



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

MARINA SOUZA LEÃO ARAUJO

**INTERSECÇÕES ENTRE REGULAÇÃO E ANTITRUSTE: Uma análise do caso  
AT&T x Warner**

RECIFE

2021

MARINA SOUZA LEÃO ARAUJO

**INTERSECÇÕES ENTRE REGULAÇÃO E ANTITRUSTE: Uma análise do caso  
AT&T x Warner**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

**Área de Concentração:** Direito Público Especializado.

**Orientador:** Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega.

RECIFE

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Araujo, Marina Souza Leão.

Intersecções Entre Regulação e Antitruste: uma análise do caso AT&T x Warner / Marina Souza Leão Araujo. - Recife, 2021.

58 p.

Orientador(a): Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2021.

1. Regulação Econômica. 2. Defesa da Concorrência. 3. Agências Reguladoras. 4. Atuação do Estado na Economia. 5. CADE. I. Nóbrega, Marcos Antônio Rios da. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

MARINA SOUZA LEÃO ARAUJO

**INTERSECÇÕES ENTRE REGULAÇÃO E ANTITRUSTE: uma análise do caso  
AT&T x Warner**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Curso de Direito da Universidade Federal de  
Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas,  
como requisito parcial para obtenção do título  
de bacharel em Direito.

Aprovada em: 09/06/2021.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega (Orientador)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof. Sady Torres (Examinador Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Profa. Dra. Luciana Grassano de Gouvêa Mélo (Examinador Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Arnóbio e Tatiana, por terem me ensinado, desde sempre, que a herança mais importante que eu teria em vida seria o meu conhecimento e a minha educação.

E aos meus irmãos, Marcelo e Clarice, por serem as minhas grandes inspirações e os meus melhores amigos nessa vida.

## RESUMO

A reorganização do papel do Estado brasileiro iniciada na década de 1990, privilegiou a forma de atuação estatal indireta no domínio econômico, o que contribuiu fortemente para o desenvolvimento e a concretização do direito antitruste e da regulação econômica no Brasil. Como consequência disso, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e dos órgãos reguladores foi ampliada, aumentando a probabilidade de interação entre essas entidades na prática, seja de forma complementar ou contraposta. Essa interação foi observada recentemente no caso envolvendo a operação de fusão entre a AT&T e a Warner, a qual teve que passar tanto pelo crivo do CADE quanto das respectivas agências reguladoras envolvidas (ANATEL e ANCINE). Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar a atuação do Estado no domínio econômico a partir das hipóteses de intersecção entre regulação e antitruste, para, ao final, observar como a interação entre a autoridade antitruste brasileira e os órgãos reguladores ocorreu empiricamente através do estudo do caso AT&T x Warner.

**Palavras-chave:** Atuação do Estado na economia; defesa da concorrência; CADE; regulação econômica; agências reguladoras.

## **ABSTRACT**

The Brazilian State's role in the economy suffered a reorganization that initiated in the 1990s, favoring the State's indirect intervention in the economic domain, which strongly contributed to the development and implementation of antitrust law and economic regulation in Brazil. Consequently, the role of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) and of the regulation has been expanded, increasing the chances of interaction between these entities in practice, either in a complementary or counter-way. This interaction was recently noted in the case involving the merge between AT&T and Warner, which had to go through both the review of CADE and of the regulatory agencies involved (ANATEL and ANCINE). In this context, the present study aims to analyze the State's role in the economic domain focused on the hypothesis of intersection between regulation and antitrust, in order to observe in the end how the interaction between the Brazilian antitrust authority and the regulatory bodies occurred empirically through the AT&T x Warner case.

**Keywords:** State's role in the economy; antitrust; economic regulation; regulatory agencies.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>09</b>
<b>2</b>	<b>A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA</b>	<b>11</b>
2.1	NOÇÕES GERAIS	11
<b>2.1.1</b>	<b>A atuação direta</b>	<b>12</b>
<b>2.1.2</b>	<b>A atuação indireta</b>	<b>14</b>
2.2	A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA NO BRASIL	16
<b>2.2.1</b>	<b>Aspectos Gerais</b>	<b>16</b>
<b>2.2.2</b>	<b>As Agências Reguladoras</b>	<b>19</b>
<b>2.2.3</b>	<b>Poderes e Atribuições</b>	<b>20</b>
2.3	A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	21
<b>2.3.1</b>	<b>Aspectos Gerais</b>	<b>21</b>
<b>2.3.2</b>	<b>Poderes e Atribuições</b>	<b>23</b>
<b>3</b>	<b>AS HIPÓTESES DE INTERSECÇÃO ENTRE REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA</b>	<b>26</b>
3.1	A HIPÓTESE DA “IMUNIDADE ANTITRUSTE”	28
<b>3.1.1</b>	<b>State Action Doctrine</b>	<b>28</b>
<b>3.1.2</b>	<b>Pervasive Power Doctrine</b>	<b>30</b>
3.2	A HIPÓTESE DO CONFLITO NO CASO DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE EM MATÉRIA CONCORRENCIAL	31
<b>3.2.1</b>	<b>A Competência Concorrente no Controle de Condutas</b>	<b>32</b>
<b>3.2.2</b>	<b>A Competência Concorrente no Controle de Estruturas</b>	<b>33</b>
3.3	A HIPÓTESE DE COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ANTITRUSTE FORMULAR REGULAÇÃO EM SETORES REGULADOS	36
3.4	DA NECESSIDADE DE ARTICULAÇÃO ENTRE O CADE E OS ÓRGÃOS REGULADORES	38
<b>4</b>	<b>O CASO AT&amp;TXWARNER</b>	<b>40</b>
4.1	O CONTEXTO DA OPERAÇÃO	40
4.2	A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E DO CADE	42
<b>4.2.1</b>	<b>Posicionamento Inicial da ANATEL</b>	<b>42</b>
<b>4.2.2</b>	<b>Posicionamento Inicial da ANCINE</b>	<b>46</b>
<b>4.2.3</b>	<b>Posicionamento DO CADE</b>	<b>47</b>

## SUMÁRIO

<b>4.2.4</b>	<b>Posicionamento Final da ANATEL</b>	<b>49</b>
<b>4.2.5</b>	<b>Posicionamento Final da ANCINE</b>	<b>50</b>
4.3	CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CASO	50
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>53</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>56</b>

## 1 INTRODUÇÃO

“Neste momento entre o passado e o futuro em que o velho já vai saindo de cena mas o novo ainda não se instalou de todo, é compreensível uma certa dose de ansiedade”<sup>1</sup>.

O trecho do discurso proferido por Henrique Meirelles, então presidente do Banco Central, em 2003, no jantar anual da Federação Brasileira de Bancos (Febraban), traduz bem os sentimentos em torno processo de reorganização do papel do Estado brasileiro iniciado por volta da década de 1990<sup>2</sup>. O “velho” representava uma forma de atuação estatal focada na intervenção direta na economia, enquanto o “novo” marcava a transferência à iniciativa privada de certas atividades anteriormente exploradas pelo setor público, através das privatizações, consolidadas com a edição do Programa Nacional de Desestatização (PND)<sup>3</sup>.

A atribuição aos particulares de uma maior gama de atividades econômicas, alterou a “velha” forma de atuação estatal, que passou a se dedicar mais correntemente ao papel de agente normativo e regulador da atividade econômica.

Nesse contexto, o Estado passou a estabelecer mecanismos e normas de comportamento para os agentes atuantes nos mais diversos setores da economia, mediante a intervenção indireta no domínio econômico. Dentre esses mecanismos, destaca-se o desenvolvimento do direito antitruste e da regulação econômica.

Sobre esse contexto de privatização e mudança do papel do Estado, Caio Mário Neto pontua que:

De um lado, o redesenho de setores até então dominados por monopólios estatais exige a utilização de instrumentos jurídicos que permitam a entrada de novos competidores no mercado e nivelem as oportunidades de firmas entrantes e firmas já instaladas (ditas “incumbentes” a partir de termo utilizado na literatura internacional). (...) De outro lado, cabe ao Estado defender os espaços abertos para a competição, impedindo que alterações estruturais e/ou condutas de agentes econômicos prejudiquem a concorrência. Esse é um papel de “defesa de espaços concorrenciais abertos”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> BRASIL. **Banco Central**. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/pec/apron/Pron/Port/jantar.pdf>. Acesso em 29/05/2021.

<sup>2</sup> Os resultados desse desmonte das empresas estatais e de instituições próprias do Estado Democrático de Direito, que visavam, na teoria, aprimorar a atuação do Estado, podem ser questionados, sobretudo no que tange ao bem-estar social e à redução das desigualdades sociais no Brasil.

<sup>3</sup> O PND foi instituído pela Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, e contemplava apenas a possibilidade de alienação de empresas controladas pelo poder público (art. 2º, I e II). Em 1997, a Lei n. 9.491, de 9 de setembro daquele ano, reformou as feições do PND para permitir também a concessão à iniciativa privada da prestação de serviços públicos (art. 2o, III), revogando a Lei n. 8.031/90. Os objetivos do PND não sofreram mudanças relevantes com a edição da Lei n. 9.491/97; alguns deles foram mais bem especificados, mas não houve mudança nos objetivos centrais.

<sup>4</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. **Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE**. Revista Direito FGV. São Paulo, v. 12, n.1, jan-abr 2016, p. 14.

O redesenho dos novos setores ficou sob a responsabilidade da regulação econômica, mediante a atuação dos órgãos reguladores, que buscam fiscalizar e regular as atividades econômicas, serviços públicos ou monopólios estatais executados por empresas privadas através de prévia concessão, permissão ou autorização. Já a defesa dos espaços concorrenciais é de atribuição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que busca fiscalizar, prevenir e apurar os abusos de poder econômico.

Como consequência, observou-se uma intensificação na atuação do CADE e dos órgãos reguladores, aumentando a probabilidade destas entidades interagirem na prática, seja de forma complementar ou contraposta. Essa interação foi observada recentemente no caso envolvendo a operação de fusão entre a AT&T e a Warner, a qual teve que passar tanto pelo crivo do CADE quanto das respectivas agências reguladoras envolvidas (ANATEL e ANCINE).

Nesse caso, a AT&T Inc., holding sediada nos Estados Unidos da América atuante na área de comunicações e na prestação de serviços de entretenimento em telecomunicações digital, iniciou um processo de aquisição da Time Warner Inc., empresa de mídia e entretenimento com atuação mundial, também sediada nos EUA.

A fusão das filiais e subsidiárias das empresas no Brasil, que naturalmente passaria pela análise das respectivas agências reguladoras, teve que ser submetida também ao CADE por se enquadrar nos parâmetros de notificação da Autarquia e também por levantar preocupações relacionadas a possíveis danos à concorrência no mercado de telecomunicações.

Sendo assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar as possibilidades de intersecção da regulação e do antitruste, para, ao final, observar como se deu essa interação na prática no caso da AT&T x Warner.

Para tanto, o primeiro capítulo será dedicado ao estudo das formas de atuação do Estado na economia, focando na forma de atuação indireta realizada através dos órgãos reguladores e do CADE, delimitando as respectivas competências dessas entidades.

Uma vez estabelecidas essas competências, abordar-se-á, no segundo capítulo, as possibilidades de intersecção entre regulação e direito concorrencial com base nas tendências observadas pela melhor doutrina ao longo da jurisprudência do CADE.

Por último, o terceiro capítulo irá analisar as particularidades da operação de aquisição da Time Warner pela AT&T, através dos posicionamentos das respectivas agências reguladoras e do CADE sobre os aspectos concorrenciais e regulatórios do caso, a fim de compreender como essa interação ocorre na prática.

## 2 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

### 2.1 NOÇÕES GERAIS

Segundo a Teoria da Regulação de Robert Boyer, a viabilidade de uma economia de mercado não depende apenas de condições de análise econômica particulares, mas também, e sobretudo, da existência de instituições que viabilizem o desenvolvimento de um ambiente favorável à ocorrência das trocas e demais atos inerentes a esse tipo de organização econômica<sup>5</sup>.

A existência de instituições jurídicas aptas a mediar as relações de produção características de uma economia de mercado mostra-se como elemento essencial para a própria existência desta. Em outras palavras, o direito é responsável por criar as condições necessárias para o desenvolvimento da economia. Eros Grau, ao tratar sobre o tema, pontua que:

Em suma:

- (i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias;
- (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado;
- (iii) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos.<sup>6</sup>

Considerando, portanto, que os valores e a estrutura da economia de mercado são instituídos por meio de normas jurídicas postas pelo Estado, é incontestável a importância e a centralidade do papel que este exerce no domínio econômico. A Constituição Federal de 1988 reconheceu tal importância ao estabelecer, em seu art. 170<sup>7</sup>, os parâmetros para a atuação do Estado brasileiro na economia com base nas premissas para o desenvolvimento da Ordem Econômica Nacional.

Para Leonardo Figueiredo, essa Ordem nada mais seria que o “tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da vida econômica da Nação, limitado e delineado pelas formas estabelecidas na própria Lei Maior para legitimar a intervenção do Estado no domínio privado econômico”<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> BOYER, Robert. **Teoria da regulação. Os fundamentos**. 1ª ed. Estação Liberdade, 2009. P. 07.

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30.

<sup>7</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

<sup>8</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

A leitura desse artigo permite concluir que a CF adotou o sistema capitalista como forma de produção da economia brasileira ao instituir a apropriação privada dos bens e a livre concorrência como premissas da Ordem Econômica<sup>9</sup>. Paralelamente à instituição de tais valores, a CF também previu o poder-dever do Estado de intervir na economia para promover a justiça social e para assegurar a todos uma existência digna, em consonância com os princípios constitucionais elencados no art. 170.

Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira aponta que:

No caso brasileiro, a ordem econômica constitucional é capitalista, sobretudo porque se apoia na apropriação privada dos bens e fatores de produção, no direito de propriedade, na iniciativa privada e na livre concorrência (...). Um capitalismo funcionalizado à justiça social, com fundamento no Estado social Democrático de Direito.<sup>10</sup>

A atuação do Estado na economia é voltada, portanto, não apenas para a viabilização do sistema capitalista de mercado, como também para a efetivação de uma justiça social, fundamentada no Estado Social Democrático de Direito. É válido ressaltar que, na prática, nem sempre os parâmetros para a aplicação de uma justiça social nem sempre são observados, sobretudo quando as políticas econômicas visam apenas o crescimento baseado em números sem o aumento efetivo do bem-estar social.

Isto posto, essa intervenção é observada na medida em que o Estado limita a autonomia privada, presta serviços públicos, regula a atividade econômica e explora diretamente a atividade econômica., o que pode ocorrer de forma direta ou indireta, a depender do que for determinado pela Constituição Federal<sup>11</sup>.

### 2.1.1 A atuação direta

A atuação direta ocorre nos casos em que o Estado explora diretamente a atividade econômica. Essa modalidade foi fortemente utilizada ao longo do século passado no período de industrialização da economia brasileira, chegando em seu ápice durante os anos 80. A título de ilustração, dados do IPEA indicam que, em 1989, 8 das 50 empresas com maiores receitas, 17 das 20 empresas com maiores patrimônios líquidos e metade das 20 empresas mais lucrativas eram Empresas Estatais (EE).

Essa tendência teve início ainda nos anos 30, baseada na ideia de que o Estado devia intervir na economia para corrigir falhas de mercado que retardavam o processo de

---

<sup>9</sup> FERREIRA, Pinto. Curso de direito constitucional. 12ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>10</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013, p. pagina 91.

