Escola de Chicago por parte de seus membros<sup>13</sup>.

### **1.2.3. Escola Ordo-Liberal de Friburgo**

Em virtude dos problemas econômicos que surgiram no decorrer da República de Weimar, surge na Alemanha, na década de 1930, a Escola Ordo-Liberal de Friburgo que veio culpar as concentrações de poder econômico em forma de monopólio e cartéis pelos fracassos do país no âmbito econômico. Os pensadores desta escola crêem ser a garantia da concorrência a base para o funcionamento de uma economia de mercado, cabendo ao direito criar as condições para haja autocoordenação e autocontrole. A Escola Ordo-Liberal se apresenta como grande opositora do pensamento neoclássico, fazendo críticas quanto aos pressupostos econômicos da definição de bem-estar do consumidor, que seriam meramente teóricos e de pouca possibilidade de concretização. Outra crítica fundamental feita pela escola aos neoclássicos se refere ao conceito de

---

<sup>12</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Conduas. 1ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21-22

<sup>13</sup> Calixto SALOMÃO FILHO afirma que severas críticas podem ser feitas aos pressupostos da Escola de Chicago, principalmente no tocante à análise jurídica que acaba por restringir a aplicabilidade prática de tais pressupostos. Ainda assim, para o autor, em relação à análise das estruturas não se pode negar a importância da Escola de Chicago. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Conduas. 1ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 23.

concorrência, não sendo aceito pelos ordo-liberais qualquer conceito pré-determinado tal qual o da eficiência adotado pela Escola de Chicago. Os alemães ordo-liberais não se ativeram simplesmente em realizar uma crítica ao pensamento neoclássico, indicaram também a sua concepção fundamental sobre a qual se firma o sistema concorrencial: por meio da transmissão de informações e da liberdade de escolha, o sistema de mercado permite a descoberta das melhores opções existentes e o comportamento mais racional a se adotar. Desta maneira, a possibilidade de escolha assume um valor em si mesmo e a proteção da concorrência não é vista apenas a partir da ótica do concorrente, mas também do consumidor<sup>14</sup>.

A Escola de Friburgo atém-se principalmente à garantia das condições de concorrência juntamente com a defesa aos interesses do consumidor, ao passo que em Chicago a preocupação maior é com a eficiência do mercado, pois por intermédio da eficiência seria possível a redistribuição dos ganhos de forma a satisfazer igualmente o interesse dos consumidores – conforme explanado no item 1.2.1. acima.

#### **1.2.4. Teorias comportamentais “pós-Chicago”**

Os embates travados entre as escolas de Chicago e Harvard perderam espaço na doutrina mais recente em virtude de uma mudança de foco, conforme afirma Calixto SALOMÃO FILHO:

“A verdadeira contestação recente a Chicago, que faz com que na doutrina econômica predominante (mesmo de origem liberal) a Escola Neoclássica seja considerada ultrapassada, parte da modificação no foco das atenções. As novas teorias econômicas baseadas em recentes desenvolvimentos dos métodos econométricos e dos métodos analíticos, passam a se interessar pelo comportamento de empresas individuais ou de setores ou subsetores industriais isolados. Desnecessário dizer que a consequência, no plano jurídico, é o deslocamento do controle das estruturas para o controle dos comportamentos. Isso não significa que o controle das estruturas esteja superado. Vivas estão, por exemplo – e é importante que estejam –, as polêmicas entre os defensores das ideias neoclássicas de Chicago e os defensores das ideias ordoliberais de Freiburg. A contestação jurídica às ideias econômicas de Chicago, mesmo tratando-se de estruturas, continua mais viva do que nunca. Significa, apenas, que é no campo do controle dos comportamentos que se situam, hoje

---

<sup>14</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Estruturas. 3ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 25-27

em dia, as polêmicas econômicas mais relevantes. Significa também, como já foi mencionado, que em muitos casos parece possível dar uma resposta comportamental a problemas estruturais.”.

Surgem, então, três principais teorias posteriormente à Escola de Chicago: a teoria dos mercados contestáveis, a teoria dos jogos e a teoria dos custos de transação<sup>15</sup>.

Explica Calixto SALMOÃO FILHO que a Teoria dos Mercados Contestáveis (*contestable markets*) parte de uma análise estrutural do mercado. Enquanto no pensamento clássico e neoclássico não existe uma tentativa de explicar endogenamente a natureza da estrutura industrial, na Teoria dos Mercados Contestáveis a estrutura é determinada endogenamente e simultaneamente com os preços, quantidade ofertada e outras decisões das empresas pelas quais ela é constituída. Não é imprescindível, para este posicionamento doutrinário, que o mercado funcione em proximidade à perfeição concorrencial. Em contrapartida, é necessário que se garanta o acesso ao mercado e que este seja um mercado perfeitamente contestável – vale dizer que caberá ao Estado coibir ao máximo possível a formação de barreiras à entrada e limites à saída, entendendo-se por mercado contestável aquele em que a entrada é livre e a saída não se configura em relevantes custos ao produtor. Esta teoria será de extrema valia para se justificar a eliminação de barreiras à entrada no mercado, como se verifica no inciso I do art. 20 da Lei 8.884/1994<sup>16</sup>.

### 1.3. Controle Estrutural e Comportamental

Há que se entender que tanto o mais rudimentar quanto o mais complexo dos agrupamentos sociais, envolto ou não sob a organização estatal, possui a necessidade de existência de um corpo mínimo de regras que promovam o devido controle das relações econômicas visando o funcionamento básico de uma economia de mercado. Este conjunto mínimo de regras, conforme magistério de

---

<sup>15</sup> A Teoria dos Custos de Transação e a Teoria dos Jogos serão oportunamente analisadas no item 1.5.2 e 1.5.3

<sup>16</sup> Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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



Calixto SALOMÃO FILHO é chamado pela doutrina de Constituição Econômica, mais precisamente Constituição Econômica em sentido material, devendo ser a expressão entendida como um indicativo mínimo de regulamentação para o funcionamento do sistema<sup>17</sup>.

Atualmente mostra-se insuficiente a visão do liberal clássico sobre o Estado como um ente que, com sua mão invisível, garantiria o funcionamento de todo o sistema. Segundo Marçal JUSTEN FILHO, a regulação busca interferir sobre o mercado de modo a alterar a evolução normal dos fatos, corrigindo deficiências do mercado e mostra-se necessária e legítima quando não existem no mercado condições satisfatórias de funcionamento<sup>18</sup>.

Segundo a lição de Calixto SALOMÃO FILHO, é imprescindível uma análise dúplice do sistema econômico por meio da perspectiva do direito concorrencial<sup>19</sup>:

“Em primeiro lugar é obviamente necessário estudar as regras aplicáveis a particulares ou ao Estado enquanto exerce a atividade econômica. Mas isso não é suficiente. Importa, também, analisar a relação entre os poderes estatais típicos (regulamentar e fiscalizatório) e o sistema concorrencial. Isso significa tentar determinar o correto inter-relacionamento entre dois setores: o setor regulamentado pelo Estado e aquele auto-regulamentado pelo mercado, onde o Estado deve, teoricamente, apenas assegurar o correto funcionamento do sistema e impedir abusos, através da aplicação da legislação concorrencial”

Defende ainda, o referido autor, que o estudo dos comportamentos ou condutas anticoncorrenciais deve ser aliado ao estudo do controle das estruturas, pois seria arriscado apontar qual dos subsistemas seria o mais importante para o direito concorrencial, devendo ser aplicados concomitantemente os dois

---

<sup>17</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Estruturas. 3ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 20.

<sup>18</sup> Marçal JUSTEN FILHO fala em uma “segunda onda regulatória” que assume outras propostas, pois o mercado, ainda que com um funcionamento perfeito, poderia conduzir à não realização de certos fins de interesse comum como os de natureza sociopolítica, defesa do meio-ambiente, tutela dos interesses de minorias, promoção de valores políticos, sociais e culturais, dentre outros fins que excedem a esfera meramente econômica. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 578-581

<sup>19</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Estruturas. 3ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21.

subsistemas – controle estrutural e controle comportamental – para atingir a eficácia na tutela da concorrência<sup>20</sup>.

O *Controle das Estruturas* está ligado à atuação preventiva dos órgãos de defesa da concorrência manifesto no art. 54 da Lei nº. 8.884/1994, ou seja, dos atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, devendo ser submetidos à apreciação do CADE.

O *Controle Comportamental*, ou controle das condutas, relaciona-se com a busca do legislador em coibir práticas que ensejem infrações à ordem econômica conforme delineado no art. 20 da Lei 8.884/1994<sup>21</sup>, produzindo o efeito de limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar o mercado relevante de bens e serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva a posição dominante conquistada no mercado. Os ilícitos são definidos por meio de fórmulas gerais no art. 20 da referida lei, ao passo que no art. 21 dá-se a concretização das fórmulas gerais descritas no artigo anterior<sup>22</sup>.

#### 1.4. Interesses protegidos

Verifica-se, em relação à apertada síntese acerca das escolas apresentadas, que os neoclássicos pretendiam atribuir um valor absoluto às premissas econômicas que teriam uma exatidão matemática, capaz de indicar corretamente o caminho que as regras jurídicas deveriam seguir, ao passo que as teorias “pós-Chicago” voltaram maior importância à necessidade de controle das condutas.

Figura como principal postulado da Escola de Chicago a noção de que devem ser retiradas do ordenamento aquelas regras jurídicas que impeçam ou dificultem transações privadas nas quais as vantagens dos beneficiados é maior do

---

<sup>20</sup> SALMOÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Condutas. 1ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2003. p.18

<sup>21</sup> Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

<sup>22</sup> SALMOÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Condutas. 1ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2003. p.18

que a perda dos prejudicados. Uma sociedade perfeita, dotada de eficiência, seria aquela em que a vantagem dos beneficiados é igual à perda dos onerados, uma sociedade que atingisse o chamado ótimo de Pareto<sup>23</sup>.

Para os neoclássicos de Chicago, em defesa da concorrência não podem ser colocadas barreiras à formação de economias de escala, pois estas seriam benéficas ao consumidor, uma vez que permitiriam a redução de custos e um aumento na eficiência. No entanto, não se pode considerar como verdadeira a assertiva de que a eficiência econômica irá simplesmente proporcionar a garantia do interesse dos consumidores inibindo a competição ineficiente. É imprescindível ter certeza de que os ganhos de eficiência serão repartidos com os consumidores e não apenas apreciados pelo monopolista.

O método mais eficaz de se proporcionar a garantia do interesse do consumidor é pela proteção do sistema concorrencial, uma vez que com a sua existência ou possibilidade de existência faz com que os agentes econômicos busquem aprimorar as suas técnicas de produtividade bem como implementar melhorias nos seus produtos e serviços.

Pode-se entender o processo concorrencial como um processo de escolha racional em que os interesses do consumidor e dos concorrentes não serão conflitantes entre si, mas reciprocamente instrumentais, conforme ensina SALMOMÃO FILHO<sup>24</sup>. Por outro lado, não se pode entender como função do direito concorrencial a proteção dos interesses isolados dos pequenos empresários, basta pensar nos setores da economia que necessitam de uma forte estrutura financeira e investimentos tecnológicos, como é o caso das telecomunicações, em que essa força econômica do agente pode significar o surgimento de um serviço de maior qualidade com um menor custo de produção.

Não pode o direito concorrencial, portanto, privilegiar certos agentes econômicos em detrimento de outros, ou certas estruturas econômicas em detrimento de outras sem qualquer critério. Conforme se constata na legislação

---

<sup>23</sup> O economista italiano Vilfredo Pareto desenvolveu o conceito de eficiência nas trocas, conceito que será abordado adiante neste trabalho. Em Pareto, a eficiência seria um estágio econômico em que é impossível a realocação dos fatores para proporcionar maior bem-estar de um determinado grupo sem que ocorra a diminuição do bem-estar de outro grupo. O chamado "ótimo de Pareto" consiste, portanto, na maior eficiência econômica possível quando da interação de agentes. GORGA, Érica Cristinha Rocha. *Considerações sobre o sistema de telefonia americano e o brasileiro sob a ótica do Direito Antitruste*. In: Revista de direito Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 119, ano XXXIX. São Paulo: Malheiros, Julho-Setembro, 2000. p.199.

<sup>24</sup> SALMOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit.. p. 37.

concorrencial brasileira, a intervenção estatal propriamente dita somente ocorre em casos de última necessidade, em situações de comportamentos reiteradamente abusivos ou que utilizem a eliminação de concorrentes como instrumento para a dominação do mercado.

No dizer de Luiz Fernando SCHUARTZ, a defesa da concorrência é um processo de geração e seleção de assimetrias entre os agentes econômicos<sup>25</sup>:

*Defender a concorrência, nestes termos, é garantir um nível de pressões competitivas sobre os agentes e seus mercados de atuação para que a função seletiva da concorrência possa dar-se de modo eficiente, ou seja, de modo a permitir que as assimetrias selecionadas sejam aquelas que são o resultado de esforços inovativos capazes de gerar progresso técnico e material e, desta forma, ser aproveitados no interior da coletividade.*

O fim último que a política da concorrência deve perseguir, segundo o autor citado, o bem comum de todos seguindo os critérios de justiça social, cabendo assim ao poder público zelar pela presença permanente de um nível satisfatório de tais pressões competitivas sobre os agentes e seus mercados de atuação, sendo a política da concorrência um dos meios mais eficazes para alcançar este fim.

Em suma, pode-se afirmar que os principais interesses protegidos pelas normas do direito concorrencial são três: os consumidores, os participantes do mercado, conforme explanado acima, e o interesse institucional da ordem concorrencial<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> SCHUARTZ, Luiz Fernando. O Direito da Concorrência e Seus Fundamentos: Racionalidade e Legitimidade na aplicação da Lei 8.884/94. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 117, ano XXXIX. São Paulo: Malheiros, janeiro-março de 2000.

<sup>26</sup> Sobre o interesse institucional da ordem econômica, Calixto SALOMÃO FILHO afirma que "(...) o interesse difuso ganha maior consistência e efetividade aplicativa com sua definição a partir do objeto. Na verdade, o novo conceito de interesse difuso elaborado põe em segundo plano a diferença entre os conceitos processualistas de interesses difusos e interesses coletivos. Segundo esta nova noção, pouco importa a relação jurídica entre os titulares do interesse ou sua relação com a parte contrária. Importa – isso, sim – a existência do interesse institucional – supradefinido – a ser protegido (...) Do ponto de vista do direito positivo não há dúvida de que a ordem concorrencial constitui um interesse institucional. Como já visto, o art. 88 da lei 8.884 inclui as infrações à ordem econômica entre os interesses protegidos pela ação civil pública. Além disso, previu que também as associações destinadas à proteção da ordem econômica e da livre concorrência poderão proteger os referidos interesses.". SALMOÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Condutas. 1ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2003 P.61-75.

### 1.5. Análise Econômica do Direito

Conhecido também como *Law and Economics*, o método da Análise Econômica do Direito – AED – tem como principal característica a aplicação da teoria econômica e seu método para a análise acerca do impacto e das estruturas das normas jurídicas, de acordo com RIBEIRO e GALSEKI JÚNIOR<sup>27</sup>. Por intermédio deste método a análise do Direito é reformulada, passando-se a centrar o seu estudo nos problemas relacionados à sua eficiência e ao custo dos instrumentos que serão utilizados para atingir os fins almejados pelo Direito. Os fenômenos jurídicos são analisados com o auxílio de métodos analíticos econômicos, concedendo explicações econômicas a fenômenos jurídicos.

