

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

JULIANA KELLEN RODRIGUES ANGARDI

**INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: O PAPEL
DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
(CADE) E SUA INTERFACE COM A AGÊNCIA NACIONAL DE
TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL) EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO
NO SEGMENTO DE TELEFONIA**

Rio de Janeiro – RJ

2016

JULIANA KELLEN RODRIGUES ANGARDI

**INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: O PAPEL
DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
(CADE) E SUA INTERFACE COM A AGÊNCIA NACIONAL DE
TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL) EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO
NO SEGMENTO DE TELEFONIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Patrícia Regina Pinheiros Sampaio

Rio de Janeiro – RJ

2016

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por todas as bênçãos a mim concedidas, ao meu marido Igor, por estar sempre ao meu lado ao longo dessa jornada, e à minha família e amigos, que independente da distância, conseguem se fazer sempre presentes e me incentivar a lutar pelos meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me dado forças para superar as dificuldades.

Ao meu marido, pela compreensão e apoio necessários ao longo de todo o curso e, em especial, durante a elaboração deste trabalho.

À minha família, pelo apoio e incentivo em todos os momentos, independente da distância.

À minha orientadora, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, por seus ensinamentos, palavras de incentivo e correções sempre pertinentes, exercendo com maestria a arte de ensinar.

A todos os professores do curso de Direito da UNIRIO, pelas valiosas lições jurídicas que carregarei ao longo da minha vida profissional.

Aos colegas Álvaro Augusto Ramos Lemos, Ana Beatriz de Farias Machado, Larisse Ramos Cruz e Vera Alves Corrêa Chaves, pelo apoio e suporte ao longo de todo o curso, os quais foram fundamentais para que eu pudesse conciliar minha dupla jornada enquanto estudante e profissional.

Quando o homem compreende a sua realidade, pode levantar hipóteses sobre o desafio dessa realidade e procurar soluções. Assim, pode transformá-la e o seu trabalho pode criar um mundo próprio, seu Eu e suas circunstâncias.

Paulo Freire

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo analisar a atuação do Estado visando à defesa da concorrência no mercado regulado de telecomunicações, a partir da interação entre a autoridade antitruste brasileira e a agência reguladora setorial em atos de concentração do segmento de telefonia. Tratando-se de duas entidades administrativas autônomas e com distintas especialidades, não há garantia de posicionamentos convergentes entre elas sobre um mesmo caso, tornando-se fonte de insegurança jurídica aos administrados e de conflito institucional para a Administração Pública.

Pretende-se, a partir deste trabalho, diagnosticar o grau de coerência do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) em seus posicionamentos acerca dos principais aspectos concorrenciais avaliados em atos de concentração, traçando-se um panorama representativo do setor de telecomunicações ao longo de todo o histórico de relacionamento entre essas entidades, que se iniciou com a desestatização das telecomunicações no país. Além disso, pretende-se apresentar oportunidades de melhoria nos trâmites internos do CADE e da ANATEL, com vistas a uma maior celeridade na condução dos processos, ao compartilhamento de conhecimento e informações técnicas especializadas, à convergência de direcionadores teóricos e ao alinhamento dos posicionamentos das duas entidades, de modo a otimizar a atuação estatal no combate a práticas e condutas anticoncorrenciais, por meio da atuação harmônica entre eles.

Palavras-chave: Defesa da Concorrência. Regulação Econômica. Telecomunicações. Atos de Concentração.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the State performance in order to guarantee competition opportunities in telecommunications regulated market, considering the interface established between Brazilian antitrust authority and its regulatory agency on telephony segment's acts of economic concentration. Since they are two autonomous entities and have different expertise, there is no guarantee of a convergent approach on the same subject, which has become a source of legal uncertainty to individuals and institutional conflict for Public Administration.

It is intended, from this work, to diagnose CADE's (Administrative Council of Economic Defense) and ANATEL's (National Telecommunications Agency) consistency in their judgment about main competitive aspects usually evaluated in acts of economic concentration, presenting a representative overview of the telecommunications sector throughout the history of relations between these entities, which started with Brazilian's privatization of telecommunications sector. In addition, it is intended to present improvement opportunities on CADE's and ANATEL's internal procedures, providing fast execution of processes, technical expertise and information sharing, convergence of theoretical drivers and standpoints of both entities, and thereby optimizing State actions to combat anticompetitive practices, through harmonious interface between them.

Keywords: Antitrust Policy. Economic Regulation. Telecommunications. Acts of Economic Concentration.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Posicionamento da Agência Reguladora em relação às Partes Interessadas	29
Figura 2: Rede de Interfaces das Agências Reguladoras.....	34
Figura 3: Mapa Estratégico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).....	51
Figura 4: Organograma do CADE	52
Quadro 1: Resultado do Leilão da TELEBRAS	65
Quadro 2: Evolução da telefonia móvel no Brasil, em milhões de acessos	66
Quadro 3: Evolução do número de acessos fixos instalados e em serviço no Brasil	67
Figura 5: Estrutura Administrativa da ANATEL.....	72
Gráfico 1: Perfil de Aprovação dos Atos de Concentração Analisados.....	101
Gráfico 2: Origem das Restrições Concorrenciais.....	104

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Relação das Agências Reguladoras Federais.....	30
Tabela 2: Atribuições do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.....	53
Tabela 3: Atribuições da Superintendência-Geral.....	55
Tabela 4: Atribuições do Departamento de Estudos Econômicos	57
Tabela 5: Atribuições da ANATEL	69
Tabela 6: Relação de Atos de Concentração no Segmento de Telefonia.....	87
Tabela 7: Características das Restrições Identificadas.....	101

LISTA DE SIGLAS

AC – Ato de Concentração
ACC – Acordo em Controle de Concentração
ANA – Agência Nacional de Águas
ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE – Agência Nacional do Cinema
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP – Agência Nacional do Petróleo
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBT – Código Brasileiro de Telecomunicações
CONTEL – Conselho Nacional de Telecomunicações
EC – Emenda Constitucional
EMBRATEL – Empresa Brasileira de Telecomunicações
FISTEL – Fundo de Fiscalização das Telecomunicações
FTC – *Federal Trade Commission*
LDI – Longa Distância Internacional
LDN – Longa Distância Nacional
LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias
LGT – Lei Geral de Telecomunicações
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PGCN – Plano Geral de Códigos Nacionais
PGMC – Plano Geral de Metas de Competição
PGO – Plano Geral do Outorgas
PND – Plano Nacional de Desestatização
PPA – Plano Plurianual
ProCADE – Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE
SDE – Secretaria de Direito Econômico

SeAC – Serviço de Acesso Condicionado
SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEI – Sistema Eletrônico de Informações
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SCM – Serviço de Comunicação Multimídia
SLE – Serviço Limitado Especializado
SMC – Sistema Móvel Celular
SME – Serviço Móvel Especializado
SMGS – Serviço Móvel Global por Satélite Não-Geoestacionário
SMP – Sistema Móvel Pessoal
SRTT – Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações
STFC – Sistema de Telefonia Fixo Comutado
TELEBRAS – Telecomunicações Brasileiras S/A
UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA: REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA	16
1.1 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	16
1.1.1 Conceito	16
1.1.2 A Ordem Econômica Brasileira da Constituição de 1988	18
1.1.3 Intervenção Direta	20
1.1.4 Intervenção Indireta	22
1.2 O PAPEL DAS AUTORIDADES REGULADORAS	27
1.2.1 Conceito	27
1.2.2 Características.....	31
1.2.3 Poderes e Atribuições.....	36
1.3 O PAPEL DAS AUTORIDADES CONCORRENCIAIS	38
1.3.1 A Defesa da Concorrência.....	38
1.3.2 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).....	46
1.3.3 Poderes e Atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).....	50
2 A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO SETOR DE TELEFONIA	58
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA - DO MONOPÓLIO À PRIVATIZAÇÃO	58
2.1.1 A Origem da Telefonia no País.....	58
2.1.2 O Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT) e a Estatização do Setor de Telefonia	59
2.1.3 Mudanças de Paradigma: O Estado Regulador	60
2.1.4 A Lei Geral de Telecomunicações (LGT).....	63

2.1.5 O Fim do Monopólio Estatal: Privatização do Sistema Telebrás e da Embratel.....	64
2.2 A ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES	68
2.2.1 Atribuições e Prerrogativas.....	68
2.2.2 Estrutura e Organização	71
3 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR DE TELEFONIA: OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO	75
3.1 A INTERFACE ENTRE AUTORIDADES REGULADORAS E CONCORRENCIAIS	75
3.1.1 Conflitos de Competências entre Autoridades Reguladoras e Concorrenciais	75
3.1.2 O Exemplo Norte-Americano.....	77
3.1.3 Modelos de Divisão de Competências	78
3.1.4 A Defesa da Concorrência na Lei Geral de Telecomunicação	81
3.2 ESTUDO DE CASO: A INTERAÇÃO ENTRE O CADE E A ANATEL NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE TELEFONIA	85
3.2.1 Delimitação do Objeto de Estudo	85
3.2.2 Atos de Concentração Analisados	87
3.2.3 Comparativo dos Posicionamentos.....	90
3.2.4 Análise da Interface entre o CADE e a ANATEL	104
CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS.....	116

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade pautada na livre iniciativa e na livre concorrência, o papel do Estado tende a migrar da execução de atividades econômicas para a regulação e o controle da atuação dos agentes privados, de modo a garantir a justa concorrência entre os empresários, bem como para garantir o equilíbrio entre empresas e consumidores, representando, de maneira sistemática e estratégica, o que Adam Smith pretendia ser a “mão invisível” da economia.