<sup>11</sup> Na doutrina, existe vasta discussão sobre as diversas formas de manifestação do Estado na economia, não havendo, porém, consenso quanto a uma classificação.

industrialização. A expansão das EE para setores de base (mineração, siderurgia, eletricidade, entre outros), tornaram-nas instrumentos chaves da política econômica, o que possibilitou o rápido aumento do investimento agregado, da industrialização, dentre outros avanços.

Essa realidade, porém, foi alterada por uma série de fatores socioeconômicos ocorridos no final do século passado de modo que, se antes a intervenção estatal direta tinha uma finalidade eminentemente de política econômica-industrial, ela ganha uma nova feição voltada para a coibição de práticas que estimulem o abuso de poder econômico e que atentem à Ordem Econômica em geral.

A Constituição Federal refletiu tais mudanças em seu art. 173<sup>12</sup>, que restringiu a participação direta do Estado na economia apenas para os casos em que ela seja necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo e nos casos de monopólio especificamente previstos no *caput* do art. 177 da CF<sup>13</sup>. A outra hipótese de atuação estatal direta é a prevista pelo *caput* do art. 175<sup>14</sup>, referente à prestação de serviços públicos.

Logo, a intervenção direta poderá ocorrer através de duas atividades distintas, sendo elas: a atividade econômica em sentido estrito, prevista no art. 173, e os serviços públicos, prevista no 175.

Em relação à primeira, Eros Grau ensina que esse é tipo de atividade em que o Estado atua na atividade econômica tal qual um particular, na medida em que se trata de “atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado”<sup>15</sup>.

Com efeito, o art. 173 prevê que o exercício dessa atividade deverá ocorrer por meio de contrato com entidades privadas, por empresas públicas ou por sociedades de economia mista. Nos últimos dois casos, as entidades serão consideradas como pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à Administração Pública Indireta.

É válido destacar que, nos casos em que o Estado exercer atividade econômica em sentido estrito, competindo diretamente com os particulares, é vedada a concessão de

---

<sup>12</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

<sup>13</sup> Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> GRAU, Eros Roberto, ob. cit., p. 96.

privilégios fiscais que não sejam aplicáveis a empresas privadas para as empresas públicas ou sociedades de economia mista. Essa vedação garante que a isonomia entre os agentes seja mantida, visto que o Estado age como se particular fosse.

A atividade econômica em sentido estrito não se confunde, porém, com a prestação dos serviços públicos. Antes de tudo porque aquela se dá em área de titularidade do setor privado, enquanto esta se dá em âmbito exclusivo do Poder Público. Ou seja, no caso dos serviços públicos, apenas o Estado têm competência para exercer as respectivas atividades.

Essa exclusividade se justifica porque os serviços públicos servem para satisfazer necessidades essenciais da coletividade. Nesse sentido, Marçal Justen Filho apresenta a seguinte definição:

O serviço público existe quando uma atividade econômica é necessária de modo direto e imediato à satisfação de direitos fundamentais. Como decorrência, essa atividade é atribuída à titularidade do Estado e submetida ao regime de Direito Público. Isso acarreta a não aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. O art. 175 da Constituição disciplina a matéria<sup>16</sup>.

Vale deixar claro, por fim, que a titularidade do serviço e a titularidade da prestação do serviço pública são distintas. A primeira, sempre vai ser do Estado, mas a segunda pode ser concedida por ele a outras entidades através de autorização, permissão ou concessão, conforme o caso. Em outras palavras, o Estado pode optar por prestar os serviços de forma indireta, de modo que estes serão materialmente executados por empresas privadas, o que não retira, porém, a titularidade do serviço do Poder Público.

### **2.1.2 A atuação indireta**

A atuação indireta, por sua vez, foi privilegiada pela CF como a regra para a intervenção estatal no domínio econômico, ocorrendo nos casos em que o Estado busca, por meio de ações capazes de inibir ou estimular determinado comportamento do mercado ou de segmentos econômicos específicos, efetivar os princípios da ordem econômica estabelecidos pelo art. 170 da CF.

A lógica por trás dessa escolha tem fundamento nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, responsáveis por arquitetar a organização dos mercados de modo a dar maior espaço e liberdade para os particulares na exploração das atividades econômicas.

O fato de a Constituição ter dado preferência aos agentes particulares na exploração das atividades econômicas não exclui, porém, o Estado dessa dinâmica, que passa a atuar

---

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 423.

como agente normativo e regulador dessas atividades para garantir que os interesses econômicos não se contraponham aos demais interesses constitucionais.

Os critérios para esse tipo de atuação estatal foram previstos pelo art. 174 da CF, da seguinte forma:

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

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Sobre o papel de agente atribuído ao Estado pelo dispositivo acima mencionado, Egon Bockmann Moreira faz a seguinte observação:

(...) agente é aquele que age: desencadeia ações, trata de negócios, exerce funções, dá causa a eventos. Mais ainda: agente econômico é a instituição - ou empresa - que efetivamente faz parte da economia, influenciando-a e sendo influenciada por ela. Pois ao qualificar o agente estatal como normativo e regulador, a constituição estabelece o compromisso de que esta ação econômica se dê também por meio de normas (leis) e regulamentos (infralegais), dirigidos a receber e a gerar influxos da economia. A este agente, o sujeito-Estado, os arts. 173 e 174 da constituição impõem o dever de conviver, regular, interagir e integrar a realidade econômica brasileira<sup>17</sup>.

Ademais, a atuação estatal prevista nos moldes do art. 174 poderá ser exercida através de duas formas distintas: através da normatização ou da regulação da economia.

A primeira forma, a normatização, é aquela que ocorre quando o Estado cria normas infraconstitucionais voltadas para a efetivação dos princípios constitucionais da Ordem Econômica previstos no art. 170. Já a segunda forma, a regulação, ocorre como consequência da normatização, na medida em que o Estado coloca em prática o que foi previsto nas normas criadas, enquadrando-as às situações reais. As duas formas de atuação indireta são, portanto, indissociáveis.

Essas formas de atuação podem ser exercidas pelo Estado por meio de três funções específicas: a fiscalização, o incentivo e o planejamento. A função de fiscalização é realizada através da verificação do cumprimento das disposições normativas que regem as atividades exercidas pelos agentes econômicos. Essa verificação é feita mediante o uso do

<sup>17</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, ob. cit., p. 105.

poder de polícia estatal e exige uma atuação prévia do Estado enquanto agente normativo que cria parâmetros para o exercício das atividades econômicas. O exercício dessa função pode ser observado tanto na atuação das agências reguladoras como na do CADE, as quais serão esmiuçadas mais à frente neste trabalho.

Já a função de incentivo é realizada através do fomento, implementação ou desenvolvimento de determinada atividade por meio de auxílio prestado pelo Poder Público. O objetivo dessa forma de atuação é induzir as estratégias empresariais de modo que estas produzam resultados benéficos ao interesse público, dentro dos parâmetros estipulados em lei. É o caso, por exemplo, da dispensa às micro e pequenas empresas de tratamento jurídico diferenciado, com fins de incentivá-las economicamente.

A última forma de atuação indireta do Estado na economia é o planejamento, voltado para a organização das atividades econômicas com a finalidade de atingir metas e resultados previamente estabelecidos sob a forma de planos. Essa organização é feita na esfera pública através dos Planos Plurianuais (PPA) e complementados pelas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO), os quais influenciam indiretamente na organização feita pelos particulares na iniciativa privada.

## 2.2 A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA NO BRASIL

### 2.2.1 Aspectos gerais

A preferência estabelecida pela Constituição em favor da atuação indireta deu um novo formato à regulação da atividade econômica no Brasil, que passou a assumir uma função muito mais estrutural do que, como até então, circunstancial.

O Estado superou a lógica de intervenção regida pelo binômio “poder de polícia”- “serviço público” para adotar uma lógica mais integrativa de participação na economia, voltada para o seu incentivo, influência e inclusão. E a regulação é um dos meios através do qual ele coloca tais fins em prática<sup>18</sup>.

Se conceituada de forma ampla, como na definição proposta por Calixto Salomão Filho, a regulação da atividade econômica engloba “toda forma de organização da atividade econômica através do Estado”<sup>19</sup>. Esse é também o entendimento sustentado por Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>20</sup>, ao considerar a regulação como toda forma de intervenção do Estado no domínio econômico que não seja a assunção direta do exercício da atividade econômica.

---

<sup>18</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, ob. cit., p. 89.

<sup>19</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 15, 18, nota de rodapé n. 8, e p. 30-35.

<sup>20</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A nova regulação dos serviços públicos**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 228, Rio de Janeiro, abr.-jun., 2002, p. 71.

Caio Mário Neto, em artigo específico sobre o tema, adota a definição proposta pela autora francesa Marie-Ane Frison Roche<sup>21</sup>, que conceitua regulação como “a aparelhagem jurídica de um setor específico da economia, por meio da qual o Poder Público cria e mantém dentro do setor um equilíbrio entre a concorrência e outros princípios que não seriam criados ou mantidos com apoio somente no direito concorrencial”<sup>22</sup>.

Ainda de acordo com Caio Mário, “essa definição permite expandir o tema para abarcar toda forma de organização da atividade econômica pelo Estado que não seja a assunção direta do seu exercício pelo Poder Público, englobando tanto a concessão de serviço público quanto o exercício do poder de polícia sobre atividades submetidas ao regime de livre-iniciativa”<sup>23</sup>.

Para fins do presente trabalho, adotar-se-á este conceito de regulação em razão da completude por ela fornecida para as análises que serão desenvolvidas nos próximos pontos.

Uma vez estabelecido tal parâmetro, faz-se fundamental diferenciar a ideia de “regulação” com a de “regulamentação”. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o ato de *regular* possui sentido mais amplo, ocorrendo através do estabelecimento de regras que podem ser emanadas por qualquer órgão da Administração ou qualquer um dos Poderes, o que abrangeria, inclusive o ato de *regulamentar*. Nas suas palavras:

Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio e órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito. [...] Regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis<sup>24</sup>.

Nesse sentido, são válidas as lições de Alexandra Mazza ao concluir que “a expressão ‘regulação’ designa a somatória de funções jurídicas há muito conhecida dos estudiosos do Direito Administrativo, tais como: o poder regulamentar, o poder de polícia e a prática de atos tendentes à execução da lei”<sup>25</sup>. No que diz respeito à *regulamentação*, o autor afirma que ela possui dois sentidos, um amplo e um estrito, nos seguintes termos:

Em sentido amplo, regulamentar é a ação de dar concretude, de integrar, de tornar viável na prática a aplicação de regras muito genéricas. Fala-se, por exemplo, em normas que regulamentam dispositivos constitucionais. Estritamente, regulamentar significa expedir regulamentos, atos administrativos infralegais,

<sup>21</sup> FRISON ROCHE, Marie-Ane. **Definição do direito da regulação econômica**. Revista de Direito Público da Economia, 2005.

<sup>22</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida, ob. cit., p. 16.

<sup>23</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida, ob. cit., p. 16.

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 150.

<sup>25</sup> MAZZA, Alexandre. **Agências reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 33.

gerais e abstratos, que são privativos do Chefe do Executivo, e servem para dar fiel execução à lei (art. 84, IV, da Constituição Federal: compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução)<sup>26</sup>.

À título de ratificação do entendimento anteriormente exposto, vale colacionar a posição de Egon Bockmann Moreira sobre o tema, ao definir o regulamento como “ato administrativo, de caráter normativo, com finalidade de especificar os mandamentos da lei ou de prover situações ainda por ela não disciplinadas, emitido por órgão ou agente no exercício de função não legislativa”<sup>27</sup>.

Esse mesmo autor aponta, como possíveis sujeitos reguladores, pessoas de direito público e/ou de direito privado que possam/devam concretizar ações e/ou normas que disciplinem a conduta econômica de terceiros e, de forma mais ampla, dos mercados.

Na hipótese das pessoas de direito público, a lei ou a Constituição deve lhes atribuir competência específica para que elas possam regular, sendo elas, em geral, entidades e/ou órgão da Administração Pública de algum dos três poderes. Quando a regulação é realizada, por exemplo, pelas empresas públicas e pelas agências reguladoras, a competência para tal é estabelecida por lei própria, enquanto que quando ela é realizada pelo Presidente da República ou o CNJ a competência é estabelecida pela própria Constituição.

Já a regulação realizada por pessoas de direito privado é observada quando associações privadas e público-privadas disciplinam as condutas de seus associados, podendo institucionalizar barreiras de entrada (exame de ordem da OAB), regular parâmetros éticos de exercício de atividade econômica (código de ética do CFM) e até mesmo impor proibições e sanções a certas atividades (regulação de propaganda pela CONAR).

Para fins do presente estudo, vale destacar que a regulação realizada por meio das Agências reguladoras tem por finalidade disciplinar a atividade econômica de pessoas de direito privado, dentre as quais se incluem as empresas estatais, no contexto de um determinado mercado. Isso envolve, portanto, o estabelecimento de preços, quantidade, qualidade, horário de funcionamento, concorrência, e outros fatores que influenciam na administração dos recursos utilizados no desenvolvimento da atividade empresarial.

Nas palavras Alexandre Ditzel Faraco, esse tipo de regulação “restringe o âmbito de liberdade do agente econômico. Substitui a escolha privada em relação a certas variáveis econômicas – como preço, quantidade, diferenciação e investimento – por uma decisão estatal.” O autor pontua, ainda, que ela é composta de normas específicas direcionadas a

---

<sup>26</sup> MAZZA, Alexandre, ob. cit., p. 33.

<sup>27</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, Apud PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 297-298.

determinados setores da economia, impondo escolhas e fazendo restrições, podendo, também, estarem instrumentalizadas à realização de certos resultados predeterminados<sup>28</sup>.

Dessa forma, às Agências Reguladoras é atribuído o poder, responsável por adereçar temas concretos através de atos normativos infralegais, que possuem legitimidade e eficácia dentro dos limites que a sua lei de criação estabeleceu. Esses atos são materiais e se encontram abaixo da Constituição e das leis, apesar de deverem estar em consonância com ambas.

### 2.2.2 As Agências Reguladoras

O modelo de regulação da atividade econômica através das Agências Reguladoras advém do direito norte-americano, com a criação, em 1887, da *Interstate Commerce Commission*, em razão de intensos conflitos entre agentes econômicos no setor ferroviário. Logo em seguida, criou-se também a *Federal Trade Commission*, órgão que ficou encarregado de atuar nas hipóteses de conduta anticompetitiva e concentração de poder econômico.

Nesse contexto, as agências foram formuladas como entes independentes criados pelo Poder Legislativo com a finalidade de fiscalizar a atuação dos agentes de determinados setores econômicos, regulamentando e controlando a sua atuação.

A criação das agências reguladoras, no Brasil, está diretamente associada ao movimento de reforma do Estado e de privatização de estatais mencionado na Introdução deste trabalho e que estimulou o desenvolvimento de novas formas de atuação estatal indireta no domínio econômico. Esse cenário estimulou o surgimento de entidades públicas politicamente neutras e imparciais, ao menos em teoria que se responsabilizassem pela regulação de certos mercados a fim de compatibilizar os interesses políticos (Governo), coletivos (sociedade) e privados (agentes econômicos)<sup>29</sup>.

Sendo assim, o modelo das agências reguladoras brasileiras pode ser definido, nas palavras de Marçal Justen Filho, como “uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial”<sup>30</sup>.