O *Law and Economics* pretende uma aproximação entre juristas e economistas, buscando solucionar problemas jurídicos de falhas de mercado fundamentando-se em critérios econômicos. Tendo o método de aplicação defendida por doutrinadores dos mais diversos ramos do direito, busca-se aqui demonstrar as vantagens da utilização do método dentro do direito concorrencial.

PINHEIRO e SADDI<sup>28</sup> apresentam as três premissas básicas para a aplicação da Análise Econômica do Direito. Em *primeiro lugar*, é necessário reconhecer que o ser humano está disposto a desempenhar o melhor de seus esforços buscando obter o melhor para si mesmo, de maneira que o agente econômico, de modo geral, irá atuar de maneira racional para tomar decisões que maximizem os seus proveitos. Em *segundo lugar*, é preciso considerar que ao fazer as suas escolhas racionais para encontrar aquela que lhe será mais vantajosa, o agente econômico leva em consideração o sistema de preços colocados, avaliando a existência e/ou inexistência de sanções positivas ou negativas em resposta à sua conduta. Em *terceiro lugar*, é preciso considerar que as regras influem no comportamento racional dos indivíduos na medida em que são utilizadas como incentivos ou meio de inibir atitudes indesejadas.

---

27 RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JÚNIOR, Irineu. Teoria Geral dos Contratos: Contratos Empresariais e Análise Econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 53.

28 PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. Direito, Economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 88-89.

O Estado deverá agir no domínio econômico de forma verticalizada cada vez que o funcionamento do sistema se mostre ameaçado pelas falhas inerentes ao próprio mercado conforme entendimento de Paula A. FORGIONI<sup>29</sup>:

Na presença de falhas de mercado, justifica-se a intervenção com o escopo específico de supri-las ou de neutralizá-las. O objetivo da atuação estatal é, assim, claro e delimitado: eliminar [ou reduzir] essas falhas, para que se tenha como resultado o melhor grau de eficiência alocativa possível, ou seja, logre-se obter um ambiente econômico como se falhas não houvesse. Em outras palavras, a neutralização das falhas que se dá pela intervenção visa apenas a simular o funcionamento de um mercado concorrencial.

A AED se preocupa principalmente com os conceitos de *eficiência*, *custos de transação* e *falhas de mercado*. Tais conceitos se mostram cruciais para a compreensão do Direito Concorrencial e, por tal razão, passa-se neste momento a analisá-los de forma sumária, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto.

### 1.5.1. Eficiência

Eduardo Goulart PIMENTA e Stefano BOGLIONE afirmam que os estudiosos da Ciência Econômica, em sua grande maioria, dividem-na em Economia Positiva – aquela que busca apenas e tão somente explicar as instituições existentes – e Economia Normativa – que traz uma análise acerca das instituições e convenções e sobre como estas deverão se criar. Na AED verifica-se, em um primeiro momento, como representante desta vertente positiva, Adam Smith. Posteriormente a mesma é por Richard Posner, que tenta explicar o ordenamento jurídico de forma descritiva. Por outro lado, a escola *Normative Law and Economics*, tendo como principais representantes Bentham e Guido Calabresi, apresenta estudos por um viés deontológico<sup>30</sup>.

A Escola Normativa tem como base principal o conceito de eficiência lido pelos posicionamentos de Pareto e Kaldor Hicks. Para Vilfredo Pareto, os bens

---

<sup>29</sup> FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: Paranóia ou Mistificação? *In*: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>>. Acesso em 26 Mai 2010.

<sup>30</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart. BOGLIONE, Stefano. *In*: Revista de Direito Público da Economia, n.1, ano I, Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 59.

são transferidos de quem os valoriza menos para aqueles que os valoriza mais, no dizer de RIBEIRO e GALESKI JÚNIOR<sup>31</sup>:

As transações para Pareto deveriam ser realizadas enquanto se buscasse a melhor alocação dos recursos, ou seja, enquanto fosse possível melhorar a situação de uma das pessoas transacionantes sem prejudicar a condição de ninguém. As trocas seriam eficientes ao ponto em que não haveria nenhuma transação possível sem prejuízo de outrem: esta condição ficou conhecida como Ótimo de Pareto.

Não sendo encontrado o ponto de equilíbrio entre a oferta e a procura, alguma das partes estaria sempre em prejuízo, e somente quando não mais se puderem encontrar desvantagens entre as partes, será possível encontrar o equilíbrio, que é um estado máximo de satisfação que se pode atingir, segundo a ótica de Pareto.

O conceito do Ótimo de Pareto, conforme lecionam os autores supramencionados, peca por não gozar de grande aplicabilidade, tendo em vista que a maioria das transações econômicas produz efeitos sobre terceiros, sendo quase impossível afirmar que inexistam desvantagens com relação a estes sem a devida compensação, ainda que indiretamente<sup>32</sup>.

Em virtude desta insuficiência apresentada, a ideia de eficiência trazida por Kaldor-Hicks, também conhecida como eficiência potencial de Pareto, começou a ganhar espaço. Em Kaldor-Hicks, a coletividade sairá beneficiada de uma transação quando a redistribuição das riquezas ocorrida seja tal que não implique o desejo dos transacionantes de retornar ao *status quo*. A disputa pela alocação de recursos implicará vantagens aos vencedores que possibilitam a estes compensar as desvantagens obtidas pelos perdedores.

Para o *Law and Economics*, as decisões devem ser tomadas com base naquela que poderá causar o maior grau de bem-estar em relação não só às partes envolvidas, como também perante os terceiros que poderão ser afetados, buscando-se assim a melhor alocação possível<sup>33</sup>.

Especificamente ao tratar do tema do Poder Econômico, Calixto SALOMÃO FILHO aborda a divisão posta pelos neoclássicos entre *eficiência*

---

<sup>31</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI, Irineu Júnior. Op. cit. p.87.

<sup>32</sup> POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. México-D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000 *Apud* RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI, Irineu Júnior. Op. cit..

<sup>33</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI, Irineu Júnior. Op. Cit..

*alocativa e eficiência produtiva*<sup>34</sup>. A primeira se relaciona com a distribuição de recursos na sociedade que, como alerta o autor, não se confunde com a ideia de distribuição de renda, o que não é objeto do direito antitruste segundo os neoclássicos, consiste em determinar se os recursos são empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam<sup>35</sup>. A segunda, conhecida como eficiência produtiva, exprime o uso dos recursos pelas empresas para a produção de determinados bens, manifestando-se na curva dos custos de produção. Em suma, a *eficiência alocativa* está relacionada à demanda do produto, ao passo que a *eficiência produtiva* se refere aos custos de produção.

O Direito Antitruste deve focar sua atenção na proteção do consumidor, sem se preocupar somente com a proteção da maximização da riqueza social de uma maneira cega, desconsiderando o beneficiário final. Na Lei 8.884/1994 é clara a preocupação do legislador nacional com a eficiência, conforme verificamos no art. 20, §1º<sup>36</sup>.

Além deste papel desempenhado como excludente da tipificação do ato ilícito de abuso de poder econômico que venha a prejudicar a concorrência, vemos adiante, no mesmo dispositivo legal citado acima, no art. 54, § 1º, inc. I, alíneas “a”, “b” e “c”<sup>37</sup>, a eficiência como requisito essencial para aprovação e concentrações de empresas.

Mostra-se imprescindível a redistribuição dos ganhos auferidos pelos agentes econômicos transacionantes agasalhada pelo legislador pátrio no art. 54,

---

<sup>34</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Estruturas. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 20. pp. 198-199

<sup>35</sup> Em uma situação de monopólio, seria comum um aumento do preço do produto visando o aumento do lucro. Isso resultaria a queda do excedente de consumidores, pois muitos deixariam de consumir em virtude de seu elevado preço, diminuindo assim a utilidade do produto. Esta perda de utilidade que leva à diminuição do consumo é que se conhece por ineficiência alocativa, ou *dead-weight loss*. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Estruturas. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>36</sup> Art. 20, §1º da Lei 8.884/1994 “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito do inc. II”

<sup>37</sup> 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.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;  
 b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou  
 c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;



§1º, inc. II<sup>38</sup>, sem a qual não pode ser compreendido o conceito de eficiência, tal como bem observado por SALOMÃO FILHO<sup>39</sup>:

Não deixa de ser paradoxal para a teoria neoclássica que o único modo de garantir o cumprimento de seu postulado seja exatamente através da negação de sua premissa central, qual seja, a irrelevância da destinação dos ganhos de eficiência. Para assegurar a existência de um ganho líquido de eficiência é necessário, de alguma forma, garantir a sua repartição com o consumidor. Talvez seja mais correto, ainda, afirmar que é a repartição dos ganhos de eficiência com o consumidor o único indicador que permite comprovar a efetiva existência desses ganhos.

A legislação pátria antitruste traz o critério da eficiência como uma condição para a exclusão da ilicitude de uso do poder econômico. Este poder deverá ser exercido de maneira que traga benefícios ao mercado como um todo, garantindo a melhor alocação de recursos possível. Existindo esta alocação de recursos eficiente não há que se falar em ilicitude da utilização do poder econômico.

Não é necessário apenas que exista a eficiência, portanto, mas mostra-se imprescindível a efetiva repartição dos benefícios advindos da eficiência com os consumidores. Conclui ainda SALOMÃO FILHO que, para se certificar da existência de um ganho líquido de eficiência, mostra-se necessário ter certeza de sua repartição com o consumidor, de modo que se poderia afirmar ser esta redistribuição dos benefícios auferidos a prova da efetiva existência de tais ganhos<sup>40</sup>.

### 1.5.2. Teoria dos Custos de Transação

Para PIMENTA e BOGLIONE, embora não exista uma noção exata do que vêm a ser os Custos de Transação, referem-se ao conceito como sendo, em sentido estrito, o tempo e o esforço requisitados para levar a um bom fim uma transação e, em sentido lato, todos os gastos necessários para negociar e fazer valerem os acordos, incluindo os custos de formação necessários para formular uma estratégia de contratação, o tempo gasto no ato de comerciar e o custo na prevenção de eventuais incorreções dos atos das partes. A principal crítica desenvolvida por esta teoria se dirige ao pensamento neoclássico que considerava

<sup>38</sup> “(...) II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”

<sup>39</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Estruturas. Op. Cit.. pp. 204-206

<sup>40</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit.. pp. 206-207

ser o mercado um *locus* perfeito em que há estrito equilíbrio entre oferta e procura em meio aos agentes econômicos<sup>41</sup>.

COOTER e ULEN dividem os custos em três espécies: *Custos de Busca*, *Custos de Arranjo ou Acordo* e *Custos de Execução*<sup>42</sup>. Os Custos de Busca referem-se aos gastos despendidos pelo agente na busca pela transação econômica, ao procurar comprar ou vender um determinado produto ou serviço. Já os Custos de Arranjo ou de Acordo guardam relação com o que é gasto com a negociação em si, no que tange à formalização de instrumentos contratuais. Por fim, os Custos de Execução, cujo valor será maior se a execução se der por um maior lapso temporal – note-se que, ao conceder um termo ou condição, surgirão ainda mais custos relacionados ao monitoramento do cumprimento dessas obrigações, juntamente com a necessidade de se criarem sanções para reprimir possibilidades de inadimplemento<sup>43</sup>.

Esses custos são uma espécie de atrito que acaba por desgastar as engrenagens do mercado, aumentando assim os custos gerais. Cabe ao Estado, em meio a uma situação de exacerbados custos de transação entre as partes, intervir como que lubrificando estas engrenagens e proporcionando a redução destes custos para o funcionamento do sistema. Por esta razão, a Teoria dos Custos de Transação se mostra bastante útil para a AED, por apresentar conclusões importantes acerca da elaboração das normas antitruste, como normas que buscam influir no comportamento dos agentes econômicos para trazer maior eficiência ao mercado.

### 1.5.3. Teoria dos Jogos

Uma ferramenta de interessante utilidade que se pode aplicar ao direito concorrencial é a Teoria dos Jogos, uma das teorias econômicas de maior potencial transformador da teoria neoclássica, principalmente no tocante à matéria da análise das condutas, pois fornece um aparato para sua análise tanto com relação ao seu resultado quanto com relação à sua motivação. Tal teoria se fundamenta na ideia de

---

<sup>41</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart. BOGLIONE, Stefano. Op. Cit.. p. 67

<sup>42</sup> COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Derecho y Economía. México-D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998 *Apud* RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JÚNIOR, Irineu. Op. Cit.. pp. 105-107

<sup>43</sup> Entendido *Termo* como evento *futuro e certo* que ensejará o dever ao devedor de adimplir com a prestação firmada na relação jurídica, e como *Condição* evento *futuro e incerto* que implicará o mesmo dever.

que as atitudes dos indivíduos, quando interagem entre si com interesses em conflito, são formadas pela expectativa que um tem do comportamento do outro<sup>44</sup>.

Calixto SALOMÃO FILHO ensina que no amanhecer da teoria dos jogos houve uma divisão entre o viés matemático-econômico e o viés ético-valorativo dos comportamentos econômicos<sup>45</sup>. A segunda linha de raciocínio não se limita nem poderia ser abarcada pelo raciocínio formal matemático e foi praticamente abandonada a partir da formulação de John Nash dos jogos de estratégia individual, sendo colocada de lado a alusão à teoria dos jogos cooperativos proposta por Neumann e Morgenstern. O referido autor defende que atualmente o abandono da teoria dos jogos cooperativos aparenta ser equivocado, pois a teoria dos jogos formulada sob o pressuposto individualista leva à identificação do elemento cooperativo<sup>46</sup>:

Uma vez compreendido o postulado óbvio de que o agente primeiro adquire conhecimento, para só então orientar seu comportamento, é possível redirecionar as atenções. Ainda que não se admita uma motivação altruísta para o comportamento humano (o que, sem dúvida, em grande parte dos casos seria um pressuposto irreal), é necessário admitir que qualquer indivíduo racional direciona seu comportamento não por uma cega observância de um princípio individualista, mas por uma compreensão (adquirida) das formas de interação econômica. Se essa compreensão demonstra que a concorrência é ruinosa e destrutiva, esse indivíduo, provavelmente cooperará com seu concorrente. O “conhecimento” adquirido através de um comportamento individual leva inexoravelmente à adoção de uma estratégia coletiva.

Ao contrário do que seria natural ao pensamento da maioria dos juristas, ao adepto da Teoria dos Jogos o ordenamento jurídico não é o elemento que dita o comportamento dos agentes, mas assume aqui um papel secundário: o de elemento que apenas pode influir no comportamento do agente, tendo em vista que este poderá optar por cumprir ou descumprir as normas de acordo com o que se

---

<sup>44</sup> SALMOÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Condutas. 1ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 26.

<sup>45</sup> Calixto SALOMÃO FILHO assevera que: “O chamado *Nash equilibrium*, conceito em torno do qual se constrói toda a teoria dos jogos moderna, se dá quando um jogador adota a melhor estratégia em função da estratégia (esperada) do concorrente. Isso significa que a combinação de comportamentos será adotada pelos agentes econômicos (jogadores) é aquela em que nenhum jogador poderia obter melhor resultado adotando outra estratégia, tendo em vista o comportamento de outro jogador”. SALMOÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Condutas. 1ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 26-28

<sup>46</sup> SALMOÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Condutas. 1ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 27

mostrar a ele mais vantajoso. Assim sendo, a partir das possibilidades que a Lei traz, o agente poderá, dentro de seu livre discernimento, optar estrategicamente por observá-la ou não<sup>47</sup>.