A Constituição Brasileira de 1988 prevê o instituto da regulação em seu art. 174, que assim determina: “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”. Vale ressaltar que, em alinhamento com a nova ordem jurídica instaurada pela Constituição Cidadã, dentre os quais a função social da propriedade e a economia de mercado pautada por valores sociais, certo é que o objetivo da regulação não está centrado na permanência dos agentes no mercado ou o atendimento a interesses privados, mas sim no interesse geral, conforme os ditames da ordem econômica previstos no art. 170 da Constituição Federal.

Para tal fim, faz-se necessária a estruturação de entidade(s) administrativa(s), dotadas de autonomia decisória e dispostas de determinadas competências em função das atribuições a ela(s) confiadas. Neste cenário, despontam no Brasil dois tipos de entidades governamentais dotados de poder fiscalizador, cuja incidência e abrangência variam conforme sua natureza. Por um lado, temos o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), cuja missão é fiscalizar, prevenir e apurar abusos do poder econômico, atuando tanto preventivamente como reprimindo atos empresariais que ameacem a livre concorrência. De outro lado, as agências reguladoras, introduzidas em nosso sistema a partir da grande onda de privatizações no final da década de 90, e que tem a atribuição de fiscalizar e regular as atividades econômicas, serviços públicos ou monopólios estatais executados por empresas privadas, mediante prévia concessão, permissão ou autorização.

Diante da coexistência de dois agentes estatais, dotados igualmente de poder decisório e sancionador, mas ao mesmo tempo diferentes em sua especialidade e alcance (enquanto o CADE abrange todos os setores quando o tema é defesa da concorrência, cada agência reguladora federal abrange um setor específico, mas

com competência para avaliar todas as questões relacionadas ao seu bom funcionamento), inevitável é a indagação sobre a efetiva harmonia de tais braços do Estado, e o quanto essa interação nos diversos casos concretos que se apresentam tem contribuído ou prejudicado a segurança jurídica de determinado setor da economia.

Por se tratar de setor marcado por diversos conglomerados internacionais, de grande dinamismo e evolução tecnológica, com constante demanda por vultosos investimentos e compartilhamento de estrutura instalada entre concorrentes, além, é claro, do papel estratégico e estrutural que representa para um país, o setor de telecomunicações foi escolhido como objeto de investigação e análise. Desta forma, o presente trabalho se propõe a abordar o tema a partir do estudo da interação entre o CADE e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) em análises de atos de concentração dos serviços de telefonia.

Para este fim, o trabalho se encontra estruturado de forma a apresentar desde a abordagem teórica necessária ao bom entendimento da temática, passando pelo levantamento da atuação do CADE e da ANATEL nos atos de concentração do segmento de telefonia (fixa e móvel), com o diagnóstico acerca do nível de convergência entre as duas entidades, oferecendo, como resultado, algumas propostas de melhorias visando otimizar esta interface. Este levantamento, realizado sob a forma de estudo de caso, permitirá identificar se há alguma tendência, entre as entidades supramencionadas, de convergência de entendimentos ou se, ao revés, estamos diante de uma relação conflituosa entre os dois representantes do Estado.

No primeiro capítulo serão apresentados os fundamentos da atuação direta e indireta do Estado na Economia, sobretudo a partir da nova Ordem Econômica instituída por meio da Constituição da República de 1988. Além disso, serão exploradas as características e prerrogativas das agências reguladoras e do chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), no qual se insere o CADE. O segundo capítulo abordará o mercado de telecomunicações no Brasil, apresentando desde a estruturação do Sistema Brasileiro de Telecomunicação, entre as décadas de 60 e 70 do século XX, que culminou com criação da TELEBRAS – empresa estatal que, em regime de monopólio, era responsável pelo desenvolvimento e expansão do setor em todo o país – até o movimento de desestatização desta atividade, a partir da década de 90 do mesmo século, em que

o exercício desta atividade econômica foi transferida à iniciativa privada enquanto ao Estado coube o papel de regulação do setor por meio da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

O terceiro capítulo, por sua vez, trará a análise dos julgamentos realizados pelo CADE de atos de concentração no segmento de telefonia, sempre em contraponto ao posicionamento da ANATEL, de modo a identificar o nível de alinhamento entre eles e o impacto que eventuais divergências podem trazer ao desenvolvimento e à segurança jurídica no setor de telecomunicações brasileiro. Na sequência, o referido capítulo apresentará algumas propostas de melhorias institucionais e normativas relacionados a tais entidades para uma melhor atuação conjunta na defesa da concorrência no setor de telecomunicações.

1 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA: REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

1.1 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

1.1.1 Conceito

A intervenção do Estado no domínio econômico pode ser entendida como todo ato ou medida legal que restrinja, condicione, controle ou elimine a iniciativa privada em determinada atividade econômica. Esta atuação pode ocorrer por meio de controle estatal (agente disciplinador) ou por sua participação direta (agente econômico), a depender dos princípios e objetivos sociais e econômicos delineados por determinada Constituição¹.

Existe na doutrina vasto estudo sobre as diversas formas de manifestação estatais na Economia, não havendo, no entanto, consenso quanto a uma classificação. Segundo critério proposto por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*apud* FIGUEIREDO, 2010, p.51), podemos classificar a intervenção estatal em:

- a) **Intervenção Regulatória:** é aquela na qual o Estado atua por meio de leis e normas que disciplinam determinado setor econômico;
- b) **Intervenção Concorrencial:** ocorre quando o Estado atua em regime de igualdade com os particulares na exploração de determinada atividade econômica;

¹ A forma de participação do Estado nas atividades econômicas, está ligada, em sua essência, ao modelo econômico adotado. Um Estado pautado na doutrina liberal, por exemplo, tenderá à concepção do “Estado Mínimo”, com a primazia da livre iniciativa e do mercado regulado unicamente pela lei da oferta e demanda. No outro extremo, um Estado socialista buscará a máxima intervenção econômica, sendo o planejamento, execução e controle das diversas atividades econômicas uma atribuição do Estado. Considerando concepções modernas, de tendência mais moderada, podemos citar o posicionamento econômico-social, também denominado “*Welfare State*” ou Estado de Bem-Estar Social, em que Estado interfere na Economia quando necessário para garantir direitos individuais ou coletivos, numa forte valorização do interesse público face o privado. Há, ainda, o conceito de “Estado Regulador” que se baseia na prevalência da exploração das atividades econômicas pela iniciativa privada, contudo, mantendo o controle de condições importantes de alguns setores nas mãos do Estado, quando necessário ao interesse público.

É importante ressaltar, porém, que os modelos econômicos acima mencionados são abordagens teóricas, sendo que atualmente o que se verifica nas Constituições são modelos “híbridos”.

- c) **Intervenção Monopolista:** caracteriza-se pela exploração de determinada atividade econômica exclusivamente pelo Estado, sem possibilidade de atuação da iniciativa privada;
- d) **Intervenção Sancionatória:** decorrente do poder de polícia administrativa, visa à repressão de abusos e infrações à ordem econômica pelos agentes.

Em abordagem semelhante, Eros Grau (2002, p.175) identifica quatro modalidades de intervenção:

- a) **Absorção:** quando o Estado atua em regime de monopólio, explorando determinada atividade econômica;
- b) **Participação:** quando o Estado atua concomitantemente aos particulares na exploração de determinada atividade econômica;
- c) **Direção:** quando o Estado atua na Economia por meio de instrumentos normativos;
- d) **Indução:** quando o Estado incentiva determinados setores econômicos por meio de benefícios fiscais ou linhas de créditos junto a instituições de fomento.