Como autarquia especial, as agências fazem parte da Administração Pública e exercem atividades típicas do Estado, possuindo personalidade jurídica de direito público e capacidade de autoadministração. Por outro lado, elas se diferem das demais autarquias na medida em que as leis que as instituem lhes garantem maior autonomia econômica e jurídica em face

---

<sup>28</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. **Direito concorrencial e regulação**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 9-41, out./dez. 2013, p. 10.

<sup>29</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu, ob. cit., p. 160.

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, ob. cit., p. 464.

da Administração Pública.

Essa autonomia é imprescindível para que as agências consigam exercer suas atribuições de forma neutra e imparcial, ainda que, na prática, a aplicação desses valores seja controversa<sup>31</sup>.

No que tange à competência para regulação setorial, cabe destacar que as agências possuem atribuição para editar normas, tomar decisões a respeito de solicitações e compor conflitos em determinado setor da economia, na medida em que for estipulado pelas suas respectivas leis de criação. Nesse sentido, as decisões por elas tomadas são cogentes e vinculam tanto os agentes públicos como os privados.

Como cada agência atua em um mercado distinto, a legislação que a instituir deverá observar o critério da especialidade, estabelecendo funções específicas para que a agência reguladora possa atender às necessidades características do respectivo mercado. Isso exige que o corpo funcional das agências, constituído por profissionais selecionados mediante concurso público, possua capacidade técnica através extenso conhecimento dos segmentos mercadológicos em que atua.

### 2.2.3 Poderes e Atribuições

Uma vez estabelecidos os critérios gerais para a constituição das agências reguladoras, é possível concluir que elas não apenas possuem autonomia administrativa e financeira, como também possuem competências de caráter normativo, executivo e até mesmo “jurisdicional” para regular um determinado setor da economia.

O aspecto normativo reflete a delegação de competências do Poder Legislativo e Executivo às agências para que elas, atuando com dinamismo, atualidade e flexibilidade possam atender às demandas dos agentes regulados dentro da moldura jurídica vigente<sup>32</sup>. A título de exemplo, pode-se citar os atos normativos setoriais.

Outra atribuição das agências é a de fiscalizar e direcionar a atuação dos agentes nos mercados que elas regulam. Isso pode ser feito através do estímulo à concorrência, do controle de tarifas, da universalização de serviços, da repreensão dos agentes que descumpram as normas, da proteção dos consumidores e da fiscalização de contratos.

Associada a essas duas atribuições, tem-se uma terceira, e talvez mais importante, função das agências atuarem como solucionadoras de litígios decorrentes de interesses divergentes tanto entre os próprios agentes regulados como entre estes e os usuários. Por isso

---

<sup>31</sup> Fala-se, inclusive, na *captura* política dessas Agências, que, ao invés de buscarem efetivar os seus fins legais, seriam direcionadas para o alcance de fins políticos.

<sup>32</sup> VENTURA, Carla Aparecida Arena. **O Papel das Agências Reguladoras na Gestão de Serviços Públicos: um Estudo de Caso da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL**. Disponível em: [http://www.anpad.org.br/diversos/down\\_zips/10/enanpad2006-apsa-2199.pdf](http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/10/enanpad2006-apsa-2199.pdf). Acesso em: 29/05/2020.

alguns chegam a chamar essa atuação de “jurisdicional”, na medida em que a agência deve atuar com imparcialidade na mediação de tais litígios.

## 2.3 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

### 2.3.1 Aspectos Gerais

O surgimento do Direito Concorrencial está atrelado ao movimento de concentração de capital observado no final do século XIX, decorrente da expansão da economia e da formação de grandes conglomerados empresariais, que despertou a atenção para a necessidade de se implementar políticas voltadas para o controle de poder econômico<sup>33</sup>.

Isso porque começou-se a perceber que o poder econômico, quando utilizado de forma abusiva por um agente de mercado, poderia trazer consequências danosas tanto para o funcionamento dos próprios mercados quanto para a democracia.

Tais preocupações resultaram na criação da legislação antitruste nos Estados Unidos, em 1890, conhecida como *Sherman Act* e que, apesar de não ser a primeira legislação sobre o tema no mundo, passou a servir como referência para muitos países. Nesse sentido, o doutrinador americano Jonathan B. Baker aponta que o *Sherman Act* foi concebido como: um instrumento de conciliação entre os valores da economia clássica e aqueles do liberalismo político; um meio de proteger os direitos naturais de liberdade econômica, a competitividade dos mercados e o livre; uma forma de assegurar ao máximo a eficiência econômica nacional em compatibilidade com a justiça, a harmonia social e a liberdade<sup>34</sup>.

Com efeito, o Direito Concorrencial passou a ser considerado, nos EUA, não apenas como garantia básica do sistema econômico como também garantia fundamental do cidadão na ordem econômica<sup>35</sup>.

Como o Brasil sofreu uma industrialização tardia, os problemas relacionados à concentração de poder econômico surgiram em momentos posteriores à criação da legislação antitruste americana. Dessa forma, em que pese a edição de alguns Decretos- lei contendo normas sobre o tema nas primeiras décadas do século XX, foi apenas em 1962 com a promulgação da Lei nº 4.137 que o Brasil teve o seu primeiro marco legislativo de Direito Concorrencial.

Além de ter sido responsável pela criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Paula Forgioni pontua que tal diploma foi importante para a separação do combate às condutas anticoncorrenciais da tutela da economia popular e do

---

<sup>33</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30.

<sup>34</sup> BAKER, Jonathan B. **A preface to post-Chicago Antitrust**. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=296119](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=296119). Acesso em 29/05/2021.

<sup>35</sup> H.B. Thorelli, **The Federal Antitrust Policy**. London: George Allen and Unwin, 1955.

abastecimento<sup>36</sup>. Na prática, porém, a lei teve pouca eficácia, considerando a política econômica conduzida pela ditadura militar entre 1964-1985, a qual se posicionava de forma favorável à concentração empresarial.

Com o advento da Constituição de 1988 e o fortalecimento dos princípios da Ordem Econômica, dentre os quais a vedação ao abuso de poder econômico que possa eliminar a concorrência, o domínio dos mercados e aumento arbitrário de lucros, foi promulgada a Lei nº 8.884/94 para estabelecer o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) composto pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE)<sup>37</sup>.

Sendo assim, a repressão do abuso de poder econômico passa a ser, após a CF de 1988, tema de interesse coletivo, na medida em que afeta diretamente a economia nacional, os direitos dos consumidores e o bem-estar social, razão pela qual essa repressão é tida como instrumento para garantia da dignidade de todos os cidadãos. Paula Forgioni analisa o tratamento conferido pela Constituição em relação à defesa da concorrência da seguinte forma:

O texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio, instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. José Alexandra Tavares Guerreiro, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, já via a proteção da concorrência como serviço de um bem maior, o interesse coletivo, de ordem pública. A disciplina da concorrência, no Brasil, surge, como anotamos no segundo capítulo, em contexto de proteção da economia popular (...), o que, sem sombra de dúvidas, já lhe atribui caráter instrumental, ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor. O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, § 4º), em atenção ao princípio da livre concorrência(art. 170, IV)<sup>38</sup>.

Essa visão da defesa da concorrência foi aplicada, também, à Lei nº 8.884/94, que qual foi de extrema importância para a consolidação do Direito Concorrencial brasileiro na medida em que transformou o CADE em autarquia, conferindo-lhe maior autonomia administrativa e financeira.

Neste ponto, é válido destacar que, apesar do CADE ter adquirido uma nova roupagem de autarquia em regime especial, ele não pode ser considerado como uma “agência reguladora da concorrência”, mas sim uma autoridade de defesa da concorrência, que tem competência judicante administrativa mas que não tem, por exemplo, competência para regular preços.

<sup>36</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 112.

<sup>37</sup> BRASIL. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm) Acesso em 05/05/2021.

<sup>38</sup> FORGIONI, Paula, ob. cit., p. 186.

De qualquer maneira, é possível afirmar que o CADE, ao aplicar norma em concreto, acaba por intervir no domínio econômico, correspondendo aos conceitos de regulação propostos por Calixto Salomão e Caio Mário, por exemplo.

Ademais, a legislação antitruste brasileira sofreu nova alteração com a Lei nº 12.529/2011, que mudou de forma significativa o aspecto estrutural do SBDC e que continua em vigência até o momento presente. Com ela, o SBDC passou a ser composto pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) do Ministério da Fazenda, sucessora da extinta SEAE, e pelo CADE.

É através desses dois órgãos que o SBDC busca efetivar a defesa da concorrência, a qual, segundo os ensinamentos de Luís Cabral de Moncada, engloba os seguintes objetivos:

(...) a defesa da concorrência entre as unidades produtivas compreende nos nossos dias um conjunto ordenado e homogêneo de política econômica, muito além das normas de polícia. O legislador partiu do princípio de que a concorrência não se desenvolve espontaneamente entre as empresas participantes do mercado, não lhe competindo tão só estabelecer um conjunto de regras tendo por objeto simplesmente a prevenção e repressão de situações em que o comportamento das empresas lesam intoleravelmente certos interesses públicos. Torna-se necessário para além disso organizar normativamente um regime de concorrência através do estabelecimento e defesa de um conjunto de normas de política econômica visando certos objetivos tais como um alto volume de emprego, ampla capacidade produtiva, uma relativa estabilidade monetária etc. (...) considerado só alcançáveis no quadro institucional de um mercado aberto na maior medida possível a todos os agentes econômicos e consumidores<sup>39</sup>.

### 2.3.2 Poderes e Atribuições

Conforme mencionado no ponto anterior, a SEPRAC e o CADE são os dois órgãos responsáveis por colocar em prática as medidas de defesa da concorrência previstas no SBDC.

A SEPRAC é responsável pela elaboração de estudos que analisam do ponto de vista concorrencial, políticas públicas, autorregulações e atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores<sup>40</sup>;

Já o CADE tem como objetivo “zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência”<sup>41</sup>.

A defesa da concorrência aplicada pelo CADE se estende, assim, não a um mercado

<sup>39</sup> MONCADA, Luís de Cabral, Apud FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu, ob. cit., p. 217.

<sup>40</sup> BRASIL. Secretaria Especial da Fazenda. Disponível em <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/orgaos/seprac#:~:text=Secretaria%20de%20Promo%C3%A7%C3%A3o%20da%20Produtividade%20e%20Advocacia%20da%20Concorr%C3%A2ncia%20D%20Seprac,-Info>. Acesso em 06/10/2020.

<sup>41</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Ordem Econômica. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/orgaos/conselho-administrativo-de-defesa-economica>. Acesso em 29/05/2021.

<sup>42</sup> FARACO, Alexandre Ditzel, ob. cit., p. 10.

específico mas à atividade econômica exercida por qualquer agente de mercado no âmbito em que este tem liberdade de fazer suas escolhas. Alexandre Ditzel Faraco complementa tal noção afirmando que o CADE:

(...) controla o exercício do poder econômico onde esse pode ser exercido e limita escolhas que tendam a resultar em concentração desse poder. Trata-se de conjunto normativo voltado a todos os setores da economia, aplicado de forma casuística e que não pretende conduzir as escolhas privadas a resultados predeterminados<sup>42</sup>.

A sua composição é formada pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos. Ao Tribunal, cabe a função de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei, assim como decidir os processos administrativos para imposição de sanção administrativas instauradas pela Superintendência Geral<sup>43</sup>. O Tribunal é composto por um Presidente e seis Conselheiros, com mandato de quatro anos, não coincidentes, sendo escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovação pelo Senado.

À Superintendência, cabe a função de instaurar e instruir processos administrativos de conduta anticompetitiva, assim como de formular pareceres opinativos pela restrição ou não de ato de concentração<sup>44</sup>. Ela é composta pelo Superintendente-Geral, com mandato de dois anos, que é assessorado por dois Superintendentes-Adjuntos por ele indicados.

Por último, cabe ao Departamento de Estudos Econômicos a função de auxiliar os outros dois órgãos na instrução e análise de processos administrativos relacionados a atos de concentração e condutas anticompetitivas, para além das pesquisas técnicas e científicas do CADE<sup>45</sup>. Ele é liderado pelo Economista-Chefe, que, por sua vez, é auxiliado por um Economista-Adjunto, sendo os dois nomeados por decisão em conjunto do Superintendente-Geral e do Presidente do Tribunal.

Vale mencionar, ainda, que a atuação do CADE na defesa da concorrência pode ocorrer por meio de: a) ações preventivas; b) ações repressivas; e c) ações educativas.

As ações preventivas, como o próprio nome já indica, são aquelas em que a autoridade antitruste atua de forma prévia a fim de evitar a ocorrência de eventual situação prejudicial à concorrência. Elas se dão por meio do controle de estruturas de mercado, realizado pela análise prévia dos atos de concentração que se enquadrem nos parâmetros de notificação previstos na lei<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Ordem Econômica. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/Tribunaladministrativo>. Acesso em 06/05/2021.

<sup>43</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Ordem Econômica. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/Tribunaladministrativo>. Acesso em 06/05/2021.

<sup>44</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Ordem Econômica. Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/superintendencia\\_geral](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/superintendencia_geral). Acesso em 06/05/2021.

<sup>45</sup> BRASIL. CADE. Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/departamento\\_de\\_estudos\\_economicos](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/departamento_de_estudos_economicos). Acesso em: 06 de out. de 2020.

<sup>46</sup> Art. 1º Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho

As ações repressivas são aquelas voltadas para a investigação e punição de condutas anticompetitivas, previstas na Lei nº 12.529/2011. Elas se dão por meio do controle de condutas do mercado e dependem de uma série de análises, que vão desde a interpretação dos critérios legais definidores das infrações até a análise econômica dos efeitos das condutas sob escrutínio<sup>47</sup>.

Já as ações educativas visam disseminar a cultura da concorrência, podendo ser realizadas por meio de seminários, cursos e publicações, parcerias com entidades públicas ou privadas focadas em interesses coletivos, ou também pela participação ativa na formulação das estratégias econômicas e políticas públicas, a fim de que estas tenham a defesa da concorrência como um dos seus fundamentos.

---

Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de: I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.

<sup>47</sup> FRAZÃO, Ana, ob. cit., p. 247.

### 3 AS HIPÓTESES DE INTERSECÇÃO ENTRE REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Após todos os conceitos estudados na seção, é possível concluir que tanto a regulação econômica quanto o direito concorrencial são formas de atuação indireta estatal na economia. Apesar de ambas possuírem a defesa da concorrência e a efetivação dos princípios da Ordem Econômica como denominador comum, elas são instrumentos de intervenção estatal distintos, com diversas particularidades, e que, a depender, podem interagir no mesmo caso em concreto.

Por um lado, a regulação atua no contexto de um mercado específico, restringindo o âmbito de liberdade do agente econômico e estabelecendo de forma prévia, mediante uma decisão estatal, os parâmetros de certas variáveis econômicas que deverão ser seguidos pelos agentes. Essa atuação geralmente se dá através de um controle direto sobre preços, quantidades, acesso ao mercados e qualidade dos serviços prestados.

Nesse contexto, a regulação pode complementar o sistema de mercado para garantir a convivência da concorrência com outros imperativos legais, pode substituir o sistema concorrencial, forçando a adequação de mercados cujas condições estruturais não possibilitam o seu controle apenas pelo direito concorrencial e pode também colocar em prática medidas de caráter distributivo, como nos casos de política de universalização em setores de infraestrutura<sup>48</sup>. Ou seja, a regulação busca efetivar, para além da defesa da concorrência, um conjunto de finalidades públicas no setor em que atua<sup>49</sup>.