Em suma, as partes buscarão sempre atingir o maior proveito possível nos jogos. Ainda assim, é perfeitamente aceitável que um jogador abandone este desejo de atingir o máximo de vantagem para que os participantes do jogo venham a obter ganhos de forma proporcional. Um jogador irá agir da mesma maneira quando tiver conhecimento a respeito da forma como o outro irá atuar no jogo. Isto leva à conclusão de que o equilíbrio se funda na informação e conhecimento que os jogadores possuem a respeito do comportamento de seus adversários.

Desta forma, podemos em determinadas situações utilizar a Teoria dos jogos como instrumento para auxílio na escolha de posturas mais eficientes por parte do Poder Público – tanto no que tange ao legislar, tanto no que concerne à atividade regulatória.

### 1.5.3. Falhas de Mercado

Em razão, muitas vezes, dos próprios elementos que o formam, o mercado possui certas falhas que acabam por obstar o seu bom funcionamento. Luiz Fernando SCHUARTZ ao tratar da dinamicidade do mercado, analisando o Direito Concorrencial afirma que<sup>48</sup>:

Schumpeter, seguindo Marx muito de perto, via o capitalismo como um sistema *essencialmente dinâmico*, isto é, um sistema econômico que está em constante movimentação por razões imanentes a suas propriedades fundamentais. Movimento, para Schumpeter, significa, em primeira instância, revolução de estruturas produtivas, e o caráter imanente do movimento decorre do fato de que é a própria necessidade de valorizar o seu capital que vem a forçar a empresa capitalista a inovar, isto é, introduzir novos produtos, criar novos processos de produção e novas formas de organização, transformando as estruturas produtivas num processo de “destruição criativa”.

---

<sup>47</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. GALESKI JÚNIOR, Irineu. Op. Cit.. p.

<sup>48</sup> SCHUARTZ, Luiz Fernando. O Direito da Concorrência e Seus Fundamentos: Racionalidade e Legitimidade na aplicação da Lei 8.884/94. *In*: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 117, ano XXXIX. São Paulo: Malheiros, janeiro-março de 2000.

As falhas, inerentes ao sistema, devem ser solucionadas para o bem da sobrevivência do sistema, portanto. Paula A. FORGIONI classifica tais falhas em quatro: i. Assimetria de Informações; ii. Existência de poder econômico por parte de determinados agentes; iii. Externalidades e iv. Bens públicos<sup>49</sup>.

Como explicitado anteriormente, John NASH deixou a lição com a Teoria dos Jogos de que quanto maior a informação maior será a eficiência dos ganhos obtidos pelos jogadores. Uma situação hipotética em que os jogadores tivessem o conhecimento e informação completos acerca da postura dos demais agentes seria chamada de “Equilíbrio de Nash”. Como afirmado acima, a teoria dos jogos serve de instrumento para AED, sendo, portanto, praticamente impossível, ou no mínimo bastante raro, encontrarmos uma ocasião no mercado em que todos os agentes econômicos envolvidos tivessem o pleno conhecimento a respeito dos outros participantes do jogo e de suas posturas. Essa previsibilidade máxima encontrada no hipotético Equilíbrio de Nash não pode ser verificada com facilidade no cotidiano. George A. AKERLOF dá o exemplo do proprietário que possui um veículo há muito tempo: somente o proprietário do veículo tem uma noção completa acerca do valor daquele veículo, diferentemente de outra pessoa que tenha visto o carro pela primeira vez na vida<sup>50</sup>. Mesmo assim, os veículos de boa e de má qualidade terão o mesmo valor no momento da negociação.

Deve-se, portanto, ter a noção de que informação completa a respeito de todos os jogadores e componentes deste jogo provavelmente nunca será atingida.

É em detrimento disto que o Estado deve interferir no jogo econômico, por exemplo, induzindo o fornecedor a prestar informações ao consumidor sobre os produtos que adquire balanceando, deste modo, a assimetria existente no mercado – note-se que por vezes o consumidor sequer tem condições de absorver informações, por demandarem alto conhecimento técnico, como no caso das Telecomunicações que será oportunamente analisado, cabendo ao Estado intervir

---

<sup>49</sup> FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: Paranóia ou Mistificação? *In*: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>>. Acesso em 26 Mai 2010.

<sup>50</sup> AKERLOF, George A. *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. *In*: WHAL, J. (Org.). *Economic Analysis of Contract Law, Antitrust Law and Safety Regulations*, New York: Garland Publishing, Inc., 1998. p. 489 *Apud* RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JÚNIOR, Irineu. Op. Cit.. p. 94.

por meio de mecanismos regulatórios para que a assimetria de informações, como falha inerente ao mercado, seja suprida.

O abuso do *Poder Econômico*, como já mencionado acima, há que ser reconhecido e reprimido pelo Estado quando se mostrar necessário, em virtude do seu abuso. Fábio NUSDEO estabelece as diferenças entre concorrência perfeita, imperfeita, monopólio e monopólio bilateral. Na *concorrência perfeita* temos a interação entre grande número de compradores e vendedores e nenhum possui maior influência sobre os demais, o preço é obtido pela interação entre os concorrentes e fixado no limite do custo marginal de produção – havendo a tentativa por parte de um vendedor de maximizar suas vantagens em detrimento de perda de outros agentes, ele será automaticamente excluído do mercado, uma vez que os consumidores possuem informação suficiente para perceber esta postura e buscar um vendedor que ofereça aquele produto com menos “ganância”. O modelo da *concorrência imperfeita* traz a ideia de um mercado também com inúmeros compradores e vendedores, mas neste mercado não existe homogeneidade de produtos ofertados, de forma que os concorrentes não possuem a mesma influência do primeiro exemplo para a fixação de preços. No regime do *oligopólio*, vê-se ainda a concentração dos produtos na mão de poucos concorrentes, que atuando em forma de cooperação poderão fixar os preços a seu bel-prazer. Situação em que o agente pode exercer posição ainda mais arbitrária é a do *monopólio*, pois o monopolista terá domínio sobre todos os produtos do mercado e poderá, naturalmente, agir de forma a impedir a entrada de concorrentes que venham a quebrar a sua posição no mercado. Diametralmente oposta à ideia de concorrência perfeita encontramos ainda o regime do *monopólio bilateral*, aqui se tem apenas um produtor e apenas um comprador<sup>51</sup>.

Como se pode constatar, a utilização do Poder Econômico possui forte vínculo com a estrutura do mercado, todas as relações que se derem neste mercado sofrerão influência do Poder Econômico e, uma vez que este poder seja exercido sem quaisquer limites, o aumento do bem-estar coletivo e a efetiva redistribuição dos ganhos auferidos nas transações de maneira eficiente entre os agentes econômicos estará altamente comprometida.

---

<sup>51</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de Economia – introdução ao Direito Econômico. 4ª Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 266-276.

Outro aspecto a ser considerado é o das externalidades, em suma, de impactos sobre terceiros que estão relacionados de forma mediada os efeitos da relação que se firma entre os agentes econômicos transacionantes. Sobre as externalidades, Paula A. FORGIONI assim as conceitua<sup>52</sup>:

Por vezes, terceiros são afetados pelas consequências de relação jurídico-econômica na qual não são partes. As externalidades podem ser tanto positivas quanto negativas. Por exemplo, a destruição do meio ambiente derivada do processo de industrialização deve ser entendida como uma externalidade negativa e o conhecimento gerado com o investimento em pesquisa e desenvolvimento como uma externalidade positiva

À guisa de conclusão a esta exposição inicial acerca do método, resta afirmar que a Análise Econômica do Direito não é de todo perfeita. Também não se utiliza aqui de um método imune a falhas e críticas. Não há aqui, com o uso da AED, a mesma intenção do personagem da literatura machadiana que com o seu Emplastro Brás Cubas pretendia encontrar uma cura para todos os males da humanidade. Não obstante, longe de ser uma panaceia, o método possui as suas peculiaridades e vantagens que foram demonstradas para justificar a sua escolha. Por fim, conclui-se compartilhando com o entendimento de Paula A. FORGIONI a respeito da AED<sup>53</sup>:

Em conclusão, o operador do direito, ao se deparar com a AED e com seus postulados, não pode ser movido nem pela paranóia nem pela mistificação: a relação entre o método jurídico e o método jus-econômico deve ser de complementaridade e não de substituição ou oposição. Na ausência da correta compreensão da AED, de duas, uma: ou será desprezado instrumental apto a dar concreção aos princípios de nosso ordenamento jurídico ou – o que é pior – a AED será tomada como remédio apto a solucionar todos os males, reduzindo o papel do direito à simples reafirmação e legitimação dos determinismos econômicos.

---

<sup>52</sup> FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: Paranóia ou Mistificação? *In*: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>>. Acesso em 26 Mai 2010.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

## 2. AS TELECOMUNICAÇÕES E O DIREITO CONCORRENCIAL

### 2.1. Monopólio Natural e Regulação

Para Calixto SALOMÃO FILHO os monopólios naturais são um marco para a grande parte das teorias intervencionistas, como exemplo de situação em que se mostra necessária a atuação do Estado na Economia<sup>54</sup>. O autor conceitua monopólio natural como uma situação encontrada em determinados setores nos quais a competição se mostra impossível em virtude de *aspectos físicos* ou *aspectos econômicos*, de maneira que tais casos não resultam da ação de agentes econômicos no sentido da criação de um monopólio propriamente dito, ou seja, de um oligopólio.

*As impossibilidades físicas* seriam hipóteses de existência de insumos únicos ou exclusivos ou de tecnologia exclusiva patenteadas. As causas que ensejam a *impossibilidade econômica* de desenvolver uma atividade sobre o regime comum da livre concorrência derivam da peculiaridade inerente ao ramo da indústria que implicariam uma competição ruinosa ou autodestrutiva. A prevalência dos custos fixos sobre os custos variáveis em determinada atividade econômica impossibilitaria ou tornaria extremamente inviável a entrada de novo competidor no mercado. Tal discrepância entre os custos fixos e os custos variáveis tende a provocar uma guerra de preços e um cenário de concorrência predatória que levará o mercado à existência de um único competidor ou a um reduzido número de competidores, consubstanciando-se assim um oligopólio natural. Esta redução de quantidade de agentes econômicos, por sua vez, traria consigo efeitos prejudiciais à coletividade, tais como o desemprego maciço ou o aumento de preços ao consumidor.

Mostra-se, portanto, necessária a regulamentação dos monopólios naturais por parte do Estado para garantir a proteção entre os agentes competidores contra a concorrência predatória assim como também para blindar o consumidor contra o emprego de preços abusivos pelos produtos e serviços fornecidos. Em outras palavras, a regulação cumprirá o seu papel na medida em que possibilite que os ganhos de eficiência com a existência do monopólio tragam o devido retorno ao

---

<sup>54</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. Op. cit. p. 222-224.



investidor e, simultaneamente, evite que os preços sejam fixados acima do que seria usual em um mercado competitivo.

## **2.2. Breve histórico acerca do Sistema de monopólio nas telecomunicações no Brasil**<sup>55</sup>

Foi bastante tradicional o entendimento de que nas telecomunicações seria mais viável a existência de apenas um agente econômico para que o setor pudesse ter seu funcionamento mais eficiente. Tal posicionamento se fundamenta nas peculiaridades encontradas no ramo das telecomunicações, inicialmente tomado com um monopólio natural em nosso país, onde a organização centralizada e com forte presença estatal surge como meio necessário para superar as adversidades encontradas.

No início da década de 1960, ainda sob o regime da Constituição Federal de 1946, era dado à União, Estados e Municípios o poder de exploração dos serviços de telecomunicações mediante a correspondente outorga. Havia à época cerca de 1.200 companhias telefônicas no Brasil sendo a grande maioria de pequeno porte, sem que houvesse qualquer coordenação entre tais empresas, sem a existência de um compromisso com diretrizes comuns de desenvolvimento e integração dos sistemas, o que se configurava em um óbice ao desempenho do setor. Os serviços telefônicos concentravam-se na região centro-leste do país, onde mais de 60% dos terminais eram explorados pela Companhia Telefônica Brasileira, cujo capital era canadense. Os serviços de telefonia interurbana eram bastante precários e as comunicações telegráficas internacionais eram exploradas por empresas estrangeiras<sup>56</sup>.

Alexandre Ditzel FARACO, em igual sentido, afirma que o setor das telecomunicações foi marcado por um crescimento tímido e desorganizado até a década de sessenta, quando se iniciou o Sistema Telebrás em nosso país na

---

<sup>55</sup> Os dados e informações apresentados neste tópico foram obtidos na Exposição de Motivos nº. 231 de 10 de Dezembro de 1996 do Ministério das Comunicações que encaminhou o projeto da Lei nº. 9472/1997 – Lei Geral das Telecomunicações.

<sup>56</sup> Tais dados constam na Exposição de Motivos nº. 231 de 10 de Dezembro de 1996 do Ministério das Comunicações que encaminhou o projeto da Lei nº. 9472/1997 – Lei Geral das Telecomunicações.

tentativa de organizar e incrementar a malha de telecomunicações que até então tinha raízes na iniciativa privada<sup>57</sup>.

Através da Lei 4.117 de 1962, também conhecida como Código Brasileiro das Telecomunicações, a União Federal foi autorizada a criar uma empresa à qual caberia a exploração dos serviços do Sistema Nacional de Telecomunicações<sup>58</sup>.

Em razão da precariedade dos serviços de telefonia prestados, a União Federal adquire em 1968 a Companhia Telefônica Brasileira com o propósito de unificar toda a rede nacional visando integrar a malha nacional e diminuindo a diversidade dos equipamentos utilizados para que o serviço fosse prestado com um preço menor e com maior coordenação.

A partir da CF de 1967 concentra-se na União Federal a competência para outorgar concessões no setor das telecomunicações<sup>59</sup>. Por intermédio da Lei 5.792 de 1972, a Embratel é autorizada a se tornar uma empresa de economia mista, passando assim a ser subsidiária da Telebrás, com base na regulamentação do Decreto 80.913/72. Posteriormente, após fusões e aquisições grande parte das operadoras de telecomunicações do país, foram centralizadas sob o controle da Telebrás e, por meio do Decreto 74.379/74, a empresa passou a ser a concessionária geral para a exploração do serviço público das telecomunicações,

---

<sup>57</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. Op. cit.. p. 33-37

<sup>58</sup> O Código Brasileiro das Telecomunicações tinha como principais objetivos: i) criação do Sistema Nacional de Telecomunicações, visando assegurar a prestação, de forma integrada, de todos os serviços de telecomunicações; ii) colocação, sob jurisdição da União, dos serviços de telégrafos, radiocomunicações e telefonia interestadual; iii) instituição do CONTEL - Conselho Nacional de Telecomunicações, tendo o DENTEL - Departamento Nacional de Telecomunicações como sua secretaria-executiva; iv) atribuição ao CONTEL de poder para aprovar as especificações das redes telefônicas, bem como o de estabelecer critérios para a fixação de tarifas em todo o território nacional; v) atribuição à União da competência para explorar diretamente os troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações; vi) autorização para o Poder Executivo constituir empresa pública para explorar industrialmente os troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações (essa empresa viria a ser a EMBRATEL); vii) instituição do FNT - Fundo Nacional de Telecomunicações, constituído basicamente de recursos provenientes da aplicação de uma sobretarifa de até 30% sobre as tarifas dos serviços públicos de telecomunicações, destinado a financiar as atividades da EMBRATEL e vii) definição do relacionamento entre poder concedente e concessionário no campo da radiodifusão. *Fonte:* Exposição de Motivos nº. 231 de 10 de Dezembro de 1996 do Ministério das Comunicações que encaminhou o projeto da Lei nº. 9472/1997 – Lei Geral das Telecomunicações.