No direito comparado, merecem destaques as seguintes classificações, de cunho fortemente didático, propostas pelos autores Luís S. Cabral de Mocado e André de Laubadère (*apud* FIGUEIREDO, 2010, p.53):

a) **Quanto à Abrangência:**

- **Intervenção Global:** quando o Estado fixa políticas macroeconômicas nacionais, intervindo em toda a Economia;
- **Intervenção Setorial:** quando o Estado fixa normas aplicáveis a determinado(s) setor(es) econômico(s);
- **Intervenção Pontual:** quando o Estado intervém em face de agentes econômicos, visando atender aos princípios e objetivos constitucionais.

b) **Quanto aos Efeitos:**

- **Intervenção Imediata:** normalmente associada às intervenções pontuais, produzem efeitos instantâneos;

- **Intervenção Mediata:** produzem efeitos gradualmente, por reflexo na dinâmica das relações econômicas.

c) **Quanto à Manifestação de Vontade:**

- **Intervenção Unilateral:** quando o Estado se utiliza do poder de império para proibir ou impor determinadas condutas aos agentes econômicos;
- **Intervenção Bilateral:** quando a eficácia do ato depende da manifestação de vontade do agente econômico.

d) **Quanto à Atuação do Estado:**

- **Intervenção Direta:** quando o próprio Estado explora a atividade econômica, atuando como verdadeiro empresário;
- **Intervenção Indireta:** quando o Estado atua como agente disciplinador do mercado, por meio do exercício dos papéis normativo e fiscalizador.

1.1.2 A Ordem Econômica Brasileira da Constituição de 1988

Pode-se entender por Ordem Econômica “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” (FIGUEIREDO, 2010). Ou, ainda, como assevera Vital Moreira (*apud* GRAU, 2002, p.57-58):

- Em um primeiro sentido, "ordem econômica" é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou a normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

- Em um segundo sentido, "ordem econômica" é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que

respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;
- Em um terceiro sentido, "ordem econômica" significa ordem jurídica da economia.

A expressão “ordem econômica” adquiriu dimensão jurídica apenas na primeira metade do século XX, quando diversas Constituições passaram a disciplinar o tema, a começar pela Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar em 1919. No Brasil, a ordem econômica foi erigida a norma constitucional a partir da Constituição Republicana de 1934.

O surgimento das chamadas “constituições econômicas” decorrem de uma profunda mudança de paradigma, fruto do colapso social e econômico provocado pela Primeira Guerra Mundial: o “padrão” de política econômica deixa de ser liberal, regulada pela “mão invisível” de Adam Smith sem interferência do Estado, e surge o chamado Estado Social, pautado na intervenção sistemática do Estado na Economia, visando proteger os interesses da coletividade e os direitos sociais. Não houve, é importante ressaltar, o abandono dos conceitos de iniciativa privada ou do modo capitalista de produção, porém passou a ser permitido (ou mesmo exigido) ao Estado alguma intervenção na seara econômica, dentro dos parâmetros preconizados na Lei Maior.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 170, instituiu, como fundamentos da ordem econômica, a iniciativa privada e a valorização do trabalho humano, evidenciando a presença tanto de valores do Estado Liberal quanto do Estado Social – respectivamente – para a definição do sistema econômico do País. Conforme assevera José Afonso da Silva (2001, p.764), a ordem econômica consubstanciada em nossa Constituição consagrou o sistema capitalista, porque se baseia na livre iniciativa e na apropriação privada dos meios de produção. No entanto, também atribuiu ao Estado o poder-dever de intervir na economia para promover a justiça social, assegurando a todos uma existência digna, e tendo por princípios² a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre-concorrência, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno

² Princípios elencados no art. 170 da Constituição da República de 1988.

emprego, bem como no favorecimento às empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis nacionais, com sede e administração no Brasil.³

Em relação às formas de atuação do Estado no domínio econômico, o art. 174 da Constituição prevê o exercício das funções normativa, reguladora e fiscalizadora da economia. Considerando a opção do constituinte pelo modelo capitalista, expressa no valor da livre iniciativa e nos princípios da propriedade privada e da livre concorrência, a Constituição previu como medida excepcionalíssima a exploração direta da atividade econômica pelo Estado em regime de concorrência com o particular, nos casos de imperativo para a segurança nacional ou de relevante interesse para a coletividade (art. 173) ou em regime de monopólio (art. 177)⁴. (FIGUEIREDO, 2010, p. 77).

1.1.3 Intervenção Direta

Ocorre a chamada intervenção direta do Estado na economia quando há a exploração da atividade econômica por parte deste, podendo ocorrer de duas formas: em competição com os particulares ou por exclusividade de atuação. O art. 173 da Constituição de 1988 restringiu a atuação do “Estado-Empresário”, que só deverá participar diretamente do mercado se necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo⁵, bem como nos casos de monopólio expressamente previstos no art. 177 da Carta Magna⁶.

³ Parte da doutrina sustenta a existência de princípios implícitos da ordem econômica, extraídos a partir da exegese teleológica do texto constitucional, tais como: subsidiariedade da atuação do Poder Público, liberdade de empresa, igualdade econômica e boa-fé.

⁴ Em sua dissertação, Neuci Pimenta de Medeiros explica a influência dos princípios constitucionais e as formas de atuação do Estado na Economia: “Verifica-se, portanto, que os princípios da Ordem Econômica, além de diretrizes voltadas às relações econômicas privadas, também, autorizam e impõem parâmetros para que o Estado oriente, condicione e delimite os interesses econômicos de forma a compatibilizá-los com os interesses da sociedade. Servem, ainda, de diretriz para a intervenção do Estado na Economia, seja na forma direta ou na indireta, conforme especificado nos Art. 173 e 174 da Constituição[...]” (2011, p.42)

⁵ “Segurança nacional” e “relevante interesse coletivo” são conceitos indeterminados, a quem o art. 173 determina serão definidos em lei. Trata-se, portanto, de norma de eficácia limitada, desprovida de autoexecutoriedade, uma vez que depende de ato normativo posterior que lhe determine a abrangência e o sentido. Essa definição pode variar no tempo, de acordo com as mudanças da sociedade, de modo que o legislador constituinte optou por conceder tal flexibilidade ao texto constitucional.

A participação direta do Estado se dá por meio de uma empresa pública ou por uma sociedade de economia mista, ambas pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à Administração Pública Indireta, ou por meio de contrato com entidades privadas, mediante contrato, conforme disposto no § 1º do art. 177 da Constituição de 1988. É importante mencionar que, quando da exploração de atividade econômica em sentido estrito, a Constituição vedou a concessão de privilégios fiscais pelas empresas públicas ou sociedades de economia mista que não sejam extensivos às do setor privado, como forma de garantir a isonomia entre os agentes econômicos envolvidos, sendo o Estado apenas um deles.

Neste ponto é importante diferenciar a atividade econômica em sentido estrito, a que nos referimos acima, da chamada atividade econômica em sentido amplo, que comporta, também, os serviços públicos. Marçal Justen Filho (2015, pg.423) explica com muita propriedade essa diferença:

A intervenção direta na ordem econômica comporta duas vertentes fundamentais. Pode configurar serviço público ou atividade econômica propriamente dita. 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.

A atividade econômica propriamente dita reside no desempenho pelo Estado de atividades que não são diretamente vinculadas à satisfação de direitos fundamentais. Essas atividades podem ser desempenhadas sob duas modalidades. Ou o Estado as desempenha em competição com os particulares ou atua sob regime de monopólio. A regra é o desempenho da atividade econômica

⁶ 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.

propriamente dita pelo Estado sob regime de concorrência com os particulares (art. 173, caput e § 1º). Mas a Constituição cria casos de monopólio, que se configuram como exceção e que estão relacionados, basicamente, no art. 177.

Desta forma, podemos dizer que os serviços públicos são aqueles básicos, essenciais à existência digna dos indivíduos, e que por esse motivo devem ser providos de forma obrigatória e sem interrupção independentemente da capacidade econômica dos destinatários, sendo sua satisfação imposta ao Estado.