Por outro lado, a aplicação do direito concorrencial ocorre no contexto em que os agentes econômicos possuem liberdade para realizar suas escolhas, na medida em que disciplina tais escolhas com o objetivo de controlar o exercício do poder econômico. Nesta hipótese, procura-se limitar as escolhas dos agentes que possam provocar a concentração desse poder.

Ademais, as normas de direito concorrencial são direcionadas para todos os setores da economia, buscando assegurar a proteção do processo dinâmico do funcionamento dos mercados<sup>50</sup>.

De pronto, fica evidente que, enquanto a regulação trata de suprimir o próprio poder

---

<sup>48</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida, ob. cit., p. 17.

<sup>49</sup> GARCÍA-MORATO, Lúcia Lopez e ORTIZ, Gaspar Arniño. **La competencia en sectores regulados**. P. 337.

<sup>50</sup> Pedro Barros, analisando o tema com base no ordenamento português, afirma que: “a Autoridade da Concorrência, pela natureza das suas funções procura defender o processo concorrencial, e não alcançar um objetivo específico para cada mercado. Assim, se um objetivo não econômico não é plenamente alcançado pelo bom funcionamento do mercado, a intervenção da entidade reguladora setorial apresenta maior capacidade de alcançar esses objetivos do que a atuação da Autoridade da Concorrência”. BARROS, Pedro. **Relação entre autoridade da concorrência e autoridades setoriais**. In: SOARES, António Goucha e LEITÃO, Marina Manuel (coord.). **Concorrência – estudos**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 165.

econômico e substituí-lo por decisões estatais mediante normas direcionadas a setores específico, o direito concorrencial trata de conter o abuso do seu exercício como forma de garantir a defesa de concorrência nos setores em geral (regulados e não regulados).

Nesse contexto, Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas apontam que as hipóteses de intersecção entre regulação e antitruste são observadas através da interação, na prática, de três atribuições típicas envolvendo as autoridades regulatórias e concorrenciais: a) a regulação técnica (estabelecimento de normas, padrões e metas qualitativas a serem adotadas pelos agentes privados de um mercado); b) a regulação econômica (estabelecimento de condições de preços, tarifas, reajustes e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens e serviços); e c) a legislação da concorrência (aplicação das normas de defesa da concorrência, contemplando controle de estruturas de mercado e repressão de condutas anticompetitivas)<sup>51</sup>.

A partir desses critérios, os autores apresentam cinco hipóteses de intersecção entre as competência regulatórias e concorrenciais:

- 1) Isenção Antitruste: hipótese em que as agências realizam as três funções típicas, ficando responsáveis por aplicar também a legislação da concorrência, afastando a atuação da autoridade antitruste;
- 2) Competências Concorrentes: hipótese em que ambas as autoridades possuem competência para aplicar a legislação antitruste;
- 3) Competências Complementares: hipótese em que as autoridades reguladoras são responsáveis pela regulação técnica e econômica, enquanto que a autoridade concorrencial é responsável para legislação da concorrência;
- 4) Regulação Antitruste: hipótese em que a autoridade da concorrência aplica não apenas a legislação concorrencial, mas também a regulação técnica e econômica, restringindo-se esta última ao mínimo necessário; e
- 5) Desregulamentação: hipótese em que o mercado não possui regulação técnica ou econômica, havendo apenas o controle da legislação concorrencial pela autoridade antitruste.

Percebe-se, de pronto, que não haverá conflito na hipótese de desregulamentação, uma vez que há apenas a incidência das normas concorrenciais. Via de regra, esse também é o caso das hipóteses de competência complementar, na medida em que o próprio marco regulatório atribui à autoridade concorrencial a competência para a aplicação dessas normas no setor.

Nos outros três casos, quais sejam, a isenção antitruste, a competência concorrente e a

---

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. São Paulo: Renovar, 2014, p. 144-146.

regulação antitruste, há possibilidade de conflito na medida em que se questiona, respectivamente, o poder da norma regulatória afastar a norma concorrencial, a prevalência da norma setorial ou da concorrencial diante de posições conflitantes na aplicação das normas de defesa da concorrência e a possibilidade da autoridade antitruste exercer a atribuição de regulador técnico e econômico.

Esses conflitos podem ser tornar ainda mais intensos quando a lei ou o marco regulatório não delimita de forma precisa os espaços em que a concorrência deverá ser observada nos mercados regulados ou a autoridade que será responsável por realizar tal tutela.

Nesse contexto, abordar-se-á, nos próximos pontos, mais detalhadamente as três hipóteses de conflito entre regulação e antitruste, divididas da seguinte forma: a) imunidade antitruste; b) competência concorrente em matéria concorrencial; c) competência da autoridade antitruste formular regulação em setores regulados.

### 3.1 A HIPÓTESE DA “IMUNIDADE ANTITRUSTE”

A imunidade antitruste é observada nos casos em que o marco regulatório de determinado setor afasta a aplicação do direito concorrencial. Para Calixto Salomão, esse tipo de conflito entre normas concorrenciais e regulatórias estaria relacionado:

(...) à possibilidade de um particular que exerce atividade em um setor regulamentado e fiscalizado por órgão governamental tornar-se imune à aplicação do direito concorrencial e à competência das pessoas jurídicas ou órgãos encarregados de aplicá-lo por força de um ato de autorização e/ou concessão. (...) <sup>52</sup>.

A fim de solucionar essa questão, a doutrina norte-americana desenvolveu duas teorias sobre o tema, mediante construções jurisprudenciais, que propõem soluções jurídicas para os casos em que um órgão regulador afasta a aplicação do direito concorrencial num setor específico, conferindo-lhe uma imunidade concorrencial.

#### 3.1.1 State Action Doctrine

Essa teoria surgiu com base nos casos em que os atos dos governos estaduais americanos começaram a atribuir imunidade à aplicação do direito antitruste para determinadas atividades econômicas. No âmago do debate, encontrava-se o choque entre a autonomia estadual para regular a economia e a regulação concorrencial de competência federal.

---

<sup>52</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, ob. cit., p. 135.

O caso que assentou os parâmetros para a aplicação da teoria foi o da *California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminium Inc. (Midcal)* (445 U.S.97 - 1980), no qual questionou-se uma lei do Estado da Califórnia que demandava dos produtores e distribuidores de vinho o registro de *fair trade contracts* e de tabelas de preços, exigências que, caso descumpridas, acarretavam na atribuição de penalidades.

Na decisão, a Suprema Corte norte-americana fixou dois critérios para determinar se a regulação estadual estava sujeita ou não à imunidade de aplicação das normas concorrenciais federais: a) a regulação deveria ser formulada em razão de política governamental expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação; e b) o Estado deveria supervisionar ativa e constantemente o cumprimento das obrigações estabelecidas na regulação.

O primeiro requisito visa eliminar possíveis conflitos de competência provocados pela ausência de previsão legal para tal substituição, enquanto que o segundo busca evitar que os resultados da política “imune” às regras concorrenciais se mostrem desarrazoadas na prática para a concorrência e para os consumidores.

A aplicação da *State Action Doctrine* pelo CADE tem ocorrido de forma similar à realizada pela Suprema Corte norte-americana<sup>53</sup>, fazendo uso dos requisitos acima apontados com algumas adaptações, consoante observa Eduardo Ferreira Jordão.

De acordo com o autor, a utilização dos requisitos americanos seria adaptada por três razões principais: 1) por ir além da regulação estadual, abarcando também os entes federais e municipais; 2) pelo critério da “substituição do sistema concorrencial pela regulação” ter sido ampliado, em alguns casos, para incluir também um juízo de adequação, precariedade ou razoabilidade da regulação discutida; e 3) pelo critério da “supervisão ativa” ter sido interpretado, em alguns casos, a partir da razoabilidade e adequação da própria regulamentação aos princípios maiores que ela deveria respeitar (sentido externo) ao invés do sentido original de fiscalização e cumprimento efetivos da regulamentação (sentido interno)<sup>54</sup>.

Em suma, diante de uma possível interação conflitante entre regulação e antitruste nas situações em que a regulação atribuir uma imunidade antitruste, o CADE reconhecerá tal imunidade sob a condição de que a regulação tenha sido formulada por um ente federal, estadual ou municipal; de que essa regulação substitua expressamente o sistema

---

<sup>53</sup> Decisões do CADE sobre o tema: Representação n. 07/93 (Câmara das Empresas Brasileiras de Capital Nacional vs. Empresa de Passageiros); PA n. 08000.002605/97-52 (Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga AMUT P&C vs. BHTRANS – Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte e outros); PA n. 08012.006207/ 1998-48 (Companhia Nacional de Álcalis, Companhia Siderúrgica Nacional, Valesul Alumínio S.A., Proscint Produtos Sintéticos S.A., Cia. Salinas Perynas, Refinaria Nacional de Sal vs. Companhia Estadual de Gás – CEG e Riogás S.A., relator Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto).

<sup>54</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp.162-172.

concorrencial pela regulação, podendo ser analisada a adequação, precariedade ou razoabilidade desta; e de que o ente regulatório supervisione de forma ativa o cumprimento das obrigações estabelecidas pela regulação.

Na ausência de tais requisitos, não seria possível, portanto, afastar a aplicação das normas antitruste em favor da regulação para conferir imunidade a certos setores regulados, consoante prega a teoria da *State Action Doctrine*.

### 3.1.2 Pervasive Power Doctrine

A segunda teoria norte-americana envolve a interação entre autoridades regulatórias federais e a autoridade de defesa da concorrência. Enquanto a *State Action Doctrine* estava relacionada à concessão de imunidade concorrencial em setores regulados pelos Estados, a *Pervasive Power Doctrine* surge no contexto dos setores regulados pelas agências regulatórias federais.

Nessa hipótese, o que se busca é verificar os casos em que a atribuição de competência a uma agência reguladora afasta a possibilidade de aplicação das normas de defesa da concorrência. O caso chave para o desenvolvimento dessa teoria foi o *U.S. vs. National Association of Securities Dealers* (422 U.S. 694 (1975)), em que o Governo dos EUA questionou práticas de mercado restritivas praticadas no mercado secundário de valores mobiliários emitidos por fundos mútuos.

A Suprema Corte, ao se posicionar sobre a matéria concluiu que as competências conferidas à SEC pelos seus marcos regulatórios lhe asseguravam imunidade implícita às normas concorrenciais e que a concessão da imunidade seria imprescindível para o funcionamento desse marco. Em outras palavras, essa decisão estipulou que, sempre que o agente regulador federal receber poderes suficientes para tornar o marco regulatório incompatível com o direito concorrencial, haverá imunidade antitruste.

Outro parâmetro importante para a aplicação da teoria foi estabelecido no caso *U.S. vs. RCA* (358 U.S. 334 (1959)), em que a Suprema Corte decidiu que a *Federal Communications Commission* (FCC) não tinha competências profundas ao ponto de afastar a competência da autoridade antitruste. Com efeito, a autorização de alguma transação pelo FCC não teria o condão de impedir que essa mesma transação tivesse sua legalidade conferida pela autoridade concorrencial, em momento posterior.

Nesse sentido, Caio Mário Neto elenca os seguintes critérios da *Pervasive Power Doctrine*:

Dessa forma, surgiu a *Pervasive Power Doctrine*, que determina: (i) uma imunidade antitruste implícita, quando os poderes conferidos à agência reguladora sejam extensos o suficiente (i.e., conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial); ou (ii) um deslocamento da competência para aplicar o direito

antitruste para o regulador, quando os poderes conferidos a ele forem profundos o suficiente (i.e., apesar de não afastar o direito antitruste, as competências já incluem a aplicação das regras concorrenciais)<sup>55</sup>.

Ademais, essa teoria tem sido utilizada pelo CADE em contextos similares aos dos EUA, respeitando os requisitos de extensão/profundidade dos poderes atribuídos ao órgão federal. Já em relação ao critério do poder profundo, o CADE tem exigido das agências reguladoras outros dois elementos: a atuação efetiva na adjudicação de aspectos concorrenciais e a detenção de conhecimentos técnicos e de mercados privilegiados<sup>56</sup>.

Esses outros dois elementos complementares foram suscitados inicialmente pela doutrina de Calixto Salomão Filho, que, ao se expressar sobre o tema, pontuou que:

A análise da profundidade dos poderes estatais põe em realce um aspecto muito importante. A profundidade, ao contrário da extensão, não pode ser determinada de maneira eficaz sem a verificação da atuação efetiva da referida agência ou órgão. (...) Ao critério formalístico da competência adiciona-se, portanto, o critério da efetividade da atuação. A existência de atuação efetiva não é, no entanto, suficiente. Para que a aplicação desse método leve a resultados coerentes é necessário também que o órgão encarregado da regulação e fiscalização seja dotado de capacidade técnica e conhecimento do mercado superior ao que é possível imaginar que o Judiciário ou as agências de controle da concorrência possam ter<sup>57</sup>.

Dessa forma, a segunda possibilidade de interação conflitante entre regulação e direito concorrencial na hipótese de imunidade antitruste tem sido solucionada pelo CADE com base na aplicação da *Pervasive Power Doctrine* sob a condição de que a agência reguladora tenha poderes extensos o suficiente para substituir o sistema concorrencial; ou de que as competências para aplicar o direito antitruste sejam conferidas à agência reguladora em razão desta possuir, para além do poder profundo, atuação efetiva na adjudicação de aspectos concorrenciais e a detenção de conhecimentos técnicos e de mercados privilegiados.

### 3.2 A HIPÓTESE DO CONFLITO NO CASO DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE EM MATÉRIA CONCORRENCIAL

A aplicação da legislação concorrencial, no âmbito administrativo, pode ser atribuída a um órgão distinto daquele que tem como propósito institucional a defesa da concorrência<sup>58</sup>. Dessa forma, um órgão regulador pode ter entre as suas competências a aplicação das normas concorrenciais que será exercida de maneira concorrente com competência da autoridade antitruste, com exceção dos casos de imunidade analisados acima.

<sup>55</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida, ob. cit., p. 24.

<sup>56</sup> Cf. voto da relatora Conselheira Hebe Romano no AC n. 08012.007435/ 2000-02 (Banco Santander Central Hispano S/A e Patagon com Interna- tional Inc.).

<sup>57</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, ob. cit., pp. 146-147.

<sup>58</sup> ROCHA. **Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência: proposta de articulação.** p. 85.

No Brasil, evitou-se a cumulação das competências de regulação com a da legislação antitruste, apesar de que, até certa medida, as agências reguladoras acabaram por receber de forma concorrente competência em matéria concorrencial<sup>59</sup>. Nesse sentido, as leis responsáveis por criar as respectivas agências reguladoras no país estabeleceram a concorrência como um dos princípios norteadores da atuação destas, ao mesmo tempo que reconheceram que a aplicação das normas concorrenciais nesses setores era de competência do CADE<sup>60</sup>.

O reconhecimento da competência do CADE pela legislação regulatória não exclui, porém, a possibilidade das agências terem certas atribuições que envolvam a aplicação de certas normas concorrenciais. O que não é possível, por outro lado, é que essas agências instaurem os procedimentos previstos na Lei nº 12.529/11 e apliquem as suas respectivas sanções, uma vez que esse papel caberia unicamente ao CADE.

Nesse contexto, vale destacar que essa competência concorrente pode ser observada tanto no controle de condutas quanto no de estruturas.