<sup>59</sup> O art. 8º, inc. XV, alínea “a” da Constituição Federal de 1967 tinha a seguinte redação:

“Art 8º - Compete à União (...)

XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:

a) os serviços de telecomunicações”

abrangendo a telefonia local e interestadual, ao passo que a Embratel passa a operar a rede básica ligando os grandes centros urbanos.

As mudanças trazidas pelo Código Brasileiro das telecomunicações conquistaram uma notável melhoria nos serviços interurbanos e internacionais. Porém, o serviço local ainda não havia alcançado esta mudança positiva, motivo pelo qual a Telebrás é criada por meio da Lei 5.792 de 1972, com o intuito de planejar e coordenar o setor das telecomunicações de modo a obter recursos financeiros necessários para a implantação de sistemas e serviços de telecomunicações e controlar a aplicação destes recursos por meio da participação acionária nas sociedades empresariais encarregadas da aplicação de tais recursos. Sob as asas do Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico, além de autorizar a criação da Telebrás, a referida lei coloca à disposição da estatal os recursos do Fundo Nacional de Telecomunicações e autoriza a transformação da Embratel em uma sociedade de economia mista, passando a ser subsidiária da Telebrás que, por sua vez, vinculava-se legalmente ao Ministério das Telecomunicações.

Ainda em 1977, foi implantado o Centro de Pesquisas e Desenvolvimento (CPqD) cuja atuação consistia no desenvolvimento de novas tecnologias que seriam repassadas às companhias telefônicas adquiridas pelo Governo. Todo o setor das telecomunicações possuía um sistema de autofinanciamento no qual o usuário dos serviços telefônicos adquiria compulsoriamente ações da Telebrás que, aliados à centralização do governo, propiciaram grandes avanços ao setor ao fim da década de 1970<sup>60</sup>.

Foi somente através deste modelo centralizado que a infraestrutura e organização do setor das telecomunicações começa a tomar corpo em nosso país que, até então, padecia com um setor bastante heterogêneo e pouco regulamentado.

### **2.3 A ascensão do sistema de concorrência nas telecomunicações**

Um fator negativo apresentado pelo sistema de monopólio, levantado por Alexandre Ditzel FARACO, é o afastamento dos incentivos à inovação de

---

<sup>60</sup> GORGA, Érica Cristinha Rocha. *Considerações sobre o sistema de telefonia americano e o brasileiro sob a ótica do Direito Antitruste*. In: Revista de direito Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 119, ano XXXIX. São Paulo: Malheiros, Julho-Setembro, 2000. p.214.

tecnologia e otimização dos serviços decorrentes da existência de concorrência, uma vez que esta proporciona o aumento da eficiência no setor com a simultânea oferta de melhores serviços e redução de preços ao consumidor final<sup>61</sup>.

Diversos outros motivos podem ser apontados como vitais para a ruptura do modelo do monopólio estatal adotado pelo Brasil que, embora tenha trazido avanço ao setor em um primeiro momento, não gozara de igual sucesso no longo prazo. Dentre esses motivos, pode-se destacar a crise financeira e a descapitalização, que implicaram a incapacidade de manutenção dos investimentos nas telecomunicações, somada ao abandono do CPqD e do ideal de desenvolvimento tecnológico<sup>62</sup>.

Com o processo de redemocratização na década de 80, nosso país encontrava-se em uma crise de amplas dimensões que se mostrava clara a partir da ameaça da hiperinflação, forte endividamento externo, recessão e desemprego somado à derrocada do regime autoritário de governo e consolidação de uma nova ordem democrática. Os parâmetros ideológicos do modelo fortemente intervencionista de governo que até então havia se instalado começa a se demonstrar insuficiente e, juntamente com a institucionalização da democracia, a nova agenda política tinha em sua pauta a estabilização econômica e revitalização do mercado<sup>63</sup>.

Em virtude da crise econômica e fiscal presenciada em nosso país, houve a implantação de uma política tarifária deficitária utilizada como meio de controle da inflação<sup>64</sup>. No entanto, essa postura tarifária adotada mostrava-se

---

<sup>61</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit.. p.37.

<sup>62</sup> GORGA, Érica Cristinha Rocha. Op. cit.. p. 215.

<sup>63</sup> DINIZ, Eli. Crise, Reforma do Estado e Governabilidade. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997. p.41 e 42.

<sup>64</sup> Sobre o assunto, observa Luiz Carlos Bresser Pereira: "A Grande Crise Econômica dos Anos 80 reduziu a taxa de crescimento dos países centrais à metade do que foram nos vinte anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, levou os países em desenvolvimento a terem sua renda por habitante estagnada por 15 anos, e implicou no colapso dos regimes estatistas do bloco soviético. Quando dizemos que esta Grande Crise teve como causa fundamental a crise do Estado – uma crise fiscal do Estado, uma crise do modo de intervenção do Estado – está pressuposto que o Estado, além de garantir a ordem interna, a estabilidade da moeda e o funcionamento dos mercados, tem um papel fundamental de coordenação econômica. Ou, em outras palavras, está implícito que a coordenação do sistema econômico no capitalismo contemporâneo é, de fato, realizada não apenas pelo mercado, como quer o neoliberalismo conservador, mas também pelo Estado: o primeiro coordena a economia através de trocas, o segundo através de transferências para os setores que o mercado não logra remunerar adequadamente segundo o julgamento político da sociedade. Assim, quando há uma crise importante no sistema, sua origem deverá ser encontrada ou no mercado ou no Estado. A grande depressão dos anos 30 decorreu do mau funcionamento do mercado, a grande crise dos anos 80, do colapso do Estado Social do século vinte." (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A

extremamente contraditória: ao mesmo tempo em que um usuário que já possuía uma linha telefônica gozava de baixos preços, o valor de uma nova linha telefônica era bastante elevado, o que obstava o acesso de novos usuários e prejudicava todo o sistema, pautado no autofinanciamento<sup>65</sup>.

Quando da privatização do Sistema Telebrás no Brasil, a rede telefônica no país atendia mais de 20 mil localidades. Ainda assim, estimava-se que havia uma demanda não atendida individualmente que variava em entre 18 e 25 milhões de potenciais usuários, considerando que a condição de acesso ao serviço fosse substituída por uma taxa de baixo valor<sup>66</sup>.

Outro fator importante do insucesso do sistema Telebrás no longo prazo foram as restrições à gestão empresarial impostas às empresas estatais que acabaram equiparando-se à Administração Pública e revelando uma incompatibilidade para com as necessidades do setor das telecomunicações. As companhias telefônicas receberam mecanismos de controle que as engessavam, além de serem bastante ineficazes dentro de um ambiente empresarial competitivo. São exemplos destes mecanismos inerentes à Administração Pública que prejudicaram a continuidade do desenvolvimento das companhias telefônicas a exigência de processos licitatórios extremamente burocratizados e formalistas para as contratações de bens e serviços assim como também a gestão de recursos humanos quanto à exigência de concurso público para admissão e progressão interna. Ademais, não era possível constituir empresas estatais subsidiárias sem a prévia autorização legislativa. Houve ainda um aumento de custos operacionais em virtude da instituição de diversos órgãos internos e externos de fiscalização que, nem sempre, mostravam-se realmente eficientes ou necessários<sup>67</sup>.

Esta incapacidade de manutenção do nível de investimento em longo prazo por parte das companhias telefônicas sob o controle acionário estatal fez com que a taxa de crescimento da malha das telecomunicações fosse instável e insuficiente para atender à demanda da população.

---

reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 1997 p.9-10).

<sup>65</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit.. p. 41-42.

<sup>66</sup> Os dados constam da Exposição de Motivos de n.º 231 de 10 de Dezembro de 1996 que encaminhou o projeto da atual Lei Geral das Telecomunicações. Fonte: <[www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)>. Acesso em 20 de Setembro de 2010.

<sup>67</sup> Exposição de Motivos n.º. 231 de 10 de Dezembro de 1996 do Ministério das Comunicações que encaminhou o projeto da Lei n.º. 9472/1997 – Lei Geral das Telecomunicações.

Após a Emenda Constitucional nº. 08 de 1995, o setor das telecomunicações sofre grandes mudanças no Brasil, não sendo mais necessário que as atividades econômicas no setor sejam praticadas apenas pelo Estado ou por empresas cujo controle societário a ele pertença<sup>68</sup>. A Constituição deixa de ter em sua redação o termo “serviços públicos de telecomunicações” que vigorava até então<sup>69</sup>.

De toda forma, fica mantido ao Estado o poder de autorizar a prestação do serviço, muito embora já não seja mais aceita apenas a prestação do serviço realizada diretamente pelo Poder Público, cabendo ao legislador ordinário optar pela prestação do serviço por intermédio de concessão, autorização e permissão, nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 175 da CF de 1988<sup>70</sup>.

O regime de prestação do serviço público de telefonia será público ou privado conforme dispõe o art. 63 da Lei 9.472 de 1997, sendo possível à Anatel impor condicionamentos administrativos, sejam tais condicionamentos limites, encargos ou sujeições. Esta possibilidade de a Agência impor tais condicionamentos não se consubstanciaria em uma violação constitucional, pois, em se tratando de Telecomunicações, refere-se a uma atividade econômica cuja titularidade pertence ao Estado, cabendo aos entes privados aceitar a fixação de uma disciplina mais estrita.

O regime público pelo qual se dá a prestação do Serviço de Telecomunicações possui formas típicas de Serviço Público, devendo o prestador do serviço atender aos requisitos de Universalidade e Continuidade<sup>71</sup>. A Lei 9.472 de

---

<sup>68</sup> Passa então, o art. 21, inc. XI, alínea “a” da CF de 1988 a ter a seguinte redação: “Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;”

<sup>69</sup> Assim era a antiga redação do inciso XI da CF de 1988: “XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União”

<sup>70</sup> Art. 175 da CF de 1988: “Art. 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”

<sup>71</sup> Marçal Justen Filho ensina que existem determinados princípios fundamentais que norteiam o Serviço Público. Dentre outros princípios encontram-se o Princípio da Continuidade e o Princípio da Universalidade destacados pela Lei 9.472/1997. Para o autor, a continuidade “significa que a atividade de serviço público deverá desenvolver-se regularmente, sem interrupções. Dela derivam inúmeras consequências jurídicas, entre as quais a impossibilidade de suspensão dos serviços por

1997 consigna em seu art. 64 que o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) – conceituado pelo Decreto nº 6.654 de 2008 como um serviço voltado para o uso público que, por meio da transmissão de voz e outros sinais é destinado à comunicação entre dois pontos fixos determinados utilizando-se de processos de telefonia – deverá ser destinado ao uso público em geral<sup>72</sup>.

A respeito da exploração das Telecomunicações sob o regime público, observa Alexandre Dietzel FARACO que<sup>73</sup>:

Mesmo em relação aos serviços prestados em caráter público, a Lei Geral de Telecomunicações almeja criar um sistema onde haja concorrência envolvendo os concessionários ou permissionários. Assim, a perspectiva de imposição de um regime de serviço público para alguns operadores não afasta a circunstância de que se pretende, para o setor como um todo, criar um ambiente concorrencial que abranja inclusive aqueles agentes que atuam no âmbito público (...) Quando esses [os novos modelos de organização setorial] incorporam certas formas tradicionais de atuação estatal sobre o setor, fazem-no a partir de uma perspectiva diversa, a qual está relacionada aos fundamentos subjacentes à mudança do paradigma de disciplina normativa da respectiva atividade econômica.

Busca-se, portanto, a criação de um ambiente concorrencial, ainda que o serviço seja prestado sob a forma de regime público.

A Emenda Constitucional de nº. 08/1995 foi editada com o intuito de promover a reestruturação do setor a partir da ruptura como modelo monopolista adotado no setor e adoção de um regime concorrencial. Dando sequência a esse processo, após a entrada em vigor da referida Emenda Constitucional, publicou-se a Lei nº. 9.295 de 19 de julho de 1996 que teve por fim iniciar a abertura de alguns segmentos do setor para exploração por parte da iniciativa privada. As operadoras antes permissionárias do Serviço Móvel Celular foram levadas a constituírem empresas específicas voltadas para a exploração do serviço, sendo as permissões

---

parte da Administração ou do delegatário e a responsabilização civil do prestador do serviço em caso de falha. A continuidade do serviço público também justifica a utilização do poder estatal para assegurar a supressão de obstáculos a tanto ou para produzir medidas necessárias a manter a atividade em funcionamento.” Para o administrativista, a Universalidade significa que “o Serviço Público deve ser prestado em benefício de todos os sujeitos que se encontrem em situação equivalente, de modo indeterminado.” JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 609.

<sup>72</sup> Art. 64. Comportar-se prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

<sup>73</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit..p. 131.

transformadas em concessões pelo art. 4º da Lei nº. 9.295 de 1996<sup>74</sup>. Com esta lei, o Serviço Móvel Celular passou também a ser explorado pelo Sistema Telebrás que posteriormente foi privatizado juntamente com as operadoras regionais.

A Lei Geral das Telecomunicações, no entanto, revogou grande parte da Lei 9.295 de 1996 e concedeu ao Poder Executivo o condão de iniciar o processo de liberalização e privatização do setor, conforme se depreende da leitura do art. 187<sup>75</sup>. O Serviço Telefônico Fixo Comutado foi classificado pela lei como serviço a ser prestado em regime público, ao passo que os demais serviços devem ser prestados sob o regime privado.

Ainda assim, no Decreto nº. 2.534 de 2 de Abril de 1998, Plano Geral de Outorgas vigente à época, foi estabelecido um cronograma para que paulatinamente o mercado fosse reaberto.

De maneira semelhante com o ocorrido com a telefonia móvel, no que tange ao Serviço Telefônico Fixo Comutado foi fixado um regime temporário de concorrência entre um determinado número de agentes econômicos. Este regime temporário perdurou até o dia 31 de dezembro de 2001, data a partir da qual passou a inexistir qualquer impedimento à quantia de prestadoras do STFC, de forma que as operadoras já atuantes no setor sob o regime de monopólio continuariam a prestar o serviço sob o regime público, ao passo que as novas empresas que ingressassem no mercado passariam a explorar economicamente o serviço sob o regime de monopólio<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Art. 4º O Poder Executivo transformará em concessões de Serviço Móvel Celular as permissões do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Público-Restrito outorgadas anteriormente à vigência desta Lei, em condições similares as dos demais contratos de concessão de Serviço Móvel Celular, respeitados os respectivos prazos remanescentes.

Parágrafo único. As entidades que, de acordo com o disposto neste artigo, se tornem concessionárias do Serviço Móvel Celular deverão constituir, isoladamente ou em associação, no prazo de até vinte e quatro meses, a contar da vigência desta Lei, empresas que as sucederão na exploração do Serviço.