Por outro lado, a atividade econômica em sentido estrito caracteriza-se pelo atendimento a necessidades tidas como não essenciais e, neste sentido, não há a obrigatoriedade de fornecimento ininterrupto pelo Estado para atender necessidades fundamentais (mas tão-somente quando afetos à segurança nacional ou relevante interesse coletivo, ou nos casos de monopólio previstos na Constituição), nem tampouco pelos particulares, os quais decidem a alocação de seus recursos na exploração de determinada atividade econômica com base no potencial de retorno financeiro apresentado, com base nos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada.

1.1.4 Intervenção Indireta

Conforme assinala Eros Grau (2002, p.148), a intervenção indireta do Estado sobre o domínio econômico caracteriza-se por sua interferência nas relações econômicas com o objetivo de efetivar os princípios da ordem econômica previstos no art. 170 da Constituição da República, por meio de ações capazes de inibir ou estimular determinado comportamento do mercado ou de segmentos econômicos específicos.⁷

⁷ Segundo o jurista, esta atuação poderá ocorrer “por direção”, em que o Estado impõe aos agentes econômicos determinados comportamentos obrigatórios ou “por indução”, quando determinadas políticas públicas incentivam e estimulam os agentes econômicos a tomarem ações almeçadas pelo Estado: “No caso das normas de intervenção por direção estamos diante de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito – inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram. Norma típica de intervenção por direção é a que instrumenta controle de preços, para tabelá-los ou congelá-los. No caso das normas de intervenção por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas

A Constituição de 1988 prevê, como regra, a atuação estatal indireta na Economia, que deve exercer o papel normativo e regulador, nos termos do art. 174 da Carta Magna:

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.

Balizado nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, o Estado transferiu à iniciativa privada a preferência na exploração das atividades econômicas, porém atribuindo a si mecanismos que permitam atuar de maneira eficaz na Economia para assegurar o equilíbrio entre o crescimento econômico e os demais interesses da sociedade⁸. Não se trata, portanto, de obstáculos à livre iniciativa e ao livre mercado, mas sim de garantir que os interesses econômicos não

dispositivas. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, porém, [...], no de 'levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual.' Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite. [...]. Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão." (GRAU, 2002, p.148-150)

⁸ Nesse sentido, André Ramos Tavares considera o Estado Regulador o novo perfil do Estado contemporâneo, que se afasta da prestação efetiva de diversas atividades econômicas, sem abandonar totalmente os setores que deixou, já que permanece regulando-os e fiscalizando-os. (TAVARES, 2011, p.302)

sejam absolutos, prevalecendo sobre os demais direitos e garantias também protegidos pela Constituição.

A intervenção indireta do Estado na Economia, como agente normativo e regulador das atividades econômicas, ocorre por meio de três funções: fiscalização, incentivo e planejamento. A **fiscalização** sobre a atividade econômica é exercida através do poder de polícia e consiste na verificação da legalidade da atuação dos agentes econômicos face as disposições normativas incidentes sobre as suas respectivas atividades. Fica evidente aqui a necessidade de atuação prévia do Estado enquanto agente normativo, criando os parâmetros dentro dos quais os particulares podem/devem operar nas relações econômicas. Neste sentido, importante lição de Eros Grau (2002, p.307):

Trata-se de *normação e regulação* que, como já anotei neste ensaio, reclamam fiscalização. Essa atividade, de *fiscalização*, é desenvolvida, evidentemente, em torno de um objeto. Fiscalizar significa verificar se algo ocorre, sob a motivação de efetivamente fazer-se com que ocorra - ou não ocorra. Assim, *fiscalizar*, no contexto deste art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica. Essas normas e medidas, [...], hão de necessariamente estar e dar concreção aos princípios que conformam a ordem econômica. Por isso hão de, quando atinjam a atividade econômica em sentido estrito, necessariamente configurar *intervenção sobre o domínio econômico*. (grifo do autor)

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (*apud* TAVARES, 2011, p.304), analisando essa forma de atuação, assinala que o Estado “na fiscalização, observa a atividade econômica em geral e particular, vigiando-a; examina o exercício da atividade empresarial, confrontando-a com os princípios atinentes à ordem econômica, para verificar sua observância e corrigi-la em seus equívocos e erros.” Em relação às prerrogativas decorrentes desta função, reconhece como sendo um poder de comando que vai desde o mero acompanhamento, passando pela advertência e podendo, em casos extremos, levar à interdição ou ao encerramento das atividades, se assim indicado em lei.

No Brasil, a fiscalização é atribuição da União, dos Estados Federados, do Distrito Federal e dos Municípios, dentro de suas respectivas competências, e pode ser executada por entes da Administração Direta ou Indireta. Merece destaque a possibilidade, introduzida pela Constituição de 1988, da fiscalização das atividades

econômicas por meio das chamadas agências reguladoras, que serão abordadas mais à frente neste trabalho.

A função de **incentivo** às atividades econômicas, prevista no art. 174 da Constituição, compreende a ideia de auxílio prestado pelo Poder Público para o fomento, a implementação ou o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, a serem exploradas pelo particular. O Estado, através de ações como proteção, estímulo e favorecimento, induz as estratégias empresariais da iniciativa privada a situações benéficas aos interesses públicos, dentro dos parâmetros definido em lei. Em outras palavras, o incentivo do Estado enquanto agente normativo e regulador “[...] é criar estímulos favoráveis ao progresso da atividade econômica, é dar condições positivas para o seu desenvolvimento, é incitar, possibilitando um melhor e mais adequado resultado da atividade econômica.” (NASCIMENTO, 1989 *apud* TAVARES, 2011, p.308)

Por fim, a função de **planejamento** econômico é a forma de intervenção na Economia que tem por objetivo organizar as atividades econômicas para o atingimento de metas e resultados previamente definidos, reunidos sob a forma de planos. Na esfera pública, o planejamento é de observância obrigatória e se baseia nos Planos Plurianuais (PPA), elaborados pela União, Estados Federados, Distrito Federal e Municípios a cada quatro anos, e complementados durante sua vigência pelas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e pelas Leis Orçamentárias⁹.

Em relação à iniciativa privada, o texto constitucional atribuiu caráter indicativo ao planejamento econômico, não tendo o condão de impor ao mercado as diretrizes do planejamento, e sim, de indicar aos agentes econômicos os objetivos almejados pelo Estado e influenciar, indiretamente, sua atuação.¹⁰ De maneira

⁹ Eros Grau explica, de forma sucinta, o funcionamento do planejamento para o setor público: “A implementação e eficácia dos planos, pelo lado do setor público, depende basicamente da realização de investimentos, sendo necessária, pois, sua contemplação em quantidades financeiras, explicitada pelas técnicas de orçamento-programa, os orçamentos financeiros anuais. A subordinação dos orçamentos financeiros dos planos é objetivada através dos orçamentos plurianuais de investimentos”. (*apud* TAVARES, 2011, p.310).

¹⁰ Apesar de seu aspecto técnico e sua natureza facultativa para a iniciativa privada, o planejamento econômico estatal traz indicações de como a Administração irá atuar nas relações sociais e econômicas no médio prazo. Nele são definidas, por exemplo, diretrizes para a ocupação urbana e rural, incentivo que se pretende dar a segmentos econômicos, investimentos em infraestrutura ou, ainda, desenvolvimento de programas sociais. Desta forma, ao demonstrar o que o Estado pretende fazer e qual resultado deseja alcançar, o planejamento pode estimular agentes econômicos a investir em atividades, regiões ou produtos que serão beneficiados, de alguma forma, com recursos públicos,

reflexa, Gilberto Bercovici vê no planejamento econômico um verdadeiro mecanismo de promoção de mudanças econômicas e sociais (*apud* MEDEIROS, 2011, p.128):

O planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística. O plano é a expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações. Por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucional adotada. O planejamento está, assim, sempre comprometido axiologicamente, tanto pela ideologia constitucional como pela busca da transformação do status quo econômico e social. Quando os interesses dominantes estão ligados à manutenção deste status quo, o planejamento e o desenvolvimento são esvaziados. Desta forma, não existe planejamento “neutro”, pois se trata de uma escolha entre várias possibilidades, escolhas guiadas por valores políticos e ideológicos, consagrados, no caso brasileiro, no texto constitucional. Desta forma, o planejamento, ainda, deve ser compreendido dentro do contexto de legitimação do Estado pela capacidade de realizar objetivos predeterminados. O fundamento da ideia de planejamento é a perseguição de fins que alterem a situação econômica e social vivida naquele momento. É uma atuação do Estado voltada essencialmente para o futuro.