### **3.2.1 A Competência Concorrente no Controle de Condutas**

Ela geralmente surge no controle de condutas pelo fato das agências naturalmente monitorarem e acompanharem as atividades exercidas pelos agente econômicos nos seus respectivos setores, de sorte que elas podem identificar eventuais práticas anticoncorrencias e atuar de forma concomitante com a Superintendência-Geral do CADE. Conforme já ressaltado, não poderão as agências aplicar as sanções atribuídas pela Lei nº 12.529/11 na eventual verificação de tais condutas, o que não as impede de aplicar as sanções previstas nos seus respectivos marcos regulatórios.

Quando a conduta passar pela análise de ambos os órgãos, tanto a autoridade concorrencial quanto a regulatória poderá exercer suas respectivas competências conforme estipuladas pelos seus marcos legais, não havendo, dessa forma conflito de competência.

O mesmo não ocorre, porém, quando a regulação isentar ou autorizar de forma expressa comportamentos que vão de encontro com o direito concorrencial. Em outras palavras, quando a regulação de um setor econômico já aborda a conduta que pode ser considerada como um ilícito antitruste, seja para isentá-la ou para autorizá-la, poderá haver um conflito efetivo entre o posicionamento do respectivo órgão regulador e do CADE.

Diante desse cenário, não caberá a autoridade antitruste rever a decisão da Agência, posto que inexistente hierarquia entre elas. É possível, porém, que essa regulação seja

---

<sup>59</sup> FARACO, Alexandre Ditzel, ob. cit., p. 28.

<sup>60</sup> Cf. Lei nº 9.472/97 (setor de telecomunicações); Lei nº 10.233/01 (setor de transporte aéreo); Lei nº 11.182/05 (setor de energia elétrica) e Lei nº 9.478/97 (setor de petróleo).

questionada no âmbito do Poder Judiciário, caso reste observado que ela fere os princípios constitucionais.

Nesse contexto, o CADE tem optado por atuar com cautela e deferência, privilegiando a expedição de recomendações ou de solicitações quando um agente regulador cria diploma normativo que vai de encontro com as regras de direito concorrencial<sup>61</sup> ou autorizam condutas que configurariam ilícitos concorrências.

Alexandre Dietzel Faraco, ao analisar a jurisprudência do CADE sobre o tema, aponta o caso THC2 (Taxa de Segurança e Entrega de Contêineres), envolvendo a agência ANTQ, e o caso da Associação Brasileira de Viagnes (ABAV), envolvendo o então órgão regulador do setor, o Departamento de Aviação Civil (DAV), como sendo essenciais para identificar a atuação do CADE mediante disposições regulatórias que autorizaram atos considerados como ilícitos antitruste pela autarquia em momento posterior<sup>62</sup>.

Nesse contexto, o autor conclui que:

Situações envolvendo conflitos efetivos são de solução mais complexa do que aquelas em que a conduta abusiva ocorre à margem da regulação, e a afirmação da competência do CADE é inequívoca. Quando se discutem isenções reguladoras não há a mesma clareza quanto à extensão da competência do CADE e as decisões não formulam critérios objetivos a partir dos quais essas situações deveriam ser avaliadas. No caso concreto pode até haver circunstâncias que permitam descaracterizar aparente conflito, mas é forçoso reconhecer, pelas razões já expostas na seção anterior, que, quando isso não é possível, não caberia ao CADE em sede administrativa rever a decisão da agência setorial<sup>63</sup>.

Conclui-se, portanto, que o exercício da competência concorrente entre autoridade regulatória e concorrencial assume feição distinta diante da existência de posicionamento dos órgãos reguladores em relação às condutas sob análise. Nesta, seja para isentá-la ou para autorizá-la, o CADE tem adotado uma posição de cautela, limitando-se a expedir requisições e solicitações para que os órgãos ajustem os diplomas regulatórios às normas antitruste, não lhe cabendo rever, no âmbito administrativo, as decisões exaradas pelas agências reguladoras.

### **3.2.2 A Competência Concorrente no Controle de Estruturas**

No controle de estruturas, a atuação concorrente pode ser observada nos casos em que atos de concentração no setor contribuam para a formação de estruturas de poder econômico. Via de regra, os marcos regulatórios preveem a obrigatoriedade de submissão ao órgão regulador de operações que envolvam a transferência do controle sobre determinada

<sup>61</sup> Cf. Averiguação Preliminar n. 08000.025952/1996-54; PA n. 21/91; Averiguação Preliminar n. 08000.022993/1997-14; PA n. 08012.006507/98-81.

<sup>62</sup> FARACO, Alexandre Ditzel, ob. cit., pp. 28-31.

<sup>63</sup> FARACO, Alexandre Ditzel, ob. cit., p. 35.

concessionária ou autorizada a executar o serviço regulado, dentre outros tipos de operações societárias<sup>64</sup>.

Quando essas operações se enquadrarem nos parâmetros de notificação do CADE, elas terão que passar tanto pela análise do órgão regulador quanto da autoridade concorrencial.

É válido mencionar, porém, que tais análises possuem, a princípio, objetivos distintos. Enquanto a análise das agências é voltada para a verificação dos requisitos regulatórios da operação, a análise do CADE é voltada para a verificação dos requisitos concorrenciais. É a hipótese tradicional de competência complementar, conforme explicada anteriormente com base nas lições de Gesner de Oliveira e João Rodas, em que as autoridades reguladoras são responsáveis pela regulação técnica e econômica, enquanto que a autoridade concorrencial é responsável para legislação da concorrência.

Conforme já pontuado, o exercício da competência complementar não tem o condão de provocar conflitos entre as entidade envolvidas.

Alexandre Ditzel Faraco chama atenção para os casos em que a análise da agência reguladora abarque, também, os aspectos concorrenciais, considerando o fato destes serem princípios da atuação regulatória e da possibilidade da própria lei setorial atribuir à agência a capacidade de considerar os aspectos concorrências no controle de atos dessa natureza (ie.: art. 71 da Lei nº 9.472/97). Dessa forma, o autor conclui que:

Quando a agência atua com esse foco e veta determinada operação, a análise do SBDC fica sem objeto. Mas conflitos podem ocorrer quando a análise setorial pretender incluir o aspecto concorrencial e aprovar operação que venha posteriormente a ser questionada no âmbito do SBDC<sup>65</sup>.

Ou seja, no caso da atuação concorrente resultar na vedação da operação por parte da agência, a análise do CADE ficaria sem objeto, preponderando a decisão da autoridade regulatória. A predominância desta decisão se justifica porque, apesar dela se basear em aspectos concorrências, ela possui natureza de decisão regulatória, de modo que não caberia ao Conselho revê-la.

Por outro lado, se a decisão da agência for no sentido de aprovar a operação com base nos aspectos concorrenciais, e esta operação vier a ser questionada no CADE, haverá um verdadeiro conflito de competência.

Isso porque, caso a operação se enquadre nos requisitos de notificação do CADE, este terá competência concorrente para analisá-la e, da mesma forma que o CADE não possui competência, a Agência Reguladora não possui competência de rever decisão concorrencial da autoridade concorrencial, em razão da autonomia da mesma. Em outras palavras, a análise

---

<sup>64</sup> Cf. art. 97 da Lei nº 9.472/97.

<sup>65</sup> FARACO, Alexandre Ditzel, ob. cit., p. 23.

da agência, fundada em questões concorrenciais, não poderia se sobrepor e vincular àquela a ser realizada pelo CADE, salvo nos casos de imunidade previstos anteriormente<sup>66</sup>.

Vale frisar, neste ponto, que esse respeito mútuo às decisões exaradas pelas autoridades reguladoras e o CADE se deve pelo fato de inexistir qualquer nível de hierarquia entre essas entidades, as quais agem de forma autônoma. Na eventualidade das decisões serem conflitantes e não poderem conviver na prática, a controvérsia terá de ser levada ao Poder Judiciário, que determinará qual decisão deverá prevalecer, com base em qual autoridade possui “mais competência” para aplicar as normas concorrenciais no respectivo caso.

Um segundo cenário se apresenta nos casos em que preexiste norma regulatória que incide na análise do ato de concentração. Nos atos inseridos nesse contexto, o CADE tem optado por adotar uma posição de cautela, tal qual nos casos de controle de condutas, por entender que não lhe caberia rever decisão regulatória de agência setorial.

Ao analisar a jurisprudência do Conselho, Alexandre Ditzel Faraco cita os casos da aquisição da Varig pela Gol<sup>67</sup> e a operação envolvendo a Embraport<sup>68</sup>, nos quais o CADE analisou a necessidade de imposição de condições, no contexto do ato de concentração, por causa de suposta falha regulatória que teria efeitos contrários à concorrência. A conclusão foi a de que não caberia impor condições que contrariassem a norma regulatória.

Esse entendimento foi exarado de forma contundente no voto do Conselheiro Celso Campilongo, do julgamento do AC 08012.004550/1999-11 ( Integral Holding S/A e Companhia de Gás do Estado de São Paulo - COMGÁS), em que a SDE solicitou que o CADE requeresse à autoridade estadual concedente a modificação de cláusulas do contrato de concessão sob análise. Nas palavras do Conselheiro:

(...) a competência para a definição da modelagem mais adequada para o desempenho dessa atividade pertence ao Estado. Manter o monopólio ou outorgar concessões, introduzir a concorrência de modo gradual ou acelerado, criar o próprio órgão regulador ou desregular o setor, por exemplo, são opções políticas que a Lei Maior reservou ao Estado Membro.

A abordagem acima mencionada é também defendida pela doutrina de Pedro Pita Barros, que defende que:

A articulação da Autoridade da Concorrência e as autoridades setoriais de regulação terá que respeitar um princípio básico – sempre que houver regulação econômica direta, a Autoridade da Concorrência deverá abster-se de intervir na

---

<sup>66</sup> Não obstante essa compreensão, esse conflito, quando observado na prática, é alvo de grande controvérsia, sendo, via de regra, resolvido apenas pelos Tribunais Superiores, como no caso do BACEN x CADE, em que o Banco Central do Brasil entendeu possuir competência para apreciar atos de concentração e disciplinar a concorrência de forma exclusiva no setor.

<sup>67</sup> Cf. Ato de Concentração 08012.003267/2007-14 (Requerentes: GTI S.A. e VRG Linhas Aéreas S.A.).

<sup>68</sup> Cf. Ato de Concentração 08012.007452/200g-31 (Requerentes: Odebrecht Investimentos em Infra-estrutura Ltda. e DP World FZË; Rel. César Mattos; julgado em 19 de maio de 2010).

medida em que a sua atuação tenha implicações em termos dos instrumentos de regulação econômica usados pela autoridade setorial<sup>69</sup>.

Isto posto, percebe-se que há uma clara semelhança no posicionamento do CADE no seu controle de condutas e no de estruturas, ao exercer de forma proativa suas competências de prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica quando não houver regulação em sentido contrário e optando por exercer tais competências de forma mais cautelosa diante de posicionamento prévio do órgão regulador.

### 3.3 A HIPÓTESE DE COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ANTITRUSTE FORMULAR REGULAÇÃO EM SETORES REGULADOS

Conforme abordado no ponto anterior, nos casos em que o CADE se depara com atos e posicionamentos exarados por entidades regulatórias, tanto nos casos de controle de estruturas quanto no de condutas, ele tem optado por não intervir de forma direta nos casos, limitando-se a emitir recomendações ou solicitações à entidade regulatória.

Isso foi observado através dos próprios votos dos Conselheiros, que, somando-se às previsões legais, reforçaram que não cabe ao CADE formular regulação em setores regulados, pelo fato do Conselho ser uma autoridade da concorrência e não uma agência regulatória. Ademais, essa função caberia aos órgãos reguladores, conforme previsto pelos seus respectivos marcos legais.

O que se observa, dessa forma, é que, em alguns casos, as entidades regulatórias podem aplicar normas concorrenciais mas que o inverso não é verdadeiro, não cabendo ao CADE formular regulação setorial. Trata-se de uma questão de desenho institucional, uma vez que se optou por incluir dentre os princípios das entidades regulatórias a defesa da concorrência, enquanto que não foi atribuído ao CADE da mesma forma princípio específicos da regulação setorial.

Dessa forma, diante da hipótese de interação entre regulação e antitruste referente à formulação de regulação por parte da autoridade antitruste, não se tem observado, na prática, um conflito de competências, uma vez que o CADE tem se posicionado no sentido de ser incompetente para tal formulação. O que ele tem feito, entretanto, é emitir recomendações à autoridade regulatória, mas que não possuem caráter vinculante.

Nesse contexto, é válido mencionar que o CADE não formula regulação nos casos em que esta se mostra ausente ou insuficiente para evitar a possibilidade de exercício do poder econômico pelos agentes nesse setor, exigindo a atuação complementar do Conselho. Ou seja, é possível que a regulação não dê conta de todas as hipóteses de exercício do poder

---

<sup>69</sup> BARROS, Pedro Pita. **Relação entre autoridades da concorrência e autoridades setoriais**, p. 157.

econômico, de modo que a atuação do CADE, nesses casos ocorreria de forma complementar à regulação, que, sozinha, não seria suficiente para evitar o abuso desse poder<sup>70</sup>.

Não se trata, portanto, de formulação de regulação, mas sim de aplicação das normas concorrenciais de forma complementar à regulação, com o objetivo de frear o abuso de poder econômico em um determinado setor. Poder-se-ia, dizer, de forma análoga, que se trata de uma competência concorrential residual do CADE. Foi nesse nesse sentido, inclusive, que o Conselho se posicionou na decisão proferida na Representação 07/93 *apud* PA 08012.006207/98-48:

**A jurisprudência atual do CADE é no sentido de que existe uma competência residual da agência de concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (enforcement) do regulamento.** (...) A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que, eventualmente se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas da concorrência, e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação (grifos nossos).

A atuação do CADE diante da incapacidade da regulação evitar a produção de um ato anticoncorrencial no setor regulado por si própria foi observada também no caso da operação da Oi e Brasil Telecom<sup>71</sup>, que teve a aprovação condicionada à celebração de Termo de Compromisso de Desempenho impondo medidas comportamentais em relação à oferta de acesso à rede no atacado para outras operadoras de telecomunicações. O voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho foi claro ao sublinhar que essa condição era necessária em face da ausência de regulação nesse sentido pela ANATEL, nas suas palavras:

O CADE, ciente das denúncias de que este sistema poderia conter alguns problemas de operacionalização, buscou uma solução negociada, por meio de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), criando regras de procedimentalização destes mecanismos acima mencionados, os aprimorando. (...) Assim, o referido acordo tende a dar conta de uma série de preocupações que foram expostas anteriormente, no âmbito vertical. (...) No que diz respeito à interpretação deste TCD, **caso a Anatel venha a adotar alguma espécie de regulação do setor de atacado que seja mais restritiva, ou seja, que acabe impondo normas mais protetivas no âmbito concorrential, que consigam inibir de forma mais eficaz a possibilidade de discriminação no setor, desde já, compreende-se não existir qualquer espécie de conflito entre tal futuro regramento e o presente TCD** (grifos nossos)<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> FARACO, Alexandre Ditzel, ob. cit., p. 36.

<sup>71</sup> Cf. Ato de Concentração 53500.012477/2008 (Requerentes: Banco de Investimentos CreditSuisse (Brasil) S.A., Brasil Telecom S.A., Invitel S.A. e Telemar Norte Leste S.A.).