<sup>75</sup> Art. 187. Fica o Poder Executivo autorizado a promover a reestruturação e a desestatização das seguintes empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, e supervisionadas pelo Ministério das Comunicações (...)

Parágrafo único. Incluem-se na autorização a que se refere o caput as empresas subsidiárias exploradoras do serviço móvel celular, constituídas nos termos do art. 5º da Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996.

<sup>76</sup> A redação do art. 10º do Decreto 6.654 de 1998 estabeleceu que deixaria de existir qualquer limite ao número de prestadores de STFC:

“Art 10. A partir de 31 de dezembro de 2001, deixará de existir qualquer limite ao número de prestadores do serviço a que se refere o art. 1º, ressalvado o disposto nos arts. 68 e 136 da Lei nº 9.472, de 1997.

§ 1º A prestação do serviço, a que se refere o art. 1º, objeto de novas autorizações, por titular de autorização conferida em atendimento ao art. 9º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2002 ou, antes disso, a partir de 31 de



Através do Decreto 2.546 de 14 de Abril de 1998 foram lançadas as diretrizes para a reestruturação e privatização e liberalização do Sistema Telebrás<sup>77</sup>. A desestatização da Telebrás ocorreu com a cisão desta em doze empresas que passaram a atuar como *holdings* controladoras das operadoras de telefonia. Nos termos do art. 5º do Decreto 2.546 de 1998, a desestatização aconteceu por intermédio da alienação onerosa das ações que eram de propriedade da União Federal, havendo apenas alguns óbices relacionados à aquisição destas ações: o Decreto proibiu a aquisição, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, do controle acionário direto ou indireto, de participação maior ou igual a vinte por cento do capital das ações com direito a voto de mais de uma das seguintes empresas enumeradas nos incisos de I a IV do art. 7º: I. das quatro empresas prestadoras do STFC então existentes no país; II. de mais de mais de uma das operadoras de telefonia móvel atuantes nas regiões 1 a 6 da Banda A; III. de mais de uma das operadoras de telefonia móvel atuantes nas regiões de 7 a 10; e IV. de qualquer das operadoras de telefonia móvel atuante em base territorial que já detenha, direta ou indiretamente, concessão para exploração do Serviço Móvel Celular.

#### **2.4 O conceito elástico de Mercado Relevante e a peculiaridade do Setor de Telecomunicações**

Para Calixto SALOMÃO FILHO, definir o que vem a ser o mercado, tanto o dos produtos quanto o geográfico é “verificar (a partir da análise dos dados

---

dezembro de 2001, se a autorizada houver cumprido integralmente as obrigações de expansão e atendimento que, segundo o compromisso assumido em decorrência da licitação, deveria cumprir até 31 de dezembro de 2002.

§ 2º A prestação de serviços de telecomunicações em geral, objeto de novas autorizações, por titular de concessão de que trata o art. 6º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se todas as concessionárias da sua Região houverem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003.

<sup>77</sup> Alexandre Dietzel FARACO, ao tratar do processo de abertura do Setor das Telecomunicações, utiliza-se de uma delimitação conceitual acerca dos termos *privatização*, *desregulação* e *liberalização*. A *Privatização* seria a passagem da propriedade ou atribuições exercidas pelo Estado a um ente privado. Por outro lado, a *Desregulação* é o termo utilizado para indicar um processo de supressão de normas com o escopo de ampliar a liberdade dos agentes econômicos, ressaltando-se que inexistente a eliminação total de normas, mas apenas a substituição de determinadas normas por outras. É em razão dessa impossibilidade de eliminação total das normas que, para o autor, seria mais adequado o uso do termo *Liberalização* em detrimento da expressão *desregulação*, pois o termo mais adequado indicado pelo autor não sugere uma supressão de normas incidentes sobre determinadas relações econômicas. FARACO, Alexandre Dietzel. *Regulação e Direito Concorrencial – As Telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.p.79-81.

existentes a respeito de aumentos de preços pretéritos) se é possível concluir que o consumidor substituirá o produto 'X' por um concorrente próximo (substituição de demanda) ou se novos produtores entrarão no mercado, passando a fabricar o produto 'X'”<sup>78</sup>.

Na legislação brasileira, surge pela primeira vez a expressão “mercado relevante” no §2º do art. 20 da Lei 8.884/1994<sup>79</sup>. Segundo a definição de Paula A. FORGIONI, mercado relevante é “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”<sup>80</sup>. Não há como definir de forma exata, portanto, qual o conceito de mercado relevante e nem foi este o intuito do legislador ao se utilizar desta expressão. Inexistiria qualquer sentido em se buscar uma tipificação estrita a respeito do mercado relevante, pois se trata de um conceito elástico, sendo apenas possível delimitar o mercado relevante de um produto ou serviço através de determinados pressupostos metodológicos que fornecerão indicativos a respeito do assunto, sendo necessária a identificação das relações de concorrência de que participa o agente econômico e análise do mercado geográfico<sup>81</sup>.

O mercado relevante geográfico, para a autora mencionada acima, é o local físico onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada restritiva, de maneira que se mostra essencial para sua determinação localizar não apenas o agente econômico, mas verificar a natureza do produto ou serviço sob análise. Em consoante entendimento com esta importantíssima observação, tratando especificamente do Setor das Telecomunicações, Alexandre D. FARACO alerta que<sup>82</sup>:

No âmbito geográfico, a delimitação do mercado no setor de telecomunicações apresenta particularidades em razão da prestação dos serviços ocorrer a partir de uma rede. Note-se que o próprio objeto desses é caracterizado pelo transporte de informação de um lugar a outro por meio da rede. Isso significa que o mercado geográfico não tem como ser adequadamente definido a partir da verificação do espaço no qual a informação

---

<sup>78</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Estruturas. Op. Cit.. p. 108-109.

<sup>79</sup> Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:(...)

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

<sup>80</sup> FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.231.

<sup>81</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p.231.

<sup>82</sup>FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit. p. 325.

é transmitida. É errôneo, no caso da telefonia por exemplo, falar em mercados geográficos locais de longa distância nacional e internacional. Esses aspectos dizem respeito ao caráter do serviço que está sendo prestado. Integram, portanto, a definição do mercado sob o ângulo do produto.

FARACO segue exemplificando a situação de um telefonema feito entre o Brasil e os Estados Unidos, caso em que a dimensão espacial abrangida entre os dois países não se confunde com o mercado geográfico, pois somente o serviço prestado é internacional, não o mercado. Na telefonia, apesar da distância é possível a identificação do mercado relevante distinguindo-se uma determinada região atendida por uma operadora de outra região onde esta não é atuante, devendo-se considerar a que consumidores estará disponível o acesso ao serviço prestado. O autor destaca, ainda, as situações nas quais se encontram barreiras naturais associadas ao serviço prestado, como é o caso do Serviço Móvel Pessoal em nosso país cuja quantidade de autorizações é restrita, o que acaba por interferir nos limites do mercado geográfico<sup>83</sup>.

Em razão dessas peculiaridades apresentadas pelo setor das telecomunicações, o ordenamento jurídico pátrio fornece tratamento distinto acerca das competências para análise de atos que envolvam possibilidade de abuso do poder econômico<sup>84</sup>. A Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 19, inciso XIX, consignou à Anatel a competência para instrução de operações envolvendo serviços de telecomunicações<sup>85</sup>. Ainda assim, é de competência do CADE analisar e instruir atos de concentração econômica praticados entre empresas de telecomunicações que envolvam a prestação dos chamados *serviços de valor adicionado* – serviços que não se confundem com os de telecomunicações, mas que consistem no

---

<sup>83</sup> O Serviço Móvel Pessoal é condicionado a tal óbice em virtude da limitação do espectro de radiofrequência disponível, além de as autorizações não serem concedidas em âmbito nacional, mas para cada uma das três regiões que o país foi subdividido conforme o anexo I das Diretrizes para Implementação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) aprovadas pela Resolução nº. 235 de 2000 da Anatel. FARACO, Alexandre Ditzel. Op. cit.. p.326-327.

<sup>84</sup> O tema da competência é analisado em ABREU, André Melo de et al. Intervenção do Estado no Domínio Econômico: Temas Atuais. Coordenação Ivo Teixeira Gico Júnior, Antônio de Moura Borges. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 75-117.

<sup>85</sup> “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...)  
XIX - 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”

acréscimo de novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações<sup>86</sup>.

### 3. A OPERAÇÃO ECONÔMICA

#### 3.1. Operação de Compra da Brasil Telecom pela Oi<sup>87</sup>

Realizadas as considerações iniciais acerca do Direito Concorrencial e das peculiaridades de tratamento e aplicação da matéria dentro do setor das telecomunicações, passa-se a examinar a aplicação dos conceitos explanados a em análise da operação de aquisição do controle acionário da Brasil Telecom por parte da Oi.

Conhecida popularmente pela marca “Oi”, a pessoa jurídica Telemar Norte Leste S.A. (Telemar) é controlada pela sociedade e Tele Norte Leste Participações S.A (TNL) e esta, por sua vez, é controlada pela sociedade Telemar Participações S.A.<sup>88</sup>.

A Telemar Participações S.A. tem a seguinte composição de seu capital social, atualmente<sup>89</sup>: 19,32% pertencem à Andrade Gutierrez Telecom S.A., 19,32% pertencem à La Fonte Telecom S.A., 11,49% pertencem à Fundação Atlântico de Seguridade Social<sup>90</sup>, 31,38% pertencem ao BNDES Participações

<sup>86</sup> Os serviços de valor adicionado são legalmente conceituados pelo art. 61, da Lei Geral de Telecomunicações como : “atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.”

<sup>87</sup> Informações retiradas do Procedimento Administrativo de Anuência Prévia junto à Anatel de nº. 53500.030759/2008. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/>>. Acesso em 26/06/2010.

<sup>88</sup> Todas as informações obtidas a respeito da composição acionária das referidas sociedades encontram-se disponíveis no sítio eletrônico: <[http://www.mzweb.com.br/oi/web/conteudo\\_pt.asp?idioma=0&conta=28&tipo=27900](http://www.mzweb.com.br/oi/web/conteudo_pt.asp?idioma=0&conta=28&tipo=27900)>. Acesso em 23/08/2010.

<sup>89</sup> Em Fato Relevante divulgado pela Telemar Participações em 21.06.2010, o acionista BNDES Participações S.A, em 17 de Junho de 2010, realizou leilão especial de compra e venda de ações de emissão de Telemar Participações S.A. a Fundação Dos Economiários Federais – FUNCEF – e a Fundação Petrobrás de Seguridade Social – PETROS – na qualidade de compradoras, foram declaradas vencedoras dos respectivos lotes. Entretanto, a Telemar Participações S.A. aguarda a homologação pela Anatel para efetivar a transferência das ações. Informações retiradas do Procedimento Administrativo de Anuência Prévia junto à Anatel de nº. 53500.030759/2008. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/>>. Acesso em 26/06/2010.

<sup>90</sup> Conforme definido no art. 1º de seu estatuto social, trata-se de uma “entidade fechada de previdência complementar multipatrocinada e multiplano, é pessoa jurídica de direito privado, de fins previdenciais e não lucrativos, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira, (...) tem por objeto administrar e executar planos de benefícios previdenciários para os empregados e dirigentes

S.A.<sup>91</sup>, 12,94% pertencem à Caixa Previdenciária dos funcionários do Banco do Brasil - PREVI, 2,79% pertencem à Fundação dos Economistas Federais FUNCEF e 2,73% pertencem à Fundação Petrobrás de Seguridade Social.

Em 25 de Abril de 2008 foi anunciado o fechamento da alienação das ações representativas de 100% do capital social da Invitel S.A., sociedade controladora da Brasil Telecom Participações S.A. (BrT Part) e Brasil Telecom S.A. (BrT), por intermédio do contrato de Compra e Venda de Ações firmado com o Banco Credit Suisse (Brasil) S.A., agindo este na figura de comissário da Telemar Norte Leste S.A., nos termos do art. 693 do Código Civil<sup>92</sup>. O contrato, no entanto, foi firmado tendo como condição suspensiva a aprovação da Anatel.

O contrato firmado entre as partes previu ainda que, somente a partir da ocorrência de alteração do Plano Geral de Outorgas no sentido de suprir a vedação da aquisição do controle societário de empresa concessionária de prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC –, atuante em determinada região, por outra já concessionária do mesmo serviço em Região distinta, o Credit Suisse imediatamente iria ceder sua posição contratual em favor da Telemar Norte Leste S.A.<sup>93</sup>.

O STFC é conceituado pelo Decreto nº 6.654 de 2008 como um serviço voltado para o uso público que, por meio da transmissão de voz e outros sinais, é destinado à comunicação entre dois pontos fixos determinados utilizando-se de processos de telefonia, podendo ser prestado tanto sob o Regime Público quanto

---

de suas Patrocinadoras.” (Disponível em <<http://www.fundacaoatlantico.com.br/>>. Acesso em 23/08/2010.

<sup>91</sup> Trata-se de uma sociedade por ações, constituída como Subsidiária Integral da Empresa Pública Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

<sup>92</sup> Art. 693 do Código Civil de 2002: “O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.”

<sup>93</sup> Assim consta a redação das cláusulas 2.3 e 2.4 do Contrato de Compra e Venda de Ações retirada do Procedimento Administrativo de Anuência Prévia junto à Anatel de nº. 53500.030759/2008, à fl. 02: **Cláusula 2.3.** Ocorrendo a Alteração do PGO, a Telemar enviará comunicação por escrito às vendedoras, com cópia para a compradora, indicando a sua ocorrência, que a permitirá submeter à Anatel o pedido de transferência das Ações para a Telemar, acompanhada de pareceres de 2 (dois) juristas de notório saber por ela contratados, atestando que a Alteração do PGO autoriza, inequivocadamente, que a Anatel proceda ao exame e ao deferimento do pedido neste sentido **Cláusula 2.4.** Em até 2 (dois) dias da data do envio da comunicação referida na Cláusula 2.3, a Compradora deverá enviar a notificação (a “Notificação de Cessão do Contrato”) às Vendedoras com relação à cessão de todos os seus direitos, obrigações e responsabilidades como se signatária original desse Contrato fosse, na condição de Compradora, independentemente de qualquer manifestação por parte das Vendedoras(...). Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/>>. Acesso em 26/06/2010.

sob o Regime Privado<sup>94</sup>. O STFC em nosso país é explorado com base no Plano Geral de Outorgas – Decreto nº. 6.654 de 2008 – que, em seu Anexo I, divide o território nacional em quatro regiões:

**TABELA I**  
**REGIÕES DO PLANO GERAL DE OUTORGAS**

<b>REGIÃO</b>	<b>ÁREA GEOGRÁFICA CORRESPONDENTE AO(S) TERRITÓRIO(S)</b>
I	dos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima.
II	do Distrito Federal e dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre
III	do Estado de São Paulo
<b>REGIÃO</b>	<b>ÁREA GEOGRÁFICA CORRESPONDENTE AO(S) TERRITÓRIO(S)</b>
IV	Nacional

A Brasil Telecom S/A e a Telemar Norte Leste S/A, com relação às regiões do Plano Geral de Outorgas, exploravam o serviço da seguinte maneira<sup>95</sup>:

**TABELA II**  
**Serviços Telefônicos Prestados pela Oi e Brasil Telecom**

<b>Serviço Telefônico Prestado</b>	<b>Telemar Norte Leste S/A (Oi)</b>	<b>Brasil Telecom S/A</b>
Local	Concessão: Região I Autorização: Regiões II e III	Concessão: Região II Autorização: Região I e III

<sup>94</sup> Art. 1º. O serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral é o prestado nos regimes público e privado, nos termos dos arts. 18, inciso I, 64, 65, inciso III, e 66 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997, e do disposto neste Plano Geral de Outorgas.