Consoante o exposto, percebe-se que a atuação indireta estatal visa garantir o pleno atendimento, por parte de todos os agentes econômicos envolvidos, dos princípios norteadores da Ordem Econômica. Desta forma, diante da inexistência de um ambiente de concorrência perfeita, corolário das teorias clássicas liberais, cabe ao Poder Público atuar a fim de corrigir falhas de mercado e estabelecer o equilíbrio no ambiente macroeconômico, visando sempre ao interesse público, a partir ações como regulações específicas, estímulo a entrada de novos participantes em determinados setores, ampliação do fornecimento de bens e serviços em regiões menos abastecidas, além da fiscalização, em geral, das condutas dos agentes econômicos.

1.2 O PAPEL DAS AUTORIDADES REGULADORAS

1.2.1 Conceito

No Brasil, as agências reguladoras foram criadas a partir de 1996, dentro do contexto de reforma do Estado e privatização de estatais, tendo por objetivo normatizar e fiscalizar determinados setores econômicos estratégicos e mercados de relevante interesse público. Pedro Henrique Poli de Figueiredo assim descreveu a motivação da criação dessas agências (*apud* ANDRADE DE ALMEIDA, 2007, p.31):

Atividades há que precedentemente eram públicas e passaram ao setor privado. A importância da regulação destas atividades é indelével, eis que a ausência do Estado nas atividades que anteriormente executava sem que faça qualquer tipo de intervenção, torna a adequação ou não do serviço uma aventura, e o usuário dependente da sorte para a sua satisfação. Alguns exemplos da experiência sul-americana nos processos de privatização demonstram que, onde houve privatização desacompanhada da preocupação com a regulação do serviço privatizado o resultado foi a ineficiência do serviço.

Na mesma toada é o posicionamento de Aléxis Jacquemin (*apud* ANDRADE DE ALMEIDA, 2007, p.31):

A delegação de funções garantidas aos serviços públicos ou transferidas ao setor privado deve ser feita de acordo com as regras e formas alternativas de controle social. Se o Estado não pode agir como Estado do bem-estar e renuncia ao monopólio de determinado bem-estar social isso não deverá jamais parecer um privilégio junto aos atores sociais e relações econômicas. Deve ser encarado como estritamente necessário, mas na sucessão desequilibrada que caracteriza sua evolução, salvaguardado o pluralismo, evitando ser substituto dos monopólios públicos por cartéis privados e assegura a efetiva transferência.

Podemos dizer, desta forma, que as agências reguladoras são instituições recentes na Administração Pública brasileira. Sua concepção foi construída, basicamente, a partir do modelo norte-americano, que se iniciou com a criação da *Interstate Commerce Commission*, em 1887, em resposta a intensos conflitos entre agentes econômicos no setor ferroviário, seguida da *Federal Trade Commission*, encarregada de atuar em casos gerais de condutas anticompetitivas e concentração

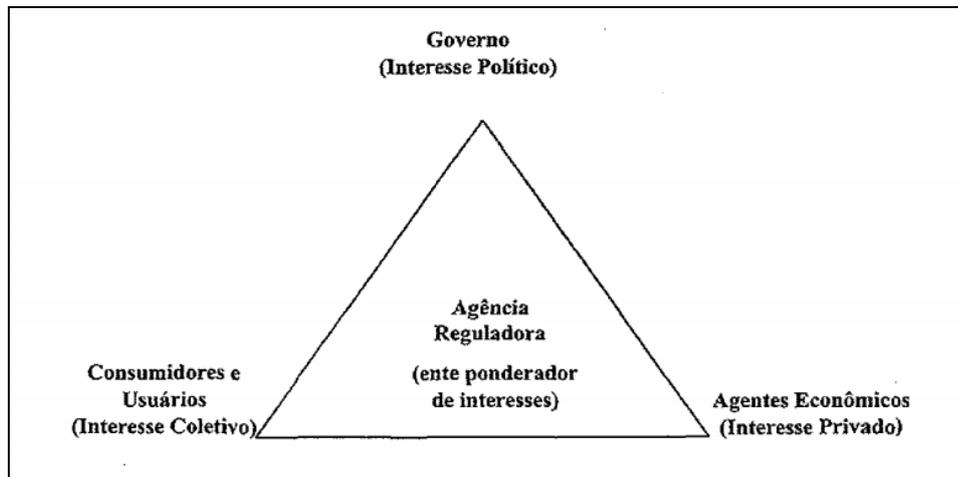
de poder econômico. As agências americanas, então, se formam como entes independentes criados pelo Poder Legislativo para disciplinar negócios privados, regulamentando e controlando sua atuação. A partir deste referencial, podemos conceituar as agências reguladoras como sendo “as entidades públicas, encarregadas da regulação, politicamente neutra e imparcial, de setores e mercados específicos, estabilizando o convívio de interesses políticos, coletivos e privados.” (FIGUEIREDO, 2010, p.160).

No Brasil, as agências reguladoras foram constituídas como integrantes da Administração Indireta sob a forma de autarquias especiais, sendo dotadas de autonomia administrativa e financeira e independência política, inclusive sem possibilidade de demissão imotivada de seus dirigentes pelo Chefe do Executivo. Nas palavras de Paulo Roberto Ferreira Motta: (*apud* ANDRADE DE ALMEIDA, 2007, p.32):

Agências reguladoras são entes administrativos autárquicos, integrantes da Administração Pública indireta, dotados de ampla autonomia, sendo que a sua criação deve ser realizada por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e competências perfeitamente especificadas no texto legal criador destas.

Esta autonomia concedida por lei às agências reguladoras é essencial para o adequado exercício de suas atribuições, garantindo imparcialidade e isonomia na regulação do setor, a partir de critérios técnicos de análise e decisão. Assim, espera-se que a agência seja capaz de conciliar os diversos interesses envolvidos, quais sejam, os interesses políticos (Governo), os interesses privados (agentes econômicos) e os interesses coletivos (sociedade). Representando esta interface, Leonardo Vizeu Figueiredo propõe a seguinte estrutura:

Figura 1: Posicionamento da Agência Reguladora em relação às Partes Interessadas



Fonte: FIGUEIREDO (2010, p.158).

A Constituição de 1988 faz referência expressamente a dois órgãos reguladores de setores econômicos: um voltado para mercado de telecomunicações (art. 21, XI¹¹) e outro relativo às atividades ligadas ao petróleo (art. 177, § 2º, III¹²). Delegou, no entanto, a lei infraconstitucional a efetiva criação das agências bem como a definição de competências e atribuições. Em que pese haver previsão constitucional apenas para estes dois entes, o art. 174¹³ da Constituição, ao determinar ao Estado a função de agente regulador da atividade econômica, na forma da lei, autoriza o legislador infraconstitucional a utilizar os mecanismos mais adequados ao desempenho dessa função, sendo, então, possível a criação de outras agências reguladoras na esfera federal (assim como na esfera estadual, distrital e municipal, por simetria).¹⁴ Existem, atualmente, 10 agências reguladoras federais, conforme ilustrado na tabela a seguir:

¹¹ “Art. 21. Compete à União: (...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um *órgão regulador* e outros aspectos institucionais;” (grifo nosso)

¹² “Art. 177. Constituem monopólio da União: (...)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...)

III - a estrutura e atribuições do *órgão regulador* do monopólio da União;” (grifo nosso)

¹³ “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” (grifo nosso).

¹⁴ É importante não confundir agência reguladora (autarquia especial) com outro tipo de agência, chamada agência executiva. Prevista pela Lei nº 9.649/98, a agência executiva seria a autarquia (ou

Tabela 1: Relação das Agências Reguladoras Federais

SIGLA	NOME	CRIADO POR	MINISTÉRIO DE VINCULAÇÃO	FINALIDADE
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica	Lei Nº 9.427/1996	Ministério das Minas e Energia	Regulação e fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações	Lei Nº 9.472/1997	Ministério das Comunicações	Regulação das telecomunicações.
ANP	Agência Nacional do Petróleo	Lei Nº 9.478/1997	Ministério das Minas e Energia	Regulação da indústria do petróleo.
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária	Lei Nº 9.782/1999	Ministério da Saúde	Promoção da proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços.
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar	Lei Nº 9.961/2000	Ministério da Saúde	Promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar de saúde, regulando as operadoras setoriais.
ANA	Agência Nacional de Águas	Lei Nº 9.984/2000	Ministério do Meio Ambiente	Implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres	Lei Nº 10.233/2001	Ministério dos Transportes	Regulação do transporte ferroviário de passageiros e carga e exploração de infraestrutura ferroviária; do transporte interestadual e internacional de passageiros, rodoviário de cargas, multimodal; e do transporte de cargas especiais e perigosos em rodovias e ferrovias.
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários	Lei Nº 10.233/2001	Ministério dos Transportes	Regulação do transporte de navegação fluvial, travessia, apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso; regulação dos portos, terminais

fundação) subordinada a um plano estratégico e a um contrato de gestão, dedicada a desenvolver atividades administrativas clássicas, inclusive a prestação de serviços públicos, sem representar um regime jurídico peculiar que o diferenciasses das demais autarquias.

				portuários privativos e transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas.
ANCINE	Agência Nacional do Cinema	Medida Provisória nº 2.228-1/2011	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	Fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica.
ANAC	Agência Nacional da Aviação Civil	Lei Nº 11.182/2005	Ministério da Defesa	Desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País.