<sup>72</sup> BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no Ato de Concentração 53500.012477/2008. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8hwFyOwImWxLgup2FjNPuCCi6l2H5Y5HBVb\\_Nm09Jm2Im7sDdIgfYEqAusUw4O1z0BuSqRMnExQEagfWDQw-LV](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8hwFyOwImWxLgup2FjNPuCCi6l2H5Y5HBVb_Nm09Jm2Im7sDdIgfYEqAusUw4O1z0BuSqRMnExQEagfWDQw-LV). Acesso em: 29 de maio de 2021.

Nota-se, assim, que, diante da insuficiência da regulação em evitar os efeitos anticoncorrenciais decorrentes de atos dos agentes econômicos, o CADE tem aplicado de forma corrente as normas de direito concorrencial, não se tratando, porém de formulação de regulação.

### 3.4 DA NECESSIDADE DE ARTICULAÇÃO ENTRE O CADE E OS ÓRGÃOS REGULADORES

Foi visto no ponto anterior que, em certos precedentes, o Conselho concluiu que alguns atos regulatórios iam de encontro com as normas de direito concorrencial mas que não caberia ao CADE rever e invalidar tais decisões.

Apesar de não caber ao Conselho rever as disposições regulatórias em âmbito administrativo, vale pontuar que apenas em situações excepcionais a regulação que contrariar as normas concorrenciais poderá ser considerada como legítima. Isso porque a atuação dos órgãos reguladores, assim como a do CADE, está atrelada aos princípios da Ordem Econômica constitucional, dentre os quais consta a defesa da concorrência.

Portanto, uma eventual regulação com possíveis efeitos anticoncorrenciais apenas seria legítima caso a respectiva política regulatória encontre fundamentos constitucionais tão significativos quanto os que garantem à defesa da concorrência. Caso contrário, o diploma regulatório poderá ter a sua validade contestada via judicial através de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, da Constituição Federal), mas não via administrativa através da atuação do CADE.

É preferível, porém, para fins de defesa da concorrência e da garantia dos princípios constitucionais, que os órgãos reguladores e o Conselho atuem de forma paralela e coordenada, de modo a reduzir possíveis conflitos constitucionais, o quais, consoante visto nos pontos anteriores, podem vir a ocorrer.

Ademais, uma atuação articulada entre as entidades garante uma maior previsibilidade e segurança jurídica para os agentes, evitando que estes fiquem sujeitos a posicionamentos e exigências divergentes de dois órgãos distintos. Sobretudo porque as atividades econômicas exigem um procedimento célere dessas entidades a fim de que as transações e operações não percam o seu objeto ou sejam prejudicadas.

Sobre este ponto, Calixto Salomão Filho observa que:

(...) a convivência necessária entre órgãos reguladores e agências de defesa da concorrência nos processos em que ambos interagem impõe a aplicação de princípios tutelares da legalidade do processo administrativo. Em especial, desponta a necessidade de uma garantia do contraditório bastante ampliada, compatível com o caráter institucional do objeto de tutela e com a consequente

amplitude dos interesses envolvidos<sup>73</sup>.

Com efeito, um dos meios pelos quais essa articulação tem sido colocada em prática é através dos convênios entre o órgão antitruste e os agentes reguladores. É o caso, por exemplo, do convênio firmado em 2010 com a ANEEL, através do qual se reconheceu a plena competência do SBDC no setor elétrico e, ao mesmo tempo, se previu a atuação da agência nos respectivos procedimentos administrativos que venham a ser instaurados pelo CADE.

Medidas como essa, que estimulam a articulação entre os órgãos reguladores e a autoridade de defesa da concorrência, são essenciais não só para a redução de conflitos institucionais entre os órgãos, como também para aprimorar a atuação indireta do Estado no domínio econômico, ao conferir maior previsibilidade para os agentes e maior efetivação dos princípios da Ordem Econômica constitucional.

---

<sup>73</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, ob. cit., p. 153.

## 4 O CASO AT&T X WARNER

A interação entre regulação e antitruste estudada na seção anterior deste trabalho foi observada recentemente na operação envolvendo a AT&T e a Warner, de modo que a análise deste caso oferece importantes contribuições para a compreensão dessa interação na prática.

### 4.1 O CONTEXTO DA OPERAÇÃO

A operação envolve a aquisição do controle unitário da Warner pela AT&T.

A AT&T é uma holding sediada no Texas (EUA), que atua na área de comunicações, mais especificamente, ela presta serviços de entretenimento em telecomunicações digital por meio de filiais e subsidiárias nos EUA e na América Latina. Nesse contexto, a AT&T adquiriu o grupo DIRECTV com o objetivo de se tornar uma operadora de televisão por assinatura na América Latina.

No Brasil, esse grupo atua através da operadora Sky, a qual fornece serviços de TV por Assinatura via satélite (DTH) e serviços de banda larga fixa. Ele também detém participação minoritária na programadora Sundance Channel Latin America LLC, que licencia um canal de filme no Brasil.

Além disso, o grupo AT&T trabalha com serviços de transporte de dados em rede privada e outros relacionados ao gerenciamento de Tecnologia de Informação para empresas multinacionais por meio da filial Global Network Services Brasil LTDA.

A Time Warner é, por sua vez, uma empresa de mídia e entretenimento com atuação mundial, sediada em Nova Iorque (EUA), possuindo aproximadamente 900 subsidiárias. A estrutura corporativa do Grupo Warner pode ser dividida em três braços operacionais que englobam as atividades e negócios no Brasil: Turner, HBO e Warner.

A Turner é produtora e programadora de conteúdo para canais básicos de televisão por assinatura e propriedades de mídia digital. A HBO é uma produtora e programadora de conteúdo de canais premium de televisão por assinatura e outros serviços de programação de vídeo nos EUA, e canais premium e básicos de TV por Assinatura e outros serviços de programação de vídeo internacionalmente. Por fim, a Warner é produtora, licenciadora, programadora de conteúdo para televisão, entretenimento doméstico e jogos.

Vale destacar, ainda, que o grupo Warner presta serviços de vídeo digital de forma complementar aos assinantes dos seus respectivos canais de TV por Assinatura, mediante plataformas de TVEverywhere (TVE). Esses serviços englobam o HBO On Demand ([www.br.HBOmax.TV/HBOondemand](http://www.br.HBOmax.TV/HBOondemand)), o HBO GO ([www.HBOgo.com.br](http://www.HBOgo.com.br)) e o CinemaxGO ([www.cinemaxgobr.com](http://www.cinemaxgobr.com)) da HBO; e Cartoon Network GO ([www.cngo.TV.br](http://www.cngo.TV.br)), EI Plus ([www.eiplus.com.br](http://www.eiplus.com.br)), Space GO([www.spacego.TV.br](http://www.spacego.TV.br)), e TNT

GO([www.tntgo.TV.br](http://www.tntgo.TV.br)) da Turner.

A atuação da Time Warner em plataformas ocorre, ainda, através do licenciamento de conteúdo para plataformas de compartilhamento de conteúdos audiovisuais de terceiros e, também, e da detenção de plataformas "avulsas" (não vinculadas à assinatura de canais de TV por Assinatura) dentre as quais: HBO GO da HBO, EI Plus da Turner e DramaFever da Warner Bros.

Por último, o Grupo Warner possui participação acionária minoritária de 25% na Fandango Media LLC, empresa norte-americana que controla a Ingresso.com LTDA, a qual é localizada no Brasil e atua sobretudo na intermediação de venda online de ingressos para cinemas, teatros, shows, jogos em arenas esportivas e no desenvolvimento e licenciamento de softwares de administração de bilheterias para cinemas, teatros, shows e jogos em arenas esportivas.

Diante desse cenário, a AT&T anunciou, em outubro de 2016 nos EUA, interesse em adquirir o controle unitário da Time Warner pelo valor aproximado de US\$ 85,4 bilhões, não incluindo a dívida líquida da TW. De acordo com as partes, a operação de aquisição resultará na verticalização das atividades de programação de canais de Televisão por Assinatura do Grupo Warner e os serviços de televisão por assinatura via satélite prestados pela Sky.

A operação nos EUA é uma tentativa da AT&T de utilizar o conteúdo midiático fornecido pela Time Warner com as plataformas de distribuição de telefonia fixa, televisão, telefonia móvel e banda larga da AT&T nos EUA. Como consequência, prevê-se que a operação acelere a capacidade da AT&T em desenvolver e distribuir amplamente a próxima geração de serviços de vídeo para consumidores nos EUA por meio de múltiplas plataformas. A combinação de conteúdo com os sistemas de distribuição multiplataforma da AT&T poderá melhorar as habilidades desta no desenvolvimento de novos produtos e serviços, bem como na capacidade de responder mais rapidamente às céleres mudanças atuais do mercado, do que se tivesse que fazê-lo por meio de renegociações periódicas de contratos de filiação com a Time Warner.

Já no Brasil, a operação apresenta uma complexidade à parte, em razão da organização das empresas e do mercado de telecomunicações no país. Isso porque, em maio de 2014, a AT&T, conforme mencionado acima, adquiriu a Sky e a DirecTV, de modo que passou a controlar esta operação de satélite na América Latina.

Em razão disso, as partes alegaram que a operação resultará essencialmente em uma relação vertical entre as atividades de programação de canais de TV por assinatura do Grupo Time Warner e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pelo Grupo Sky; uma plataforma de distribuição de um único produto que atualmente concorre com plataformas de distribuição tradicionais (ex.: cabo), bem como distribuidores alternativos de conteúdo (ex.:

fornecedores de serviço OTTs).

Não obstante a possível concentração vertical, as partes entenderam que:

(...) dada a intensa concorrência tanto no mercado de programação quanto no mercado de TV por assinatura, bem como a crescente pressão competitiva criada por serviços direto-ao-consumidor via internet, o chamado OTT (como Netflix e semelhantes), as partes entendem que essa relação vertical claramente não resultaria em nenhuma preocupação concorrencial e deveria ser aprovada pelo CADE sem restrições<sup>74</sup>.

## 4.2 A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E DO CADE

### 4.2.1 Posicionamento Inicial da ANATEL

Conforme abordado no ponto anterior, o caso sob análise envolve tanto o setor de telecomunicações, em razão dos serviços prestados pela AT&T, quanto o setor de audiovisual, pelos serviços desenvolvidos pela Time Warner.

O órgão regulador do setor de telecomunicações é a ANATEL, agência reguladora instituída pela Lei nº 9472/97 para implementar as medidas necessárias para atender o interesse público e para desenvolver as telecomunicações no país. Já no setor de audiovisual, a agência responsável é a ANCINE, criada em 2001 pela Medida Provisória 2228-1, tendo como atribuições o fomento, a regulação e a fiscalização do mercado do cinema e do audiovisual no Brasil.

Essa atuação concorrente entre as agências pode ser melhor compreendida através da seguinte imagem, que divide os conteúdos a serem abordados por cada uma das agências com base nos elementos específicos do caso AT&T x Warner:

---

<sup>74</sup> BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo no AC nº 08700.001390/2017-14. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yO11hYLduJjx4bEV7sWvxxsYdCXaTNXXfJ6dd7Y3z0U5q7Niht5GYOX4hDVoa96z0IqhgZxzwJIWfnKYGUMv-tm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yO11hYLduJjx4bEV7sWvxxsYdCXaTNXXfJ6dd7Y3z0U5q7Niht5GYOX4hDVoa96z0IqhgZxzwJIWfnKYGUMv-tm). Acesso em: 29 de maio de 2021.

Figura 1 – Cadeia de Valor da TV por Assinatura



A operação envolve, também, as normas de direito concorrencial na medida em que se enquadra nos requisitos de notificação de ato de concentração previstas pelo CADE.

Com efeito, a concretização da aquisição em estudo depende não apenas da análise e validação dos aspectos regulatórios pela ANATEL e ANCINE, como também da análise dos aspectos concorrenciais pelo CADE, evidenciando o alto nível de complexidade do caso e de possibilidade de surgirem eventuais conflitos entre os órgãos envolvidos.

Sendo assim, o procedimento de validação da operação começa em 31/10/2016, quando a Gerência de Acompanhamento Societário e da Ordem Econômica (CPOE), órgão integrante da estrutura do Conselho Diretor da ANATEL, ao tomar conhecimento dos fatos divulgados pela mídia envolvendo possível processo de fusão entre os Grupos AT&T e Time Warner, expediu o ofício à empresa Sky com vistas a esclarecer que:

(i) acordos com vistas a fusão entre esses grupos que acarretem a transferência do controle societário indireto da Sky Brasil devem observar o Regulamento de Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 4 de fevereiro de 1999, especialmente no que tange à submissão de pedido de anuência previa para análise de transferência de controle societário de prestadora de telecomunicações, bem como o atendimento ao art. 5º, da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011 - Lei de Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Disponível em:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUK Ewj9vOnGkurwAhWEA9QKHcSAA-4QFjAHegQIBhAE&url=http%3A%2F%2Flegis.senado.leg.br%2Fsdleg-getter%2Fdocumento%2Fdownload%2F1912ee9-aaeb-4023-afcd-ee0f2cf6279c&usq=AOvVaw2EB88RM89lh5iFMxd3CwDy>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

<sup>76</sup> Disponível em:

[https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw\\_9INcO6HKmUOyYMgPKZiOmOquHh0i-AfTnSIR4W77YBNa01zPfePB32n\\_T\\_liGQ0TOuUY5susC6oQcWnh3idrsWjExdD](https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO6HKmUOyYMgPKZiOmOquHh0i-AfTnSIR4W77YBNa01zPfePB32n_T_liGQ0TOuUY5susC6oQcWnh3idrsWjExdD). Acesso em: 29 de maio de 2021.

Em resposta à ANATEL, a Sky informou, em 07 de março de 2017, que havia apresentado perante o CADE o Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 referente à compra da Time Warner pela AT&T, controladora indireta da Sky Banda Larga, e reforçando que “referida operação não implica alteração de controle, nem repercute sobre a composição societária de prestadores de serviços de telecomunicações no Brasil atualmente sob o controle da AT&T”.

Nesse contexto, o CADE encaminhou à ANATEL ofício solicitando a sua manifestação acerca do Ato de Concentração e ressaltando que estava “analisando esse ato de concentração apenas sob os aspectos da Lei 12.529/ 2011 e que não está sendo considerado na análise o artigo 5º da Lei 12.485/2011, pois considera-se que esse artigo trata de aspectos regulatórios que não são de competência do Cade”.

Esse posicionamento inicial da autoridade concorrencial se coaduna com as tendências analisadas na seção anterior do trabalho, ao demonstrar postura mais cautelosa e de deferência do Conselho às autoridades reguladoras, por considerar que o tema requer uma decisão regulatória e que ele não teria competência para tanto.

É por isso que a autoridade concorrencial indica que a sua avaliação inicial se fundamenta apenas nas disposições da Lei 12.529/ 2011, a qual institui o SBDC, deixando a avaliação dos aspectos regulatórios para as agências. O diploma regulatório que irá reger esta avaliação é a Lei nº 12.485, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeaC), especialmente sob o enfoque dado pelo seu art. 5º, o qual disciplina a apuração de controle e de transferência de controle em empresas prestadoras de serviços de telecomunicações da seguinte forma:

Art. 5º O controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

Em resposta ao ofício do CADE, a ANATEL realiza uma primeira manifestação, em 19/04/2017, por meio do INFORME Nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP realizado pela Área Técnica para assuntos baseados em tema concorrencial, concluindo: (i) pelo encaminhamento de manifestação favorável em termos concorrenciais ao CADE, considerando a pressão competitiva exercida pelos serviços Over the Top (OTTs) e a improbabilidade de discriminação das demais prestadoras de SeAC; (ii) pela inexistência de alteração da estrutura societária da SKY; e (iii) pelo entendimento de que não há ofensas ao

---

art. 5º, da Lei nº 12.485/2011, pois a sede da programadora Time Warner Inc. está localizada em Nova Iorque, Nova Iorque - EUA.