§ 1º. Serviço telefônico fixo comutado é o serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia.

<sup>95</sup> Fonte: Procedimento Administrativo de Anuência Prévia junto à Anatel de nº. 53500.030759/2008, fl. 726. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/>>. Acesso em 26/06/2010

Longa Distância Nacional	Concessão: Região I Autorização: Região II e III	Concessão: Região II Autorização: Regiões I e III
Longa Distância Internacional	Autorização para todo o território nacional	Autorização para todo o território nacional

Em 21 de Novembro de 2008, foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto de nº. 6.654 de 2008 que aprovou o novo Plano Geral de Outorgas. O dispositivo citado eliminou a vedação da aquisição do controle societário de empresa já concessionária de prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado, atuante em determinada Região, por outra concessionária do mesmo serviço em Região distinta<sup>96</sup>.

Publicado o novo Plano Geral de Outorgas e eliminada a proibição existente no regime legal anterior, a Telemar Norte Leste S.A. sucedeu o Comissário Credit Suisse, na condição de compradora, em todos os direitos, obrigações e responsabilidades relacionados ao Contrato de Compra e Venda de Ações então firmado. A Telemar assume assim a posição de detentora do controle acionário da Brasil Telecom, tornando-se concessionária das Regiões I e II do Plano Geral de Outorgas.

<sup>96</sup> Restou possível a operação entre a Brasil Telecom e a Telemar em virtude da redação do art. 6º do Decreto 6.654/2008 que modificou o Plano Geral de Outorgas no Brasil:

“Art. 6o As transferências de concessão ou de controle de concessionária do serviço a que se refere o art. 1o deverão observar o princípio do maior benefício ao usuário e ao interesse social e econômico do País.

§ 1o As transferências que resultem em Grupo que contenha concessionárias em Setores de mais de uma Região definida neste Plano Geral de Outorgas implicam:

I - atuação obrigatória nas demais Regiões, por parte de prestadora de serviços de telecomunicações pertencentes ao Grupo que contenha as respectivas concessionárias, conforme dispuser o Plano Geral de Metas de Competição a ser editado pela Agência Nacional de Telecomunicações, observado o disposto no § 5o; e

II - obrigação de atender aos condicionamentos impostos pela Agência Nacional de Telecomunicações com a finalidade de assegurar a competição, impedir a concentração econômica prejudicial à concorrência e não colocar em risco a execução do contrato de concessão, em atenção ao que dispõe a Lei no 9.472, de 1997, em especial nos seus arts. 97 e 98.

§ 2o São vedadas as transferências que resultem em Grupo que contenha concessionárias em Setores de mais de duas Regiões definidas neste Plano Geral de Outorgas, observado o disposto no parágrafo quinto.

§ 3o São vedadas as transferências que resultem em desmembramento de áreas de atuação de concessionária de um mesmo Grupo, em cada Região definida neste Plano Geral de Outorgas.

§ 4o As transferências para Grupo que contenha concessionária que, na mesma Região ou em parte dela, já preste a mesma modalidade de serviço serão condicionadas à assunção do compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, eliminar a sobreposição de outorgas, contado da sua efetivação, nos termos do art. 87 da Lei no 9.472, de 1997.

§ 5o Os Setores 3, 20, 22, 25 ou 33 não caracterizam critério para aplicação do disposto no inciso I do § 1o e no § 2o.”

Em atenção à Lei Geral das Telecomunicações, especialmente quanto ao seu art. 7º e art. 97, ficou expressamente previsto no Contrato de Compra e Venda de Ações que a Telemar se comprometeu a não exercer qualquer forma de ingerência ou influência na administração das atividades sociais da Brasil Telecom, suas sociedades controladas ou sociedades controladoras, até que ocorresse a aprovação do pedido de anuência prévia dirigido à Anatel<sup>97</sup>.

Segundo os argumentos da Telemar expostos no pedido de anuência prévia apresentado à Anatel, a aquisição do controle acionário da Brasil Telecom seria de extrema importância para a estratégia de desenvolvimento da empresa, permitindo a criação de uma plataforma nacional de telefonia com capacidade para competir com empresas multinacionais que atuam no país e para contribuir com a formação de um grupo econômico com capacidade de implementação dos investimentos e desenvolvimento tecnológico compatível com as necessidades do país. A integração entre a Telemar e a Brasil Telecom resultaria em uma grande empresa de capital nacional com maior capacidade financeira para fazer investimentos no país, promovendo favoráveis consequências para o desenvolvimento industrial, científico e tecnológico.

Em termos econômicos, arguiu-se que a concretização da operação possibilitaria melhor competitividade e produtividade das empresas envolvidas. Isso porque produziria economias de escala que tornariam a empresa financeiramente mais sólida, ganhando forças para inserir-se no mercado internacional das telecomunicações e trazendo benefícios também aos empregados, consumidores e ao desenvolvimento econômico e social do país.

---

<sup>97</sup> Assim consta a redação das cláusulas 2.6 e 2.7 do Contrato de Compra e Venda de Ações:

**2.6.** A compradora, e/ou a Telemar não exercerão, até a data do fechamento, qualquer espécie de ingerência ou influência na administração das atividades sociais de Invitel, de Solpart, da BrT Part, da BrT, ou de qualquer uma de suas respectivas subsidiárias diretas ou indiretas, bem como no funcionamento daquelas sociedades, no seu planejamento e atuação empresarial concorrencialmente relevantes, na sua estratégia comercial (contratos, prestação de serviços, política de preços, descontos ou reduções de tarifas, relacionamento e prospecção de clientes), de pesquisa e desenvolvimento de produtos e serviços, de marketing e financeira (financiamento e investimentos relativos a aumento de capacidade, ampliação de redes ou em qualquer dos setores acima elencados), devendo ser tudo planejado e implementado em conformidade com a exclusiva orientação de suas respectivas administrações e dos acionistas controladores da Invitel.

**2.7.** Até a data da transferência e alienação das Ações, a Telemar, na qualidade de sucessora da compradora, não terá acesso a informações sobre atividades sociais da Invitel, de Solpart, da BrT, ou de quaisquer outras subsidiárias diretas ou indiretas, que guardem relação com o planejamento ou atuação empresarial daquelas empresas". *Fonte:* Procedimento Administrativo de Anuência Prévia junto à Anatel de nº. 53500.030759/2008. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/>>. Acesso em 26/06/2010.



No que tange à prestação do Serviço Móvel Particular – SMP – e do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM –, a Telemar afirma que a autorização do pedido por parte da Anatel permitiria a inserção de um novo competidor com abrangência nacional, aumentando-se então os níveis de competência no mercado nacional.

Quanto ao mercado do Serviço Telefônico Comutado Fixo – STFC –, não haveria alterações no nível de competição. Defendeu a Telemar que a operação apenas implicaria em ganhos de escala, em virtude do aumento da produtividade e eficiência empresarial das prestadoras do serviço, consignando, dessa maneira, benefícios ao consumidor em razão do repasse dos ganhos de produtividade auferidos por intermédio da redução de tarifas.

Em seu parecer apresentado no Procedimento Administrativo de Anuência Prévia, às fls. 151 e ss., o Economista Cesar Costa Alves de MATTOS<sup>98</sup> observou que<sup>99</sup>:

As premissas do modelo brasileiro de reforma das telecomunicações, com a privatização do sistema Telebrás, que apontavam para uma competição entre *players* dentro de cada modalidade de serviços (voz, dados, imagem) não estão mais presentes, muito embora tenham sido importantes para o desenvolvimento do mercado até aqui. A realidade imposta pelo desenvolvimento tecnológico do setor e pela exigência de aumento de escala aponta para uma competição entre grandes plataformas de comunicação, superando inclusive fronteiras nacionais (...). No país, esse movimento de consolidação encontra restrição no atual Plano Geral de Outorgas, que proíbe o controle de duas concessões em regiões distintas (...) Caso a restrição [do até então vigente Plano Geral de outorgas] venha a ser, ao final, removida, não tenho dúvida que dentre as alternativas de consolidação entre as concessionárias (incumbentes), a melhor seria a integração das duas concessionárias de STFC que detenham as infraestruturas complementares e não sobrepostas, exatamente o caso da Oi e BrT.

Além da comunicação à Anatel a respeito da operação realizada, a Telemar encaminhou notificação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – por meio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE –, originando-se então o Ato de Concentração nº. 08012.005789/2008-23 e o Ato de Concentração nº. 53500.012477/2008<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Doutor em Economia e Pesquisador associado ao CERME/UNB

<sup>99</sup> ANATEL. Procedimento Administrativo de Anuência Prévia nº. 53500.030759/2008. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/>>. Acesso em 26/06/2010.

<sup>100</sup> Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em 03/09/2010.

Visando preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo assim alterações irreversíveis até o final julgamento dos Atos de Concentração a Telemar Norte Leste S/A e a Brasil Telecom S/A firmaram um Acordo de Previsão da Reversibilidade da Operação, comprometendo-se a tomar uma série de medidas que evitaria o risco de se tornar ineficaz o resultado final do procedimento administrativo perante o CADE, sendo até mesmo fixada uma multa coercitiva para o caso de descumprimento das obrigações adquiridas por meio do acordo conforme previsão do art. 25 da Lei 8.884 de 1994<sup>101</sup>.

### **3.2. Anuência Prévia da Anatel com a operação<sup>102</sup>**

A Lei Geral das Telecomunicações concede à Anatel a competência para estabelecer não somente normas relacionadas às condições concorrenciais mas também competência procedimental no que concerne à aplicação do direito concorrencial. Dispõe o art. 7º do referido diploma legal que as normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, devendo os atos que envolvam concentração econômica mediante fusão ou incorporação ou qualquer forma de agrupamento societário ser encaminhados para análise do CADE. No restante, com relação às matérias que seriam próprias do CADE na aplicação do direito concorrencial na esfera administrativa, envolvendo procedimentos objetivando a repressão de infrações contra a ordem econômica, caberá à Anatel exercer as atribuições concedidas pela Lei 8.884 de 1994 à Secretaria de Direito Econômico (SDE) e à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

Quanto aos atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou, ainda, resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, assim dispostos pelo art. 54 da Lei 8.884 de 1994, caberá à Anatel

---

<sup>101</sup> Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do CADE determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração.

<sup>102</sup> A Anatel anui previamente com a aquisição da Telemar Norte Leste S/A do controle acionário da Brasil Telecom S/A por intermédio do Ato nº. 7.828 de 19 de Dezembro de 2008 publicado na Seção I do Diário Oficial da União de nº. 248 de 22 de Dezembro de 2008, constando no anexo do referido ato os condicionamentos para a anuência prévia e para a manutenção da anuência.

exercer a competência instrutória e elaborar pareceres, o que, via de regra, seria de titularidade da SDE e da SEAE.

A Resolução de nº 101 de 1994 da Anatel aprovou ainda o Regulamento para Apuração de Controle e Transferência de Controle de Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, que estabelece normas que condicionam a transferência de controle – sem adentrar na competência do CADE, logicamente –, bem como normas gerais de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Busca-se, através desta regulamentação, impedir que a transferência de controle societário de uma determinada operadora venha a interferir de modo negativo na prestação do serviço.

Encontra-se o fundamento legal para o condão de regular operações de transferência de controle no art. 97 da Lei Geral de Telecomunicações, onde se determina que atos que envolvam a fusão, transformação, incorporação, redução de capital da empresa ou a transferência de seu controle societário deverão passar pela análise da Anatel<sup>103</sup>. O referido dispositivo legal prevê ainda, em seu art. 71, que a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, visando propiciar competição efetiva e impedir concentração econômica no mercado<sup>104</sup>.

É com base neste permissivo legal que o Conselho Diretor da Anatel efetuou suas deliberações e anuiu previamente com a operação estabelecendo determinados condicionamentos que, se inobservados, implicariam a reversão da operação objeto da anuência.

A Telemar obrigou-se a tomar providências tais como modernizar a rede de fibra ótica nacional, expandir a oferta de internet Banda Larga, estimular o acesso comutado à Internet, implementar melhorias na comercialização de cartões indutivos para utilização nos terminais telefônicos públicos e desenvolver esforços para disponibilizar ofertas voltadas à popularização do serviço de TV por assinatura visando alcançar segmentos de usuários que não dispõem do serviço.

---

<sup>103</sup> Art. 97. Dependendo de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.

Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.

<sup>104</sup> 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.

Com relação ao Serviço Móvel Pessoal (SMP)<sup>105</sup>, a Telemar comprometeu-se a apresentar políticas de preservação do meio ambiente e de estímulo ao acesso por segmentos da população ainda excluídos da utilização. Por exemplo, instalar pontos de recolhimento de bateria e aparelhos usados, desenvolver programas de destinação de destinação aos aparelhos e baterias utilizados e recolhidos, bem como programas de distribuição de aparelhos usados e em funcionamento visando à oportunidade de aumento de penetração na telefonia móvel, considerar em seus projetos a aquisição de equipamentos que tenham consumo moderado de energia, buscando a redução do consumo de energia elétrica.

O investimento em pesquisa tecnológica e desenvolvimento não ficaram excluídos da pauta de determinações da Anatel para a anuência prévia da operação. A Telemar assumiu o compromisso de realizar investimentos, incluindo o apoio ao fornecimento de serviços e infraestrutura de uma rede de educação e pesquisa avançada no Brasil por meio da cessão de capacidade de transmissão em fibras óticas para o uso não comercial pela Rede Nacional de Pesquisas (RNP), viabilizando assim a interconexão entre universidades, campi, centros de pesquisa, laboratórios, hospitais de ensino e museus já interligados no país para a geração de conhecimento e inovação através da rede acadêmica. Foi assumido pela Telemar o compromisso de estabelecer, nas aquisições de equipamentos e sistemas de elevado valor monetário ou de importância estratégica, padrões ou índices de nacionalização para aquisição no médio e longo prazo no mercado local, promovendo iniciativas de fabricação local, com toda a infraestrutura fabril de produção.

No tocante ao acompanhamento do movimento de internacionalização, fixou-se à Telemar o dever de informar à Anatel a respeito de sua atuação internacional, tanto diretamente quanto indiretamente, sob a forma de parcerias, ficando encarregada, a empresa de telecomunicações, de enviar relatórios trimestrais à agência.

---

<sup>105</sup> O Serviço Móvel Pessoal (SMP) é definido pelo art. 4º do Anexo à Resolução nº. 477 de Agosto de 2007 da Anatel como o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, caracterizado também por possibilitar a comunicação entre estações de uma mesma área de registro do SMP ou acesso de redes de telecomunicações de interesse coletivo.

Quanto à competição e ao relacionamento com outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, a Telemar comprometeu-se a criar uma gerência comercial responsável exclusivamente pela oferta de serviços de interconexão<sup>106</sup>, exploração industrial e oferta de atacado.

Por fim, a Anatel impôs à Telemar a condição de manutenção de seus postos de trabalho e de suas controladas existentes desde 01 de Fevereiro de 2008 no mínimo até 25 de Abril de 2011. Ainda, deveriam ser mantidos os postos de trabalho da Brasil Telecom S/A e de suas controladas.