Fonte: Elaboração Própria

1.2.2 Características

As várias agências reguladoras existentes no país não seguem necessariamente um modelo comum, mas todas apresentam algumas características básicas semelhantes, como o fato de serem entidades que exercem tarefas típicas do Estado (com prerrogativas como exigibilidade e executoriedade), porém com autonomia em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (independência administrativa e ausência de subordinação hierárquica), mandato fixo e estabilidade. Paulo Modesto (apud ANDRADE DE ALMEIDA, 2007, p.36) explica bem essa peculiaridade:

“As agências reguladoras são definidas como autarquias especiais porque o legislador lhes conferiu, desde o momento da constituição, um conjunto de garantias em face da Administração Direta suficientes para caracterizar uma peculiar ampliação da autonomia decisória, administrativa ou financeira dessas entidades em relação às demais autarquias existentes.”

Marçal Justen Filho define agência reguladora 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” (JUSTEN FILHO, 2015, p.464). A partir desta definição, é possível identificar as características essenciais das agências reguladoras, a saber:

a) É uma autarquia: Uma agência reguladora consiste, primeiramente, em uma autarquia. Desta forma, integra a administração pública no exercício de atividades típicas do Estado, com personalidade jurídica de direito público e capacidade de autoadministração. Na conceituação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*apud* ANDRADE DE ALMEIDA, 2007, p.35),

A autarquia é pessoa jurídica de direito público, o que significa ter praticamente as mesmas prerrogativas e sujeições da Administração Direta; o seu regime pouco difere do estabelecido para esta, aparecendo, perante terceiros, como a própria Administração Pública; difere da União, Estados e Municípios – pessoas públicas políticas – por não ter capacidade política, ou seja, o poder de criar o próprio direito; é pessoa pública administrativa porque tem apenas o poder de autoadministração, nos limites estabelecidos em lei.

Para a criação de qualquer autarquia, a Constituição da República exige lei específica, nos termos de seu art. 37, XIX¹⁵, de iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, § 1º, II, “e” da Constituição¹⁶), e nos Estados, Municípios e Distrito Federal a iniciativa será, por simetria, privativa dos respectivos Chefes do Executivo.

b) É uma autarquia especial: Diz-se que as agências reguladoras são autarquias especiais¹⁷ porque possuem determinadas peculiaridades no regime

¹⁵ ‘Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

¹⁶ “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...)

II - disponham sobre: (...)

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI.”

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que a nomenclatura “autarquia especial” não é nova em nosso ordenamento jurídico, uma vez que no passado já “fazia-se referência a autarquias especiais ou sob regime especial, para referir às universidades, querendo-se significar, com tal rotulação, que desfrutavam de um teor de independência administrativa, em relação aos poderes controladores exercidos pelos órgãos da Administração direta, mais acentuado que o da generalidade dos sujeitos autárquicos” e completa: “o único ponto realmente peculiar em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas, e que se contém nos arts. 52 e parágrafo único, 62 e 92 da Lei 9.986, de 18.7.2000” (*apud* ANDRADE DE ALMEIDA, 2007, p.35).

jurídico em relação às demais entidades autárquicas, conforme previsão nas leis que as instituíram, que garantem maior autonomia jurídica e econômica em relação à Administração Pública. No magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tem-se a seguinte definição de agência reguladora (*apud* MEDEIROS, 2011, p.114):

Assim, agência reguladora, em sentido amplo, é, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta. Em sentido estrito, e abrangendo apenas o modelo mais recente, a agência reguladora é entidade da Administração Indireta, em regra autarquia de regime especial, com a função de regular a matéria que se insere em sua esfera de competência, outorgada por lei.

A autonomia concedida às agências reguladoras visa garantir um ambiente imparcial e neutro no exercício das suas atribuições, evitando influências externas proveniente dos diversos públicos de interesse, inclusive do Governo. Esta independência se apresenta na esfera econômica, uma vez que são dotadas de recursos financeiros auto gerenciados (arrecadação de receitas próprias e organização de despesas); na esfera administrativa, considerando que as agências reguladoras não estão hierarquicamente subordinadas ao Ministério a que se vinculam (ou a qualquer outro órgão do Executivo); e na esfera política, já que seus atos não podem ser revisados por autoridade integrante da Administração Pública, mas tão somente pelo Poder Judiciário, evitando-se que as decisões administrativas “em última instância” sejam determinadas pela ideologia política de quem estiver no poder.

Este certo distanciamento proporcionado às agências reguladoras é essencial para a efetividade de suas atribuições legais, pois reduz o risco de captura¹⁸ do regulador pelos diversos centros de poder existentes (políticos, agentes econômicos, etc.), os quais podem direcionar indevidamente o processo de regulação para atendimento a seus interesses em detrimento do interesse coletivo, conforme explica Maria D’Assunção Menezello (*apud* VENTURA, 2006, p.4):

¹⁸ Favorecem o fenômeno da captura determinadas circunstâncias tais como a influência política, rotatividade dos dirigentes das agências, dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico do setor regulado, dependência de validação das decisões (subordinação hierárquica), dentre outros. Para mitigar tais riscos, as agências reguladoras são usualmente dotadas de autonomia administrativa e financeira, estabilidade dos dirigentes (mandatos fixos), estrutura colegiada de decisão e desvinculação hierárquica a qualquer instância do governo.

A captura se configura quando a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoístas de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidade dos setores burocráticos estatais.

Isto não significa dizer que as agências reguladoras são imunes a qualquer influência. Na verdade, expor e defender interesses, seja a partir de um agente econômico, o Governo ou mesmo a sociedade em geral, é legítimo e salutar ao processo de construção de uma regulação verdadeiramente eficaz, havendo inclusive mecanismos institucionais para tal (ouvidorias, conselhos consultivos, consultas públicas, audiências abertas e foros setoriais). A captura ocorre quando o sistema não é influenciado de forma transparente e imparcial, deixando o agente regulador de atuar conciliando os diversos interesses envolvidos, em prol do bem comum. A figura abaixo (Figura 2) ilustra a natureza das inter-relações existentes entre as agências reguladoras e seus diversos grupos de interesse.

Figura 2: Rede de Interfaces das Agências Reguladoras



c) É investida de competência para regulação setorial: Cabe à agência reguladora, em verdadeira função estatal típica, a atribuição de editar normas, decidir acerca de solicitações e compor conflitos num setor econômico, sempre de acordo com os parâmetros e limites determinados por sua lei de criação. Suas deliberações são cogentes e vinculam tanto o setor público quanto o setor privado, ressalvada eventual revisão jurisdicional.

Além das características já apresentadas, podemos destacar outros aspectos, também importantes, e comuns a todas as agências reguladoras:

- **Especialidade:** A especialidade das agências reguladoras, descrita nas leis de criação, é requisito e fundamento da adequada atuação no segmento econômico sob sua responsabilidade, conferindo precisão técnica em suas análises e credibilidade em suas decisões. Em outras palavras, “a agência é um organismo técnico, não político, que recebe competência para dispor sobre determinados assuntos e executar a fiscalização com autonomia. Daí sua especialidade (e sua novidade) no direito brasileiro. ” (CUÉLLAR, Leila *apud* ANDRADE DE ALMEIDA, 2007, p.41).
- **Capacidade técnica:** Corolário da especialidade, as agências reguladoras devem possuir profundo conhecimento dos segmentos econômicos em que atua, tanto no aspecto tecnológico quanto em relação às características e necessidades do mercado. A capacidade técnica adquirida por uma agência reguladora tem relação direta com a sua habilidade de fiscalização e regulamentação do setor.
- **Corpo Funcional Autônomo:** No Brasil, as agências reguladoras possuem um corpo técnico permanente, proveniente de concurso público, em regime estatutário. Os dirigentes destas entidades, por sua vez, exercem mandato fixo sem possibilidade de exoneração sem justa causa¹⁹, após serem

¹⁹ Os dirigentes das agências reguladoras são dotados de estabilidade durante a vigência de seus mandatos, e só podem ser afastados nos casos de descumprimento das políticas públicas estabelecidas para o respectivo setor regulado, acúmulo ilegal de cargos ou funções públicas e prática de atos de improbidade administrativa. (FIGUEIREDO, 2010, p.165)

indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal (nos termos dos arts. 52, III, f²⁰ e 84, XIV²¹ da Constituição, combinado, sistematicamente, com as previsões contidas na lei criadora das agências reguladoras). Essa estabilidade proporcionada tanto aos servidores públicos quanto aos dirigentes tem o condão de evitar a influência do Governo nos atos praticados por tais profissionais, que, por medo de perder seus cargos ou empregos, poderiam ceder a pressões meramente políticas.