Ou seja, nessa primeira manifestação, a ANATEL se posiciona de forma favorável à aprovação, não encontrando óbices concorrenciais ou regulatórios na aquisição.

Ato contínuo, o processo foi encaminhado à Procuradoria Federal Especializada da ANATEL, que se manifesta através do Parecer nº 00302/2017/PFE- ANATEL/PGF/AGU, em 04/05/2017, apresentando entendimento diverso do exarado pela divisão técnica no Informe em alguns pontos, ao concluir que: (i) não há necessidade de anuência prévia, dada a inexistência de transferência de controle; (ii) há indícios de violação do art. 5º, da Lei nº 12.485/2011, pelo fato do conceito de sede não poder ser interpretado do ponto de vista material, mas como o registro formal da pessoa jurídica no país; (iii) deve ocorrer imediata instrução para prestar informações ao CADE e posterior adoção de medidas para garantir o cumprimento do art. 5º, da Lei nº 12.485/2011; e (iv) é necessária uma complementação da análise concorrencial realizada nos autos.

É válido observar que, em ambos os posicionamentos, a Agência aborda aspectos concorrenciais da matéria, num claro enquadramento de exercício de competência concorrente com o CADE em relação às normas concorrenciais.

Em razão do posicionamento conflitante quanto à existência ou não de indício de violação do art. 5º da referida Lei e à necessidade de se complementar a análise concorrencial, a área técnica da ANATEL apresentou nova manifestação (SEI 0344864), reconhecendo “a possibilidade de ocorrência de comportamentos nocivos à concorrência no mercado de TV por assinatura” e que a integração vertical poderia provocar efeitos negativos no mercado afetado, mas que estes poderiam ser mitigados com a adoção de remédios.

Essa segunda manifestação termina com a determinação à Superintendência de Competição (órgão do Conselho Diretor) de realizar uma interpretação sistemática dos artigos da Lei do SeAC para averiguar se, caso aprovada pelo CADE, a Operação resultaria em controle societário cruzado vedado pela Lei do SeAC, nos seguintes termos:

Ora, resta evidente que as próprias recorrentes reconhecem a conexão entre as análises concorrencial e regulatória, bem como compreendem e defendem que o resultado do exame do CADE está a influenciar significativamente o objeto de decisão da Agência. Torna-se, assim, prudente que se aguarde o deslinde da questão sob a óptica do CADE para que então a Agência se posicione sobre a conformação regulatória da operação<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> BRASIL. ANATEL. Análise nº 81/2017/SEI/LM. Disponível em: [https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw\\_9INcO5mVvme4Hwy84x51vpMoPo7pByDXFrRORk0mgWfTTHkMd4Lkj0zKN\\_vicX1vp4Hgl9jJ0\\_VKCS-3cP2en5LZN2](https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO5mVvme4Hwy84x51vpMoPo7pByDXFrRORk0mgWfTTHkMd4Lkj0zKN_vicX1vp4Hgl9jJ0_VKCS-3cP2en5LZN2). Acesso em: 29 de maio de 2021.

Essa decisão deixa clara a tentativa de articulação da Agência com o órgão antitruste, sobretudo em razão da especialidade deste no que tange à análise de atos de concentração e os possíveis resultados anticoncorrenciais por eles provocados. Ela permite, ainda, observar, na prática, que as recomendações exaradas pelo CADE nos casos em que ele se considera incompetente para decidir sobre aspectos regulatórios podem exercer grande influência na decisão dos órgãos reguladores.

De qualquer forma, o caso segue para análise do Conselho Diretor da ANATEL, em 10/08/2017, que decide deferir medida cautelar proibindo a Sky de trocar dados concorrenciais ou celebrar contratos com a Time Warner e as suas coligadas, até decisão final por parte do CADE.

#### **4.2.2 Posicionamento Inicial da ANCINE**

Já a avaliação da operação pela ANCINE começa em 12/05/2017, quando esta apresentou manifestação observando os aspectos regulatórios e concorrenciais da operação, em 12/05/2017, através da Nota Técnica nº 03/2017. Na Nota, a agência concluiu que a aprovação no Brasil do Ato de Concentração e a consequente integração vertical entre dois dos principais grupos econômicos nos elos de programação e de empacotamento teriam grande potencial de resultar em efeitos anticompetitivos no segmento de TV por assinatura brasileiro, recomendando a vedação da operação.

Além disso, a ANCINE apontou que a AT&T fusionada com a Time Warner pode ser um potencial problema na medida em que venha a deter controle simultâneo na empacotadora Sky e nas programadoras pertencentes originalmente à Time Warner. Portanto, considerando todos os possíveis efeitos negativos no mercado de televisão por assinatura, a agência entendeu que a operação, sob a perspectiva concorrencial, ia de encontro aos preceitos estabelecidos no art. 5º da Lei nº 12.485/2011.

Por isso, a ANCINE entende que, para mitigar a diminuição da rivalidade decorrente do ato de concentração, seria necessário vedar, no Brasil, que a AT&T fusionada com a Time Warner viesse a deter controle simultâneo na Sky e nas programadoras pertencentes originalmente à Time Warner.

No que diz respeito aos aspectos regulatórios, a ANCINE afirmou que o referido dispositivo regulatório estabelece limites à integração vertical entre as atividades de programação, na camada do audiovisual, e de distribuição, na camada de telecomunicações, de modo que a aprovação total da operação implicaria na violação ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011.

Percebe-se que esta agência se posiciona de forma bem mais apreensiva em relação aos possíveis efeitos nocivos provocados pela operação do que a ANATEL. Ao contrário

desta, a ANCINE não condiciona sua análise à avaliação do CADE, já entendendo pela aprovação da operação com restrições, deixando claro que a operação, na sua totalidade, iria de encontro tanto com as normas concorrenciais quanto com as regulatórias.

Vale pontuar, por fim, que, assim como a ANATEL, a ANCINE aborda aspectos concorrenciais em sua análise, o que, conforme visto na seção anterior do trabalho, configura exercício concorrente de competência concorcencial com o CADE.

#### 4.2.3 Posicionamento do CADE

A atuação do CADE tem início através do Parecer Técnico nº 05/2017 da Superintendência-Geral (SG), que começou delimitando os mercados envolvidos na operação em três grupos: 1) mercado de fornecimento de canais de TV programados/serviços de licenciamento de canal; 2) mercado de licenciamento de conteúdo a ser oferecido sob demanda por operadoras de TV por Assinatura; e 3) mercado de serviço de TV por Assinatura.

Considerando esses três mercados e os serviços ofertados pela AT&T e a Time Warner, a SG concluiu que a operação resultava em integração vertical entre as atividades de programação de canais de Televisão por Assinatura do Grupo TW e os serviços de televisão por assinatura via satélite prestados pela Sky, empresa do Grupo AT&T. Constatou, também, sobreposição horizontal na atividade de licenciamento/programação.

O Parecer da SG apontou, ainda, que a fusão entre as empresas permitiria a troca de informações sensíveis de concorrentes em distintos níveis da cadeia produtiva em decorrência da estrutura resultante da Operação o que, por consequência, permitiria o aumento de coordenação com outros entes do mercado.

O processo é enviado para julgamento pelo Tribunal do CADE, que divide sua avaliação entre os seguintes pontos: 1) conclusões sobre a integração vertical existente; 2) probabilidade de exercício de poder coordenado; 3) complementaridade regulação e concorrência; e 4) a aplicação de remédios e o acordo negociado com as requerentes<sup>78</sup>.

Sobre o primeiro ponto, o Tribunal corroborou as preocupações levantadas pela SG sobre os efeitos negativos da integração vertical, apontando que:

- (i) a estrutura verticalizada resultante da Operação terá capacidade e incentivos para discriminar outras programadoras e (ii) a possibilidade de fechamento do mercado de Operação de TV por Assinatura, por meio do direcionamento dos conteúdos da TW para a Sky, acarretando prejuízo ao demais agentes do mercado

---

<sup>78</sup> BRASIL. CADE. Voto do Relator no Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yO11hYLduJx4bEV7sWvxxsYdCXaTNXXfJ6dd7Y3z0U5q7Niht5GYOX4hDVoa96z0IqhgZxzwJIWfnKYGUMv-tm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yO11hYLduJx4bEV7sWvxxsYdCXaTNXXfJ6dd7Y3z0U5q7Niht5GYOX4hDVoa96z0IqhgZxzwJIWfnKYGUMv-tm). Acesso em: 29 de maio de 2021.

de operação.

Nesse sentido, conclui que a Operação proposta apresentava condições de oferecer um risco de exclusão de concorrentes ou de bloqueio de entrada de competidores potenciais tanto no mercado *upstream* quanto *downstream*.

Sobre a probabilidade de exercício de poder coordenado, a decisão entendeu que, apesar do mercado sob análise não apresentar registros de conduta coordenada, tanto o CADE quanto as agências reguladoras deveriam “estar atentos para as movimentações do mercado. O setor televisivo é marcado por incertezas, a ausência de comportamentos colusivos agora não significa que esta tendência se manterá nos próximos anos.”

Na parte sobre complementaridade entre regulação e concorrência, a decisão traz observações importantes para o presente trabalho. A um, porque aponta a competência do CADE em atuar no caso ao destacar que:

(...) o caso específico do setor brasileiro de telecomunicações, o legislador ordinário adotou de forma expressa um arranjo institucional coordenado entre a Anatel e o Cade, **deixando claro que as empresas submetidas à regulação setorial também estão submetidas ao escrutínio antitruste, tanto no âmbito do controle de estruturas quanto no âmbito do controle de condutas**. Nesse sentido, a interpretação do art. 7º da Lei Geral de Telecomunicações afasta qualquer discussão acerca da competência legal do Cade para realizar o exame prévio de atos de concentração econômica envolvendo prestadoras de serviços de telecomunicações:

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

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

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

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

(grifos nossos)

A dois, por estabelecer de forma expressa os limites da atuação da autoridade concorrencial diante da existência de regulação, corroborando as opiniões trazidas na segunda seção deste estudo, nos seguintes termos:

O controle prévio de atos de concentração e a repressão a comportamentos anticoncorrenciais – que, neste caso, pode ser exercida por mecanismos da própria agência e também pelo controle de condutas do CADE – são complementares, e não excludentes. (...) Nesse sentido resta ao CADE observar os impactos concorrenciais existentes da possibilidade de verticalização- seja porque assim indica a Lei, ou mesmo porque assim assinala a ação regulatória (...). E nessa dinâmica, o CADE deve lançar os seus princípios de proteção do mercado, sabendo que a sua decisão pode restar infrutífera acaso haja um bloqueio

regulatório da operação. (...) **Não é função do CADE regular o setor, de maneira a garantir a prestação do serviço a todos os usuários, controlar preços, fiscalizar os níveis de qualidade, etc. Para tais funções, já existem diversas agências reguladoras. A competência de atuação do CADE se limita a cuidar dos problemas concorrenciais relacionados com o presente Ato de Concentração.** (grifos nossos)

Observa-se, mais uma vez, que o CADE se limita a analisar os aspectos concorrenciais do tema, deixando a análise regulatória para as respectivas agências. Interessante notar, também, que a decisão chega a pontuar que, no caso do CADE autorizar uma operação e esta vier sofrer um bloqueio regulatório, a decisão do Conselho poderá restar infrutífera.

No último ponto, que diz respeito à aplicação dos remédios, a decisão entendeu que a melhor forma de mitigar os efeitos anticoncorrenciais decorrentes da operação era através da aplicação de mecanismos que criassem uma estrutura de desestímulo a condutas anticompetitivas pela nova companhia resultante da fusão.

Para tanto, o CADE elaborou um Acordo em Controle de Concentrações (ACC) estabelecendo, dentre as suas cláusulas: (i) a separação estrutural, através da qual a AT&T se comprometeu a manter a Sky Brasil e as Programadoras de Canais TW como pessoas jurídicas separadas e com estruturas de administração e governança próprias, evitando a troca de informações concorrenciaismente sensíveis; (ii) o compromisso de não discriminação; (iii) a nomeação de consultor de monitoramento independente com o objetivo de auxiliar o CADE no monitoramento do cumprimento das obrigações estabelecidas no ACC; (iv) o mecanismo de desestímulo externo à adoção de condutas discriminatórias/exclusionárias; e (v) o mecanismo de estímulo ao cumprimento das obrigações estabelecidas através da cominação de penalidades<sup>79</sup>.

Ficou previsto, ainda, que o Acordo poderia ser revisto pelo Tribunal diante do descumprimento, pelas partes, das obrigações estabelecidas ou se as finalidades do acordo não fossem alcançadas.

Dessa forma, é possível concluir que o CADE autorizou a operação condicionando-a à aplicação de remédios mediante a celebração do ACC, em posicionamento diverso do exarado inicialmente pela ANATEL (aprovação total) e pela ANCINE (vedação da operação).

#### 4.2.4 Posicionamento Final da ANATEL

<sup>79</sup> BRASIL. CADE. Acordo em Controle de Concentrações (Ato de Concentração nº 08700.001390/2017- 14). Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO01RAXmBalyHXIhW\\_LV79RSejeGeMJicO9YAYgcwMzFFcjN6wLJ8Nx64\\_Nhanw-4dGNmokj2jBhCoxWCjDm71z](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO01RAXmBalyHXIhW_LV79RSejeGeMJicO9YAYgcwMzFFcjN6wLJ8Nx64_Nhanw-4dGNmokj2jBhCoxWCjDm71z). Acesso em: 29 de maio de 2021.

Após a decisão do CADE, o processo volta para manifestação final da ANATEL. A operação é inicialmente avaliada pela Procuradoria Federal da Agência, pelo PARECER n. 00704/2019/PFE-ANATEL/PGF/AGU de 11/10/2019, através do qual conclui que a aprovação da operação na sua totalidade incide na vedação contida no art. 5º da Lei do SeAC, existindo, portanto, um óbice legal à sua concretização, sobretudo no que diz respeito ao controle comum dos Grupos WarnerMedia e Sky pela AT&T.

Sendo assim, a Procuradoria apontou ser “imperiosa a eliminação do controle vedado, nos termos do art. 5º da Lei do SeAC, para que o controle do Grupo SKY não seja detido pelo mesmo controlador do Grupo WarnerMedia, que exerce atividades de programação no Brasil”.

O processo segue para avaliação do Conselho Diretor da Agência, que, em 17/02/2020, através do Acórdão nº 46, decide pela regularidade plena da operação de aquisição da WarnerMedia pela AT&T, por entender que não há qualquer contrariedade ao disposto no art. 5º da Lei do SeAC.

#### **4.2.5 Posicionamento Final da ANCINE**

Por fim, ANCINE também revê seu posicionamento inicial, no qual opinou pela vedação da operação, para, em 29/09/20, através da Deliberação de Diretoria Colegiada nº 861-E, aprovar a operação em sua totalidade.

Nota-se, aqui, a evidente influência das decisões do CADE e da ANATEL no posicionamento final da ANCINE, sobretudo no seguinte trecho da Deliberação:

Diante do transcurso do tempo desde a implementação da Operação, das práticas e condições de competição desde então apuradas, inclusive a partir da ausência de oposição por parte de possíveis interessados, bem como das decisões administrativas tomadas pelo CADE e ANATEL no período, o cerne da questão é a evidência de que a suspensão ou cancelamento dos canais de programação causaria mais danos ao mercado audiovisual do que qualquer suposto benefício<sup>80</sup>.