Entre as condições e obrigações impostas pela Anatel no Ato nº. 7.828 de 19 de Dezembro de 2008, verifica-se a busca pela efetivação do que Marçal JUSTEN FILHO chama de “Princípios de Serviço Público”<sup>107</sup>. É possível encontrar maior destaque nos condicionamentos impostos para o *princípio da mutabilidade* ou *adaptabilidade*, que consiste na vinculação do serviço público à necessidade a ser satisfeita e às concepções técnicas de satisfação, isto é, como serviço público, as Telecomunicações devem acompanhar a variação das necessidades emanadas, bem como atender às modificações técnicas, jurídicas e econômicas surgidas, devendo adaptar o serviço permanentemente, a fim de se alcançar o máximo possível de satisfação do interesse geral. Verifica-se também a presença do *princípio da universalidade*, que consiste na prestação do serviço público em benefício de todos os sujeitos encontrados em situação equivalente de modo

---

<sup>106</sup> Os serviços de interconexão são definidos pelo parágrafo único do art. 146 da Lei Geral de Telecomunicações como “a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.”. Ressalte-se que a imposição colocada pela Anatel no que tange a oferta de serviços de interconexão guarda fundamento no art. 146 da Lei Geral das Telecomunicações que determina a obrigatoriedade da interconexão:

“Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

I - é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;

II - deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;

III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.”. Sobre o assunto, Alexandre Diezfel FARACO ensina que “Seria um completo disparate imaginar empresas de telecomunicações concorrendo a partir de redes fechadas, isto é, que permitissem apenas o acesso aos outros usuários servidos pelo mesmo agente (...) A utilidade que um usuário pode auferir de uma rede de telecomunicação de mediação está diretamente vinculada ao número de outros usuários com os quais ele pode comunicar-se. Assim, o próprio sentido econômico dos respectivos serviços está ligado à organização de uma rede única para a sua prestação.”. FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit.. p. 54.

<sup>107</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit.. p. 609-611.

indeterminado, assim como do *princípio da igualdade*, que envolve o tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários<sup>108</sup>.

### 3.3 Parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico

Conforme examinado anteriormente neste trabalho, cabe ao CADE analisar a sobreposição de atividades relacionadas a serviços de valor adicionado prestados pela Brasil Telecom e Oi.

A Lei 8.884 de 1994 consigna competência ao CADE para autorizar atos que impliquem a dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, estabelecendo, em seu art. 54, §6º, que, para a aprovação destes atos, devem se manifestar em parecer a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e, juntamente, com a Secretaria de Direito Econômico (SDE).

O parecer da SEAE fixou sua análise considerando as sobreposições horizontais entre as atividades prestadas pela Brasil Telecom e pela Oi, ou seja, os produtos e serviços ofertados pelas duas operadoras, quais sejam<sup>109</sup>:

**TABELA III**  
**Sobreposições horizontais entre produtos da Oi e Brasil Telecom**

<b>Produtos</b>	<b>Oi</b>	<b>Brt</b>
STFC	X	X
Serviço de Telefonia Móvel	X	X
Ligações de Longa Distância Intra-regional, Inter-regional e Internacional	X	X
Acesso à Rede Fixa Local	X	X
Acesso à Rede Móvel Local	X	X
<i>Roaming</i>	X	X
Dados Corporativos	X	X

<sup>108</sup> Encontram-se elementos destes princípios na determinação da Anatel em estimular a Telemar à implementação de políticas de preservação do meio ambiente e conscientização dos usuários. O fomento ao acesso dos usuários à internet banda larga ou por meio do acesso comutado, bem como a melhoria na comercialização de cartões indutivos para utilização nos terminais telefônicos públicos mostram-se igualmente como posturas a serem adotadas para maximizar a eficiência do serviço de telecomunicações.

<sup>109</sup> SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. Parecer. Ato de Concentração nº. 08012.005789/2008-23. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 04/10/2010. p. 11.

Provisão de Acesso à Internet Discada	X	X
Fornecimento de Infraestrutura para Acesso Discado à Internet	X	X
Provisão de Acesso à Internet Banda Larga	X	X
Conexão Banda Larga	X	X

A SEAE analisou os efeitos concorrenciais da operação apenas nos mercados que envolvem serviços de valor adicionados, tratando da Provisão de Acesso à Internet Discada e à Internet Banda Larga<sup>110</sup>. A fim de evitar uma invasão em esferas de competência instrutória, tomou-se a cautela de diferenciar o Serviço de Conexão à Internet (SCI)<sup>111</sup>, um serviço de valor adicionado, dos serviços de telecomunicações que dão suporte e oferecem a infraestrutura necessária para que o serviço de valor adicionado funcione.

Na modalidade discada ou banda estreita, o STFC é utilizado para que o usuário possa se conectar a Internet. Uma vez que a ligação é completada, o Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI), por intermédio da infraestrutura fornecida pelo STFC, transmite os dados ao usuário<sup>112</sup>. De acordo com o parecer da SEAE, pela modalidade banda larga, é possível o acesso por meio da tecnologia utilizada por prestadoras de STFC, bem como por operadoras de TV a cabo, via satélite ou até mesmo pela rede elétrica, sendo prestado o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), no caso das operadoras de STFC<sup>113</sup>. Os usuários da modalidade banda larga, no entanto, nem sempre necessitarão de um PSCI para ter acesso à

<sup>110</sup> Considere-se o conceito de internet e provedor de acesso aquele fornecido pela Norma 004/95 aprovada pela Portaria n. 148 de 31 de maio de 1995 da Anatel: “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o “software” e os dados contidos nestes computadores”.

<sup>111</sup> A norma 004/95 aprovada pela Portaria n. 148 de 31 de maio de 1995 da Anatel define o Serviço de Conexão à Internet (SCI) como “nome genérico que designa Serviço de Valor Adicionado que possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações”, sendo o Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI), a “entidade que presta o Serviço de Conexão à Internet”.

<sup>112</sup> Importante ressaltar que há provedores que cobram pelo serviço prestado, como o Universo Online (UOL), Terra, Globo.com dentre outros, e há provedores que não cobram por este serviço e obtém seu faturamento através de publicidade ou até mesmo de contrato com operadoras de STFC, o que dá ao consumidor a possibilidade de escolha para optar pelo serviço que melhor atende a suas necessidades. SEAE. Parecer. Op. Cit.. p. 15.

<sup>113</sup> Segundo o parecer da SEAE, a tecnologia ADSL – *Asymmetric Digital Subscriber Line* – confere aos prestadores do STFC um *plus*: a transmissão simultânea na linha telefônica da comunicação de voz e transporte de dados, o que possibilita que o usuário se conecte à internet e possa utilizar o telefone normalmente, além de fornecer uma velocidade de transmissão de dados superior àquela conseguida na modalidade de conexão discada ou banda estreita. SEAE. Parecer. Op. Cit. p. 17.

internet, pois em alguns casos a própria operadora do STFC faz o serviço de autenticação do usuário à internet, dispensando a figura do provedor de acesso<sup>114</sup>. Os dados apresentados no parecer da SEAE mostram o segmento da Internet banda larga como um mercado em expansão, em virtude do contínuo desenvolvimento de novas tecnologias.

Segundo dados fornecidos pela Teleco Informação e Serviços de Telecomunicações Ltda. em seu site oficial, a participação no mercado da internet banda larga no Brasil da Oi juntamente com a Brasil Telecom em 2009 é de 39%, seguido de 25% da NET, 23% da Telefonica, 6% da GVT, 2% da CTBC e 7% de outras prestadoras. Estes são dados anuais de acessos Banda Larga no Brasil, incluindo ADSL, TV por assinatura e Rádio<sup>115</sup>. Com relação ao mercado relevante em questão, o estudo da Fundação Getúlio Vargas, considerando o mercado de PSCI onde atuam as operadoras de STFC, obteve os seguintes dados<sup>116</sup>:

**TABELA IV**  
**Mercado de Provedores de Internet da Oi e da Brasil Telecom**

Mercado	Região I		Região II	
	Oi	BrT	Oi	BrT
SCI Banda Larga	52%	7%	Inferior a 1%	75%
SCI Banda Estreita	42%	36%	Inferior a 1%	65%

Diante de tais números e dos mercados relevantes em questão, a SEAE afirma, em seu parecer, que houve uma concentração relevante para as duas modalidades de serviço prestado e reconhece o amplo domínio exercido pelas duas empresas de telecomunicações em conjunto no setor, em razão da detenção da

<sup>114</sup> “Os usuários dos serviços de banda larga de outras empresas que não sejam concessionárias de STFC (caso das autorizadas de STFC, que também utilizam o ADSL, das TVs a cabo e das tecnologias wireless, por exemplo) não têm a obrigação legal de contratar um provedor (...) Ou seja, nesse caso específico, as empresas podem internalizar as atividades de provisão de acesso à Internet.

<sup>115</sup> Disponível em <<http://www.teleco.com.br/blarga1.asp>>. Acesso em 04/10/2010.

<sup>116</sup> ANATEL. Procedimento Administrativo de Anuência Prévia nº. 53500.030759/2008. Estudo dos Impactos Concorrenciais e Regulatórios da Proposta de Fusão entre Oi e Brasil Telecom. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/>>. Acesso em 26/06/2010.



infraestrutura necessária de STFC para a prestação do serviço. No entanto, é ressaltada novamente a competência da Anatel para com os serviços de legalmente considerados como de Telecomunicações e não como serviços de valor adicionado<sup>117</sup>.

A SEAE ressalta em seu parecer a necessidade de observação à Portaria Conjunta SEAE/SDE nº. 50 de 1º de Agosto de 2001 para a conclusão acerca de concentrações horizontais. Este Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal considera que o exercício abusivo de poder dentro do mercado será considerado improvável quando a entrada for *possível, tempestiva e suficiente*. O próprio guia da SEAE/SDE afirma que “O fato de uma concentração envolver uma parcela de mercado suficientemente alta não implica necessariamente que a nova empresa formada exercerá de forma unilateral seu poder de mercado, ou que as empresas coordenarão suas decisões”<sup>118</sup>.

De acordo com o referido Guia elaborado pela SEAE, em conjunto com a SDE, a entrada é considerada viável, quando for economicamente lucrativa a preços pré-contratação e quando estes preços puderem ser assegurados pelo possível entrante. A entrada pode ser entendida como tempestiva quando ocorrer em um período de até dois anos, considerando todas as etapas necessárias para a entrada no mercado. Por fim, diz-se ser a entrada suficiente se esta permite que todas as oportunidades de venda sejam adequadamente exploradas pelos entrantes em potencial<sup>119</sup>.

A entrada no mercado foi considerada provável pela SEAE. A possível barreira que a impediria seria o acesso às redes de STFC e SCM. No entanto o art. 7º da Resolução 272/2001 da Anatel<sup>120</sup> prevê o acesso às redes de forma não discriminatória, sob tutela da referida agência reguladora. Somado à existência

---

<sup>117</sup> SEAE. Parecer. Op. Cit.. p. 26.

<sup>118</sup> SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO e SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Anexo I, Portaria Conjunta SEAE/SDE nº. 50 de 1º de Agosto de 2001. D.O.U. nº 158-E, de 17/08/01, Seção 1, páginas 12 a 15. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> . Acesso em 04/10/2010. p. 11.

<sup>119</sup> Idem. p. 12

<sup>120</sup> “Art.7º É assegurado aos interessados o uso das redes de suporte do SCM para provimento de serviços de valor adicionado (SVA), de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Parágrafo único. A Anatel deverá estabelecer regras que assegurem a utilização das redes de SCM para suporte ao provimento de SVA, dispondo também sobre o relacionamento entre provedores destes serviços e prestadoras do SCM, conforme previsto no § 2º do art. 61, da Lei n.º 9.472, de 1997.”

desta Resolução da Anatel, o parecer apresenta dados a respeito dos PSCI em 2008 no Brasil: 64,9% dos provedores de acesso à internet tratam-se de microempresas e 32,1% são pequenas empresas<sup>121</sup>. Concluiu-se, portanto, que a entrada nesses mercados não pode ser considerada difícil.

Quanto à tempestividade, o parecer da SEAE salienta que inexistem no Brasil barreiras legais ou regulatórias para a criação de um PSCI e que os equipamentos necessários para o funcionamento de um provedor não são de difícil acesso. Desta forma, seria plenamente possível a entrada no mercado dentro do prazo de dois anos previsto pelo Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE/SDE. Pelos mesmos motivos ressaltados que se fizeram reconhecer a tempestividade e possibilidade de entrada no mercado do SCI, a SEAE considerou estarem presentes os elementos que caracterizam a entrada como suficiente.

O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE/SDE trata ainda da figura da Efetividade da Rivalidade<sup>122</sup>:

Ainda que as importações não sejam expressivas e a entrada não seja provável, tempestiva e suficiente, a efetividade da competição entre a empresa resultante da operação e as demais empresas instaladas (seus rivais) pode tornar pouco provável o exercício do poder de mercado adquirido. Esta situação é provável em contextos em que empresas estabelecidas tenderiam a adotar condutas agressivas para aumentar sua participação de mercado como reação ao exercício do poder de mercado pela empresa resultante da operação.

Levando em consideração os dados apresentados por parte da Oi e Brasil Telecom, juntamente com informações confidenciais do processo, a SEAE considerou que a rivalidade nos mercados relevantes definidos mostrou-se efetiva e, por conseguinte, capaz de mitigar uma possível tentativa de exercício de poder de mercado por parte da empresas de telecomunicações em questão.

No entanto, foi ressaltado pela Secretaria que os condicionamentos impostos pela Anatel, quando firmada a Anuência Prévia, contribuirão para a redução da possibilidade de exercício abusivo de poder de mercado após a concretização da operação, bem como se transfiguram em vantagens para o consumidor. Conclui a SEAE, portanto, pela aprovação da operação no tocante aos

<sup>121</sup> SEAE. Parecer. Op. Cit.. p. 27.

<sup>122</sup> SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO e SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. Op. Cit.. p. 14-15.

serviços de valor adicionado sem qualquer restrição, anuindo com o seu parecer a SDE<sup>123</sup>.

### **3.4. Possíveis efeitos da operação e mecanismos de controle utilizados pelo CADE e Anatel**

É possível sustentar que a operação de aquisição de controle da Brasil Telecom pela Oi resultou na concentração de duas grandes empresas de telecomunicações, culminando no controle de uma significativa parcela da infraestrutura de acesso à comunicação.

Pesquisadora junto ao PIBIC, Renata Carvalho KOBUS, em seu relatório final acerca da análise da concentração econômica na presente operação, destaca como um dos principais possíveis efeitos a diminuição da concorrência e a possível imposição de barreiras de entrada no mercado da telefonia e internet banda larga, em razão da magnitude da infraestrutura das duas operadoras. Outro problema apontado pela pesquisa seria o preço cobrado pela prestação do serviço de interconexão<sup>124</sup>, pois entre a Brasil Telecom e a Oi não haveria este gasto, o que ocasionaria a possibilidade de prestar o serviço com um custo menor ante àquelas empresas que necessitam utilizar-se da infraestrutura das duas empresas para melhor atender a seus clientes. KOBUS defende que, muito embora seja possível tornar a concentração de poder no mercado eficiente por meio de economias de escala ou impulsionando o desenvolvimento tecnológico, no caso da aquisição do controle da Brasil Telecom pela Oi não estariam presentes os requisitos do art. 54 da Lei 8.884 de 1994, sendo vantajosa a operação apenas para grupos minoritários políticos e econômicos<sup>125</sup>.