1.2.3 Poderes e Atribuições

Conforme já assinalado, as agências reguladoras são consideradas autarquias especiais por atuarem com autonomia administrativa e financeira e são, dentro dos limites definido em lei, dotadas de atribuições de cunho normativo, executivo e, pode-se assim dizer, até mesmo “jurisdicional”, para determinado segmento econômico ou mesmo em relação a todas as atividades econômicas, com ênfase num determinado aspecto de interesse público. A esse respeito, vale citar o magistério de Carlos Ari Sundfeld (*apud* FIGUEIREDO, 2010, p.127):

A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os

²⁰ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

II - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: (...)
f) titulares de outros cargos que a lei determinar;”

²¹ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;”

seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns —enfim, as atividades econômicas em sentido estrito) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de serviços públicos, exploração de bens públicos e de monopólios estatais).

Primeiramente, há de se destacar o caráter normativo da atividade regulatória. De acordo com Maria D'Assunção Menezello (*apud* VENTURA, 2006, p.3), o poder regulador é uma delegação de competências do Poder Legislativo e Executivo às agências para que, atuando com dinamismo, atualidade e flexibilidade, possam atender aos reclamos dos agentes regulados dentro da moldura jurídica vigente. Esta delegação não é ilimitada, devendo a agência atuar dentro do alcance permitido por sua lei de criação.

Além da função normativa, as agências reguladoras exercem fundamental papel fiscalizador e direcionador do segmento econômico em que atua, com atribuições relacionadas ao estímulo à competitividade, controle de tarifas, universalização de serviços, punição dos agentes econômicos em caso de descumprimento das normas do setor, proteção dos consumidores e fiscalização de contratos de concessão.

Existe, ainda, uma terceira função principal atribuída às agências reguladoras: a solução de litígios entre agentes regulados e entre esses e usuários, que surgem devido à coexistência de interesses divergentes. Este papel, chamado por alguns doutrinadores como “quase judicial”, deve buscar o consenso e não decisões unilaterais, em que a agência deve atuar com imparcialidade na mediação dos conflitos, visando transformá-los em resultado positivo para as partes e para a sociedade em geral.

Em breve síntese, podemos elencar os seguintes instrumentos da regulação, para o exercício das funções normativa, executiva (fiscalizadora e diretiva) e jurisdicional:

- a) Atos normativos setoriais;
- b) Exercício de poder de polícia (fiscalização) sobre a atividade econômica;

- c) Fomento e promoção de determinadas atividades econômicas, bem como estímulo à competitividade do setor;
- d) Mediação de interesses divergentes, através da composição extrajudicial de conflitos.

Além desses instrumentos clássicos de atuação estatal, as agências reguladoras têm se valido de outros mecanismos, que visam ao equilíbrio dos interesses existentes e à atuação participativa dos agentes econômicos, consumidores e Poder Público, tais como consultas, audiências e chamamentos públicos.

1.3 O PAPEL DAS AUTORIDADES CONCORRENCIAIS

1.3.1 A Defesa da Concorrência

A previsão de normas de natureza econômica nos textos constitucionais surgiu nos Estados em decorrência da concentração capitalista pós-Primeira Guerra Mundial, dando origem às chamadas Constituições Econômicas. A primeira Constituição a disciplinar o fenômeno econômico foi a Constituição Mexicana de 1917, seguida da Constituição alemã de Weimer, em 1919, ambas sob a influência de lutas por direitos sociais e trabalhistas. Seguindo o exemplo internacional, o Brasil teve sua primeira Constituição Econômica já em 1934. Atualmente, a Ordem Econômica brasileira está disciplinada no “Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira” da Constituição de 1988, destacando-se os princípios ali previstos²², dentre os quais está a livre concorrência.

²² “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;

Como corolário da defesa da livre concorrência, a Constituição determina, em seu art. 173 § 4º²³, a repressão ao abuso do poder econômico, sendo assunto de interesse coletivo, pois afeta a eficiência da economia nacional e os direitos dos consumidores, sendo prevista como instrumento para garantir a todos existência digna, como ensina Paula Forgioni (2012, p.186):

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 Alexandre Tavares Guerreiro, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, já via a proteção da concorrência como serviçal 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 (cf. Decreto-lei 869, de 1938, e Decreto-lei 7.666, de 1945), 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). Ordena, também, que seja reprimido o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, em obediência ao caput do art. 170 e ao art. 3º.

A defesa da concorrência, assim, é um meio pelo qual se busca criar uma economia eficiente, em que os cidadãos dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis, disfrutando de um nível máximo de bem-estar econômico e o desenvolvimento sustentável do país no longo prazo. Importante ressaltar que o tema não mais pode ser encarado sob a ótica liberal clássica, em que a “mão invisível” da Economia regularia o mercado garantindo o equilíbrio entre os agentes econômicos. A experiência capitalista mostrou que a liberdade ilimitada

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.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

²³ “§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

muitas vezes favorece a concentração de mercados nas mãos dos agentes mais fortes, cabendo ao Estado um papel fundamental na efetiva defesa da concorrência, como muito bem assinala Luís Cabral de Moncada (*apud* FIGUEIREDO, 2010, p.217):

(...) a defesa da concorrência entre as unidades produtivas compreende nos nossos dias um conjunto ordenado e homogêneo de política econômica, muito para além das normas de polícia. O legislador partiu do princípio de que a concorrência se não 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.

A atuação em prol da defesa da concorrência não é e nem pode ser generalista, devendo considerar as particularidades dos mercados e seus agentes econômicos no caso concreto, por meio de regras e técnicas de diagnóstico de cenários sociais e econômicos, que levem à adequada aplicação das normas a cada situação que se apresenta. Desta feita, para melhor elucidar o conceito e as nuances que permeiam a defesa da concorrência, faz-se necessário apresentar alguns conceitos essenciais, adotados pelas autoridades antitrustes, para avaliar o real impacto dos atos de negócio no âmbito concorrencial.

- a) **Regra da Razão:** representa uma importante ferramenta hermenêutica antitruste, construída pela jurisprudência norte-americana no início do Século XX, a *rule of reason*, que, em apertada síntese, permite determinadas restrições à concorrência quando estas fossem benéficas ao mercado, cotejando-se o impacto imediato de determinado ato “anticompetitivo” e os seus efeitos futuros. Desta forma, apesar do *Sherman Act* descrever como ilegal qualquer prática restritiva do comércio

entre os Estados ou outros países²⁴, a Suprema Corte flexibilizou sua aplicação aos casos ditos “não razoáveis”, isto é, que representam abuso de poder econômico, sem aumento de eficiência do mercado²⁵.

Atualmente, a regra da razão tem sido utilizada não apenas para a análise de acordos restritivos da concorrência, como também para os casos envolvendo infração à ordem econômica em geral, conforme observa de Calixto Salomão Filho (*apud* FIGUEIREDO, 2010, p.233):

É, aliás, interessante observar que a ‘regra da razão’, inicialmente formulada exclusivamente para o caso de acordo em restrição à concorrência (atos e acordos tendentes à cooperação econômica), venha sendo paulatinamente estendida, também, às concentrações econômicas. É o que ocorre no ordenamento europeu. E o que ocorre, também, na recente lei brasileira.