#### **4.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CASO**

Uma característica que deve ser mencionada, de pronto, sobre a análise da operação da AT&T x Warner é a do grau de complexidade do caso, envolvendo a atuação minuciosa de três entidades distintas com posicionamentos diversos e perpassando aspectos jurídicos, mercadológicos, econômicos, concorrenciais e regulatórios.

---

<sup>80</sup> BRASIL. ANCINE. Deliberação De Diretoria Colegiada nº 861-E, de 2020. Disponível em: [https://telaviva.com.br/wp-content/uploads/2020/10/SEI\\_01416.016434\\_2017\\_69-1.pdf](https://telaviva.com.br/wp-content/uploads/2020/10/SEI_01416.016434_2017_69-1.pdf). Acesso em: 29 de maio de 2021.

Essa dinâmica de instituições contribuiu para outra característica do caso: a demora para a sua conclusão. Iniciado no começo de 2017 no Brasil, teve sua conclusão apenas em 2020, após posicionamento final da ANCINE. Nesse sentido, é interessante mencionar que a aprovação da operação no Brasil foi a última a ser conferida no contexto internacional da aquisição.

Essa delonga parece ter sido provocada pelas diversas reviravoltas nas manifestações exaradas pelas Agências, inclusive nos seus órgãos internos, que tiveram conclusões divergentes sobre pontos da operação. Observando a cronologia das decisões analisadas nos pontos anteriores, percebe-se que o CADE emitiu posicionamento ainda em 2017, enquanto que as Agências só realizaram seus posicionamentos finais em 2020, revendo de forma substancial alguns argumentos utilizados inicialmente.

Nota-se, ainda, que a manifestação do CADE serviu de parâmetro para as análises das Agências, especialmente a da ANATEL, que chegou a expressar que aguardaria a decisão da autoridade concorrencial para se manifestar de forma conclusiva sobre o caso.

Feitos esses apontamentos iniciais, passar-se-á a avaliar as particularidades da operação analisada com base nas hipóteses de intersecção entre regulação e antitruste estudadas na seção anterior do presente trabalho.

O primeiro ponto que precisa ser levantado é que o caso da aquisição da Warner pela AT&T demonstra uma hipótese de competência concorrente para aplicação de normas concorrenciais entre entidades regulatórias (ANCINE e ANATEL) e a autoridade concorrencial (CADE), mais especificamente, na parte de controle de estruturas.

Isso porque ambas as agências, em suas respectivas análises, abordaram aspectos de direito concorrencial. A ANCINE chegou, inclusive, no seu posicionamento inicial a pedir pela imposição de condições à operação com base nos danos concorrenciais por ela provocados, mediante a vedação, no Brasil, do controle simultâneo pela AT&T da Sky e das programadoras pertencentes originalmente à Time Warner.

Ao mesmo tempo, consoante demonstrado no voto do Conselheiro relator do caso no CADE, o próprio marco regulatório do setor de telecomunicações prevê a competência do Conselho para atuar nos casos de ato de concentração do setor. Portanto, ambas as entidades possuíam competência para realizar ponderações baseadas em aspectos concorrenciais sobre o caso.

Ficou claro, também, que a competência regulatória cabia tão somente às agências envolvidas, ao ponto do Conselheiro relator mencionar, em seu voto, que a decisão do CADE poderia “restar infrutífera acaso haja um bloqueio regulatório da operação”.

Como não houve bloqueio da operação, as entidades regulatórias realizaram suas respectivas análises para, ao final, aprovar a aquisição da Time Warner pela AT&T na sua totalidade, baseando-se tanto nos aspectos regulatórios e concorrenciais que regem a

matéria. O CADE, por outro lado, baseando-se apenas nos aspectos concorrenciais, aprovou a operação condicionada à celebração do Acordo em Ato de Concentração, como forma de mitigar os efeitos anticoncorrenciais.

Tal constatação leva à conclusão de que, no que tange ao aspecto concorrencial, houve uma diferença entre as decisões das agências e da autoridade antitruste. Enquanto as primeiras não impuseram quaisquer condições, o CADE condicionou a operação à celebração do ACC.

Nesse contexto, é válido frisar que, apesar de distintas, as decisões exaradas não são conflitantes e por terem sido tomadas por entidades autônomas, sem qualquer nível hierárquico entre si, podem conviver na prática, não havendo qualquer impedimento jurídico para tal. Sendo assim, a implementação do Acordo não, colide, na prática, com a decisão da ANATEL e da ANCINE, razão pela qual não provoca conflito na sua execução.

Interessa pontuar, ainda, que a possibilidade de firmar tal acordo com as partes decorre, diretamente, das competências legais atribuídas pela Lei nº 12.529/11 ao CADE, razão pela qual não poderia ser proposto pelas Agências. Estas, apesar de poderem aplicar normas concorrenciais em alguns casos, não possuem competência para aplicar os procedimentos previstos pelo dispositivo legal mencionado.

Todos esses pontos levam à conclusão de que, diante da intersecção entre regulação e antitruste no caso estudado, as entidades envolvidas exerceram de forma concorrente a competência de aplicar normas concorrenciais, procurando atuar de forma articulada quando possível, ainda que as opiniões finais tenham divergido em certos pontos e que essa articulação tenha gerado um prolongamento não razoável do processo.

## 5 CONCLUSÃO

A reforma do Estado brasileiro iniciada no final do século passado e consolidada na Constituição Federal de 1988 criou uma nova Ordem Econômica Nacional, consagrando uma atuação estatal na economia como forma de viabilizar o sistema capitalista de mercado e, ao mesmo tempo, efetivar uma justiça social, fundamentada no Estado Social Democrático de Direito.

Nesse contexto, a forma de atuação estatal direta, observada nos casos em que o Estado explora diretamente a atividade econômica, e, até então, a mais utilizada, tornou-se medida excepcional, sendo cabível apenas nos casos de monopólios constitucionalmente previstos e quando necessários aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Com efeito, a forma de atuação estatal indireta foi privilegiada pela CF, passando a ser a modalidade preponderante de intervenção estatal no domínio econômico. Ela ocorre nos casos em que o Estado atua como agente normativo e regulador das atividades econômicas, mediante as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Esse nesse tipo de atuação estatal pode ser observado, na prática, tanto através da regulação econômica, quanto através da defesa da concorrência, as quais ganharam papel de destaque diante desse novo modelo de atuação estatal.

A regulação econômica ficou responsável por redesenhar os setores que até então eram dominados por monopólios estatais. Nesse sentido, a regulação pode ser definida como uma forma de aparelhagem jurídica de um setor específico da economia, através do qual o Estado procura efetivar os princípios constitucionais da Ordem Econômica, com destaque para a concorrência.

Para tanto, foi adotado o modelo norte-americano de regulação setorial através das agências reguladoras, entidades com natureza jurídica de autarquia especial, dotadas de autonomia administrativa e financeira e responsáveis por editar normas, tomar decisões a respeito de solicitações e compor conflitos em determinado setor da economia, na medida em que for estipulado pelas suas respectivas leis de criação.

A defesa da concorrência, por sua vez, é realizada atualmente através do Sistema Brasileiro de Direito Concorrencial (SBDC), instituído pela Lei nº 12.529/2011, por meio da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC), responsável pela elaboração de estudos que analisam do ponto de vista concorrencial, políticas públicas, autorregulações e atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores, e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), responsável por “zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última

instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência”<sup>81</sup>.

A atuação do CADE pode ocorrer através de ações preventivas, pelo controle de estruturas de mercado; de ações repressivas, pelo controle de condutas de mercado; e de ações educativas, voltadas para a disseminação da cultura da concorrência.

Com a intensificação da atuação indireta do Estado na economia, a chance dessas duas modalidades (regulação e concorrência) interagirem na prática também aumentou. De acordo com Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas, essa interação pode ser observada nos casos de: 1) Isenção Antitruste; 2) Competências Concorrentes; 3) Competências Complementares; 4) Regulação Antitruste; e 5) Desregulamentação: hipótese em que o mercado não possui regulação técnica ou econômica, havendo apenas o controle da legislação concorrencial pela autoridade antitruste<sup>82</sup>.

Dentre esses cinco casos, haverá possibilidade de conflito entre a atuação concorrencial e regulatória na isenção antitruste, na competência concorrente e na regulação antitruste. Para solucionar a questão da isenção antitruste a doutrina norte-americana desenvolveu duas teorias sobre o tema, a State Action Doctrine e a Pervasive Power Doctrine, as quais têm sido aplicada de forma similar para autorizar, em certos casos, que a regulação atribua imunidade antitruste a um determinado mercado.

No caso da competência concorrente, observa-se que tanto os órgãos regulatórios quanto a autoridade concorrencial terão competência para aplicar as normas concorrenciais de modo que as decisões das entidades poderão entrar ou não em conflito no caso concreto. Já no caso da regulação antitruste, observa-se que a autoridade concorrencial não possui competência para formular regulação, de modo que o CADE tem se limitado a emitir recomendações ou solicitações à entidade regulatória.

A interação entre a atuação da autoridade concorrencial e regulatória foi recentemente observada no contexto da operação de aquisição da Warner pela AT&T. Nesta ocasião, as entidades regulatórias aprovaram a operação na sua totalidade, baseando-se tanto nos aspectos regulatórios e concorrenciais que regiam a matéria. O CADE, por outro lado, baseando-se apenas nos aspectos concorrenciais, aprovou a operação condicionada à celebração do Acordo em Ato de Concentração, como forma de mitigar os efeitos anticoncorrenciais.

Nesse contexto, o estudo do caso permitiu observar, na prática, a interação entre regulação e antitruste, interação esta que apresenta um alto nível de complexidade para as entidades envolvidas e que pode resultar em decisões conflituosas ou não.

---

<sup>81</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Ordem Econômica. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/orgaos/conselho-administrativo-de-defesa-economica>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

<sup>82</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino, ob. cit., p. 144-146.

Tendo isso em conta, fica clara a importância de uma atuação articulada entre o órgão regulatório e concorrencial não só como meios para garantir a redução de conflitos institucionais entre os órgãos, como também para aprimorar a atuação indireta do Estado no domínio econômico, ao conferir maior previsibilidade para os agentes e maior efetivação dos princípios da Ordem Econômica constitucional.

## REFERÊNCIAS

- BAKER, Jonathan B. **A preface to post-Chicago Antitrust**. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=296119](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=296119). Acesso em: 29 de maio de 2021.
- BARROS, Pedro. **Relação entre autoridade da concorrência e autoridades setoriais**. In: SOARES, António Goucha e LEITÃO, Marina Manuel (coord.). **Concorrência – estudos**. Coimbra: Almedina, 2006.
- BOYER, Robert. **Teoria da regulação. Os fundamentos**. 1ª ed. Estação Liberdade, 2009.
- BRASIL. **ANATEL**. Análise nº 81/2017/SEI/LM. Disponível em: [https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw\\_9INcO5mVvme4Hwy84x51vpMoPo7pByDXFrRORk0mgWfTTHkMd4Lkj0zKN\\_vicXlvp4HglN9jJ0\\_VKCS-3cP2en5LZN2](https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO5mVvme4Hwy84x51vpMoPo7pByDXFrRORk0mgWfTTHkMd4Lkj0zKN_vicXlvp4HglN9jJ0_VKCS-3cP2en5LZN2). Acesso em: 29/05/2021.
- BRASIL. **ANCINE**. Deliberação De Diretoria Colegiada nº 861-E, de 2020. Disponível em: [https://telaviva.com.br/wp-content/uploads/2020/10/SEI\\_01416.016434\\_2017\\_69-1pdf](https://telaviva.com.br/wp-content/uploads/2020/10/SEI_01416.016434_2017_69-1pdf). Acesso em: 29 de maio de 2021.
- BRASIL. **Banco Central**. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/pec/appron/Pron/Port/jantar.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2021.
- BRASIL. **CADE**. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/orgaos/conselho-administrativo-de-defesa-economica>. Acesso em: 29 de maio de 2021.
- BRASIL. **CADE**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/Tribunaladministrativo>. Acesso em: 29 de maio de 2021.
- BRASIL. **CADE**. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/superintendencia\\_geral](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/superintendencia_geral). Acesso em: 29 de maio de 2021.
- BRASIL. **CADE**. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/departamento\\_de\\_estudos\\_economicosl](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/departamento_de_estudos_economicosl). Acesso em: 06 de out. de 2020.
- BRASIL. **CADE**. Voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo no AC nº 08700.001390/2017-14. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOl1hYLduJjx4bEV7sWvxxsYdCXaTNXXfJ6dd7Y3z0U5q7Niht5GYOX4hDVoa96z0IqhgZxzwJIWfnKYGUMv-tm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOl1hYLduJjx4bEV7sWvxxsYdCXaTNXXfJ6dd7Y3z0U5q7Niht5GYOX4hDVoa96z0IqhgZxzwJIWfnKYGUMv-tm). Acesso em: 29 de maio de 2021.
- BRASIL. **CADE**. Voto do Relator no Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOl1hYLduJjx4bEV7sWvxxsYdCXaTNXXfJ6dd7Y3z0U5q7Niht5GYOX4hDVoa96z0IqhgZxzwJIWfnKYGUMv-tm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOl1hYLduJjx4bEV7sWvxxsYdCXaTNXXfJ6dd7Y3z0U5q7Niht5GYOX4hDVoa96z0IqhgZxzwJIWfnKYGUMv-tm). Acesso em: 29 de maio de 2021.

BRASIL. CADE. Acordo em Controle de Concentrações (Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14). Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO01RAXmBalyHXIhW\\_LV79RSejeGeMJlC09YAygcwMzFFcjN6wLJ8Nx64\\_Nhanw-4dGNmoky2jBhCoxWCjDm71z](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO01RAXmBalyHXIhW_LV79RSejeGeMJlC09YAygcwMzFFcjN6wLJ8Nx64_Nhanw-4dGNmoky2jBhCoxWCjDm71z). Acesso em: 29 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm) Acesso em 05/05/2021.

BRASIL. **Secretaria Especial da Fazenda.** Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/orgaos/seprac#:~:text=Secretaria%20de%20Promoção%20da%20Produtividade%20e%20A%20advocacia%20da%20Concorrência%20%2D%20Seprac,-Info>. Acesso em: 06 de out. de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública.** 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Direito concorrencial e regulação.** *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 9-41, out./dez. 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional.** 12ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2017.

FRISON ROCHE, Marie-Ane. **Definição do direito da regulação econômica.** *Revista de Direito Público da Economia*, 2005.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GARCÍA-MORATO, Lúcia Lopez e ORTIZ, Gaspar Arniño. **La competencia en sectores regulados.**

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica).** 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

H.B. Thorelli, **The Federal Antitrust Policy.** London: George Allen and Unwin, 1955.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A nova regulação dos serviços públicos**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 228, Rio de Janeiro, abr.-jun., 2002. MAZZA, Alexandre. **Agências reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. São Paulo: Renovar, 2014.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. **Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE**. *Revista Direito FGV*. São Paulo, v. 12, n.1, jan-abr 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

VENTURA, Carla Aparecida Arena. **O Papel das Agências Reguladoras na Gestão de Serviços Públicos: um Estudo de Caso da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL**. Disponível em:  
[http://www.anpad.org.br/diversos/down\\_zips/10/enanpad2006-apsa-2199.pdf](http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/10/enanpad2006-apsa-2199.pdf). Acesso em: 29/05/2020.