Vislumbra-se, conforme observado pela pesquisadora, ser inegável que a junção entre dois grandes agentes do setor das telecomunicações enseja a

---

<sup>123</sup> Em atenção ao princípio da economia processual, a SDE anuiu integralmente com o teor da do parecer da SEAE opinando pela aprovação do ato em despacho da Secretaria datado de 13 de julho de 2009.

<sup>124</sup> O serviço de interconexão é definido pelo Regulamento Geral de Interconexão, em seu art. 3º, inciso V como “ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que usuários dos serviços de uma rede possam comunicar-se com os usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.”. ANATEL. Anexo à Resolução nº. 410 de 11 de Julho de 2005. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em 04/10/2010.

<sup>125</sup> KOBUS, Renata Carvalho. Concentração Econômica no Setor das Telecomunicações – uma análise jurídica no caso Brasil Telecom-Oi. Relatório de pesquisa apresentado ao PIBIC. Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro. Curitiba, 2010. p. 05-09.

possibilidade de surgimento de abuso da posição dominante dentro do mercado relevante de cada produto e serviço prestado.

Por outro lado, há que se considerar os esforços da Anatel e do CADE para que a operação viesse a atingir o bem comum impondo condições à Oi e à Brasil Telecom para minimizar a possibilidade de exercício de abuso de posição dominante no mercado.

No Ato nº. 7.828 de 19 de Dezembro de 2008, através do qual a Anatel anui previamente com a aquisição do controle acionário da Brasil Telecom por parte da Oi, foram estabelecidos requisitos, conforme mencionado acima, para a operação não violar o bem comum e os interesses coletivos. Para tanto, os anuentes se comprometeram a tomar posturas como: i) a expansão e modernização da malha de telecomunicações que possuem; ii) a expansão da oferta comercial de internet Banda Larga; iii) o estímulo ao acesso à internet discada; iv) a melhoria na comercialização de cartões indutivos; v) extensão e disponibilização do serviço de TV por assinatura a instituições públicas; vi) facilitar o acesso da população ao SMP e à realização de políticas de preservação ambiental, recolhendo aparelhos e baterias fora de uso; vii) disponibilizar o emprego das telecomunicações para fins de segurança nacional; viii) efetuar investimentos em pesquisa e desenvolvimento relacionados ao Setor das Telecomunicações; ix) informar à Anatel acerca da atuação internacional tanto direta quanto indireta, na forma de parcerias encaminhando relatórios trimestrais à Agência; x) criar uma gerência comercial exclusivamente responsável pela oferta de serviços de interconexão, exploração industrial e oferta de atacado<sup>126</sup>; xi) manter postos de trabalho da Oi, Brasil Telecom e respectivas sociedades controladas até o mês de Abril de 2011.

Na 477ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, realizada em 20 de Outubro de 2010<sup>127</sup>, o Plenário por unanimidade conheceu e aprovou a operação, vinculando-a, no entanto, à celebração de Termo de Compromisso de Desempenho

---

<sup>126</sup> Importante salientar que os serviços de interconexão já são regulados pela Anatel por meio do Regulamento Geral de Interconexão – Resolução nº. 410 de 11 de Julho de 2005. O preço cobrado por tais serviços é estipulado pela referida agência, de maneira que já se consubstancia a resolução em um meio para coibir os abusos daqueles agentes que detém maior estrutura de redes de telecomunicação.

<sup>127</sup> A Ata da referida Sessão de Julgamento foi publicada no Diário Oficial da União de 22/10/2010 nº. 203, Seção 1., páginas 33-35.

(TCD)<sup>128</sup>, em que figurou como tomador o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a Telemar Norte Leste S.A. (Oi) como compromissária, ao passo que a Brasil Telecom S.A. assinou o termo na qualidade de interveniente anuente.

O TCD firmado entre as partes teve por objeto trazer transparência e proporcionar capacidade de monitoramento pelo CADE das condutas da compromissária no que concerne à Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD)<sup>129</sup> e à Interconexão.

A Oi se comprometeu a manter pelo prazo mínimo de cinco anos uma gerência comercial responsável exclusivamente pela oferta de serviços de EILD, Interconexão e demais ofertas de atacado, atendendo aos procedimentos descritos no Anexo Confidencial I do TCD. O CADE poderá requerer ainda, sempre que julgar necessário, a apresentação de um Laudo de Conformidade para fiscalizar o atendimento às especificações impostas<sup>130</sup>.

Quanto ao atendimento às demandas da EILD e Interconexão, a compromissária ficou obrigada a criar um procedimento de fácil acesso e compatível com as tecnologias disponíveis no mercado. Foi assumido, também, pela Oi, o compromisso de entregar mensalmente relatórios ao CADE a respeito do atendimento de pedidos de EILD e Interconexão<sup>131</sup>.

A fim de garantir a efetividade do TCD, foi estabelecida a multa de R\$100.000,00 (cem mil reais), acrescida de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso na implementação do procedimento. De igual forma, o atraso na entrega dos relatórios previstos no TCD implica na multa diária de R\$10.000,00

---

<sup>128</sup> Nas situações em que atos de concentração são aprovados pelo CADE tenham a possibilidade de limitar, prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado relevante de bens e serviços, conforme a redação do art. 58 da Lei 8.884 de 1994:

“Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo.”

<sup>129</sup> O serviço é definido pela Resolução nº. 402 de 27 de Abril de 2005 em seu art. 2º, inciso IV da seguinte maneira:

“Modalidade de Exploração Industrial em que uma Prestadora de Serviços de Telecomunicações fornece a outra Prestadora de Serviços de Telecomunicações, mediante remuneração preestabelecida, Linha Dedicada com características técnicas definidas para constituição da rede de serviços desta última;”

<sup>130</sup> Quanto ao Laudo de Conformidade, a compromissária se obrigou a fornecê-lo através de parecer de empresa especializada independente que ateste o funcionamento dos procedimentos instituídos pelo TCD e a conformidade com os requisitos estabelecidos pelo termo.

<sup>131</sup> No caso do Serviço de Interconexão pode-se facilmente observar a postura do Estado em fortalecer as Estruturas do sistema concorrencial, através do Regulamento Geral de Interconexão da Anatel, ao passo que também dá atenção à conduta dos agentes fiscalizando especificamente esta atividade econômica através do TCD firmado entre o CADE e a Oi.

(dez mil reais) e a presença de qualquer enganiosidade no que diz respeito às informações presentes nestes relatórios resultam na incidência de multa de R\$100.000,00 (cem mil reais).

Exceto quanto à obrigação de manter uma gerência comercial responsável pela oferta de serviços de EILD e Interconexão por cinco anos, as demais obrigações impostas no TCD têm vigência pelo prazo de 36 meses, cabendo à compromissária disponibilizar a íntegra do teor do TCD a seus clientes de atacado, bem como a fornecer acesso a teor do acordo em seu sítio eletrônico.

Se por um lado é possível constatar a possibilidade de exercício negativo do poder econômico por parte da Oi e, portanto, nocivo ao mercado, por outro se verifica a presença de mecanismos impostos tanto pela Anatel, como órgão regulador do Setor das Telecomunicações, quanto por parte CADE em prol da defesa da livre concorrência e de condições de bom funcionamento do mercado.

Visando à manutenção da eficiência do mercado, atuaram o CADE e a Anatel, impondo condutas à Oi que maximizam a possibilidade de os ganhos auferidos com a operação econômica trazendo benefícios também ao consumidor final e que, ao mesmo tempo, não coloquem fortes óbices à entrada de novos agentes no mercado em que atuam ou tornem desleal a concorrência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem econômica constitucional tem como um de seus principais pilares a liberdade de iniciativa, o que garante ao cidadão a possibilidade de inventar, produzir e contratar. Porém, se este princípio fosse compreendido de forma irrestrita, provocaria o aprisionamento do indivíduo por intermédio do abuso do exercício das liberdades individuais, razão pela qual tais liberdades devem ser exercidas de forma legítima, atendendo sempre ao interesse social e não objetivando pura e simplesmente o lucro e realização pessoal do empresário. Desta feita, cabe ao Estado frear os abusos do poder econômico, garantindo a livre concorrência criando um ambiente equilibrado e eficiente para os agentes dentro do mercado.

Verificou-se neste trabalho os diversos posicionamentos doutrinários acerca do direito concorrencial. A escola neoclássica de Chicago considerou a eficiência como a habilidade de se produzir com baixos custos de forma a minimizar ao máximo os preços para o consumidor final, de maneira que os lucros auferidos pelo produtor seriam naturalmente redistribuídos através do barateamento dos produtos e serviços oferecidos. Já os ordo-liberais de Friburgo apontaram que o bem-estar do consumidor não decorreria necessariamente apenas de preços baixos, defendendo que possibilidade de escolha e a defesa da livre concorrência seriam elementos cruciais para satisfazer concomitantemente os consumidores e os agentes do mercado. Surgem, posteriormente, as correntes comportamentais “pós-Chicago” que dão ênfase ao controle das condutas focando sua atenção no modo de agir de empresários tomados de uma forma individual ou de setores ou subsetores industriais isolados. O mercado não pode ser governado pura e simplesmente por uma mão invisível, mas necessita de um corpo mínimo de regras que garantam o seu bom funcionamento tanto no que diz respeito às estruturas<sup>132</sup>, quanto em relação às condutas dos agentes<sup>133</sup>, guardando importância, para tanto, a Análise Econômica do Direito, enquanto método de análise que leva em consideração a eficiência das normas jurídicas.

---

<sup>132</sup> Atuação preventiva dos órgãos reguladores e defensores da concorrência.

<sup>133</sup> Coibição de práticas que ensejem infrações à ordem econômica produzindo o efeito de falsear, limitar ou prejudicar a livre concorrência.

O conceito de eficiência foi abordado levando-se em consideração o importante papel ocupado pelo consumidor e a necessidade da redistribuição dos ganhos auferidos pelos agentes econômicos para que se garanta o bom funcionamento do mercado. Em outras palavras, é imprescindível que os benefícios auferidos por parte dos produtores atinjam de maneira positiva o consumidor final, para que se possa considerar a existência de ganho líquido de eficiência, sendo esta redistribuição de ganhos a prova da efetiva existência destes. Igualmente imprescindível que o Estado atue em prol da correção do que a doutrina denomina como falhas de mercado a fim de garantir a sobrevivência do sistema da concorrência.

Antes da década de 1960, o Setor das Telecomunicações em nosso país sofreu um tormentoso nascimento sob a égide da iniciativa privada, período em que havia muita desorganização e heterogeneidade quanto às normas que regulavam o setor bem como em relação aos instrumentos tecnológicos utilizados. A fim de estabelecer padrões técnicos e efetuar melhorias na prestação do serviço, a partir desse período o Estado passa a centralizar o Serviço de Telecomunicações, que passa a ser entendido então como um monopólio natural. Em virtude dos avanços tecnológicos e de mudanças econômicas, surge a necessidade de uma nova postura com relação às Telecomunicações, de maneira que o Estado começa a interferir no setor através de regulamentação, abrindo-o novamente para a iniciativa privada e paulatinamente se distanciando da atuação direta nele. De maneira alguma o Estado abandona o setor, apenas torna o seu controle mais eficiente, regulando a atividade dos particulares que irão prestar o serviço público das telecomunicações. Inexiste um abandono total por parte do Estado de sua postura de interventor, mas sim uma mudança de postura organizacional.

Diante da abertura do setor para a iniciativa privada e da decadência da estrutura monopolizada do Setor das Telecomunicações, vê-se necessária uma dupla regulação do setor, tanto no que diz respeito a aspectos técnicos quanto no que tange a efeitos do poder econômico dos agentes do setor. Conforme se constatou no caso Oi e Brasil Telecom analisado neste trabalho, atuam de forma quase que concomitante a Agência Reguladora setorial e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, uma vez que a existência de condições concorrenciais



dentro do setor ora em análise exige regulação específica além daquela cabível aos agentes econômicos em atos de concentração.

A fim de garantir as condições de eficiência no mercado, o CADE e a Anatel, agindo dentro de suas esferas de competência, aprovaram a operação de aquisição de controle da Brasil Telecom por parte da Oi, surgindo de tal maneira uma das maiores empresas de telecomunicações do país, capaz até mesmo de se colocar em pé de igualdade perante empresas internacionais que atuam em diversos subsetores das telecomunicações.

É possível afirmar que, ao impedir a concretização da operação, haveria certeza absoluta de que nenhum abuso de poder econômico ou óbices à entrada de novos agentes no mercado seria possível. No entanto, tomar esta postura seria coibir a formação de um forte grupo econômico no setor capaz e impedir a inserção no mercado de uma empresa econômica e estruturalmente mais forte e habilitada para trazer maiores benefícios ao consumidor final.

Se por um lado é possível a ocorrência de abuso de poder econômico a partir da concentração da Oi e da Brasil Telecom, por outro há que se ter em mente as mudanças sofridas pelo Setor das Telecomunicações e a nova postura que o Estado assumiu ao longo dos anos.

Foi possível analisar na operação econômica aqui estudada exatamente esta nova postura do Estado, um ente que não abandonou totalmente a sua atuação na economia, mas que a regula estruturalmente e, principalmente, fiscaliza as condutas dos agentes para evitar práticas nocivas à concorrência e estimula a repartição dos benefícios auferidos pelos produtores entre o consumidor final.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANATEL. **Procedimento Administrativo de Anuência Prévia nº. 53500.030759/2008**. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/>>. Acesso em 26/06/2010.

COMPARATO. **O poder de controle na Sociedade Anônima**. 3ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DINIZ, Eli. Crise, **Reforma do Estado e Governabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997.

FORGIONI, Paula A. **Análise Econômica do Direito: Paranóia ou Mistificação?** In: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em < <http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>>. Acesso em 26 Mai 2010.

\_\_\_\_\_. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 3ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

KOBUS, Renata Carvalho. **Concentração Econômica no Setor das Telecomunicações – uma análise jurídica no caso Brasil Telecom-Oi**. Relatório de pesquisa apresentado ao PIBIC. Orientadora: Profª. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro. Curitiba, 2010.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – introdução ao Direito Econômico**. 4ª Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

PIMENTA, Eduardo Goulart. BOGLIONE, Stefano. **Análise Econômica do Direito Contratual**. In: Revista de Direito Público da Economia, n.1, ano I, Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, Economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PRADO, Ney. **Liberdade Econômica, Defesa da Concorrência e Democracia**. In: Direito Concorrencial, Aspecto jurídicos e Econômicos, Comentários à lei 8.884/94 e Estudos Doutrinários. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: Contratos Empresariais e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial - As condutas**. 1ª Ed..São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Concorrencial – As Estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Regulação da Atividade Econômica – Princípios e Fundamentos Jurídicos**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. **O Direito da Concorrência e Seus Fundamentos: Racionalidade e Legitimidade na aplicação da Lei 8.884/94**. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 117, ano XXXIX. São Paulo: Malheiros, janeiro-março.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO e SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Anexo I, Portaria Conjunta SEAE/SDE nº. 50 de 1º de Agosto de 2001. D.O.U. nº 158-E, de 17/08/01, Seção 1, páginas 12 a 15. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> . Acesso em 04/10/2010.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. **Parecer**. Ato de Concentração nº. 08012.005789/2008-23. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 04/10/2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 1995.