No Brasil, a doutrina da regra da razão pode ser fortemente observada nos posicionamentos emanados pelas autoridades antitruste²⁶, estando, inclusive, positivada na própria legislação que versa sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, a Lei nº 12.529/2011,

²⁴ *Sherman Act*, ou Lei Sherman Antitruste, é uma lei norte-americana de 1890 criada em resposta à forte concentração de poder econômico por grandes corporações, como a Standard Oil Co., à época responsável por mais de 80% do refino de petróleo dos Estados Unidos, visando impedir e punir a formação de trustes, equilibrando, desta forma, as oportunidades entre os diversos empreendedores. São duas as determinações do *Sherman Act*: “1) Todo contrato, combinação em forma de truste ou outra qualquer, ou conspiração para restringir o comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras é declarada ilegal; 2) Toda a pessoa que monopolize ou tente monopolizar qualquer ramo da indústria ou do comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras será considerada culpada.”

²⁵ Em voto proferido no julgamento de “Chicago Board of Trade X United States”, de 1918, o Juiz Brandeis consolidou o conceito da regra da razão na jurisprudência norte-americana, com a seguinte explanação: “A validade de um contrato ou cláusula não pode ser determinada simplesmente pela análise referente à existência de uma restrição à concorrência. Vincular, restringir, isto é da essência do contrato. O verdadeiro teste da validade está em se verificar se a restrição imposta apenas visa regular e talvez promover a concorrência, ou se simplesmente visa suprimir ou mesmo destruir a concorrência. Para aplicar essa distinção o Tribunal deve sempre considerar os fatos peculiares à atividade econômica em que a restrição está sendo aplicada, bem como analisar as condições dessa atividade econômica antes e depois da imposição da restrição, a natureza da restrição e seus efeitos, reais ou prováveis. A história da restrição, o mal nela considerado existente, a razão para se adotar uma sanção especial, o propósito ou escopo que se busca atingir, são todos fatos relevantes. E isto não se dá porque uma boa intenção possa isentar uma restrição supostamente negativa, ou o inverso, mas porque o conhecimento acerca do intento perseguido poderá ajudar o Tribunal a interpretar fatos e a inferir consequências.”

²⁶ Para análise de atos de concentração, por exemplo, após a delimitação da parcela do mercado potencialmente afetada, são usualmente levadas em consideração, pela autoridade antitruste, a probabilidade de exercício do poder de mercado pelo agente econômico e a ponderação entre o custo deste eventual exercício de poder *versus* a eficiência gerada pela transação. (SEAE; SDE, 2001, p.7)

conforme podemos observar em diversas previsões normativas, abaixo transcritas:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

(...)

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

(...)

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

(...)

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

(...)

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. (grifo nosso)

b) **Mercado Relevante:** Segundo o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal²⁷, expedido pela Portaria Conjunta Portaria Conjunta SEAE/SDE 50/2001 (SEAE; SDE, 2001, p.9), “o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preços”, enfatizando-se que o mercado relevante se determina tanto no aspecto substancial (produto ou serviço que concorrem entre si, podendo ser razoavelmente substituídos por serem entendidos pelo consumidor como similares) quanto no aspecto geográfico (a região de abrangência/influência da negociação destes produtos ou serviços, podendo ser local, regional ou mesmo nacional, a depender do tipo de produto ou serviço sob análise).

Modernamente, muito tem se discutido sobre a correlação clássica entre mercado relevante e capacidade de aumentar preço. Isto porque cada vez o mercado consumidor tem buscado soluções customizadas e diferenciadas, e nesses casos o fator preço tende a ser menos relevante em termos de substitutibilidade. O mesmo ocorre em setores influenciados por constantes mudanças tecnológicas, como o setor de telecomunicações, em que a oferta de um novo “pacote de serviços” contemplando, por exemplo, telefonia fixa a nível local e/ou de longa distância e/ou telefonia móvel e/ou TV por assinatura e/ou internet banda larga e/ou pacote de dados, etc., por uma única operadora atuante no mercado pode afetar completamente a configuração de mercado relevante até então predominante²⁸.

²⁷ O Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal está sendo revisado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) desde 2007 e atualmente se encontra em fase de Consulta Pública.

²⁸ Em seu voto no Ato de Concentração nº 53500.019422/2004 requerido pelas empresas Telefônos de México S.A. (Telmex) e Globopar Comunicações e Participações S.A., o Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado abordou com bastante acuidade o tema: “Dada essas condições, vale a pena considerar um documento preparado para a *European Commission* com interessantes recomendações para a análise antitruste no mercado de telecomunicações. O estudo argumenta que a metodologia antitruste tradicional para a definição do mercado relevante pode ser aplicada à indústria de telecomunicações, mas que três ajustes precisam ser incorporados à análise a fim de capturar a natureza da interação competitiva dos atores no mercado. Primeiro, é preciso levar em conta não só as substitutibilidades de demanda, mas também a interação competitiva

Em que pese a discussão principiológica acerca dos parâmetros a serem adotados, vê-se nitidamente que a definição do mercado relevante é uma das principais ferramentas utilizadas pela autoridade antitruste para identificar se há, por parte do agente econômico, uma real conduta anticompetitiva ou um ato de concentração nocivo ao equilíbrio concorrencial, a partir da análise do seu impacto sobre os preços e demais condições *naquele mercado* especificamente delimitado. Assim, por exemplo, em um mercado com preços estáveis, pode-se utilizar os preços atuais como parâmetro para avaliar o impacto da conduta sob avaliação. Se, por outro lado, o mercado relevante tende a oscilar frequentemente seus preços, seja por inovações tecnológicas ou ainda por custos lastreados em moedas estrangeiras, seria necessário utilizar outros parâmetros (projeção de preço futuro, por exemplo) para realizar adequadamente a avaliação.

(substitutibilidade da oferta) entre todos os provedores potenciais do mercado. A indústria de telecomunicações compreende tipos de serviços diferenciados, que vão de telefonia local a acesso rápido à internet. Para os serviços afetados pelas rápidas mudanças da tecnologia, a competição se dá em dimensões que vão além do preço, requerendo que a definição tradicional de mercado relevante leve em conta este aspecto. Em indústrias dinâmicas, como a de telecomunicações, a competição precisa ser avaliada através de diferentes dimensões de performance. O conceito de substitutibilidade tem que ser interpretado de maneira ampla, pois a substituição ocorre não só em termos de diferenciais de preços, mas também depende de outros indicadores de performance. Isto significa considerar, por exemplo, como diferentes tecnologias podem satisfazer necessidades dos consumidores de maneira similar. Assim é preciso aumentar o mercado relevante de maneira a incluir todas as empresas capazes de prover um substituto para os serviços considerados. Segundo, complementaridades de demanda e economias de produção conjunta precisam ser reconhecidas, pois implicam que, na indústria de telecomunicações, pacotes combinados de serviços podem se tornar um aspecto bastante significativo da análise antitruste. A definição tradicional de mercado relevante só faz sentido se for aplicada a um sistema de serviços. A definição do 'serviço' que deve constar da análise de mercado relevante requer a definição de um 'sistema de serviços'. Portanto, a forte complementaridade na demanda e as características da oferta no mercado de telecomunicações podem justificar a definição do mercado relevante em termos de conjuntos de serviços. Nessa linha o FCC concluiu que na medida que o consumidor demanda o pacote combinado de serviços, isto faz com que os provedores ofereçam tais pacotes. Assim a combinação de acesso local com serviços de longa distância pode se tornar um novo mercado relevante. A análise requer, portanto, que o consumidor veja os serviços do pacote como complementares. Terceiro, a definição do mercado relevante precisa levar em consideração o fato de que, na indústria de telecomunicações, a presença de custos fixos irrecuperáveis provoca a necessidade contínua de rever conceitos tradicionais de poder de mercado e substitutibilidade em termos de elasticidade-preço. A análise de poder de mercado, e em consequência a do monopolista hipotético, não podem ser baseadas somente no uso do custo marginal como mecanismo de precificação. Com custos fixos irrecuperáveis, um *mark-up* positivo é perfeitamente compatível com um ambiente competitivo. Se isto não for levado em conta, o mercado pode ser definido de maneira muito restrita. ”

Resta claro, portanto, que a adoção, pela autoridade de defesa da concorrência, de um conceito genérico de mercado, ou mesmo a elaboração de um modelo padrão de referência, prejudicaria consideravelmente a percepção dos reais efeitos provocados pelas estratégias de negócio *sub judice*, por não sopesar as vicissitudes de cada realidade mercadológica, daí a importância da delimitação de mercados relevantes. Além disso, essa delimitação já indica aos agentes econômicos certos limites de expansão e diversificação de seus negócios, promovendo maior segurança jurídica aos particulares na condução de suas atividades econômicas.

- c) **Poder de Mercado:** Numa visão clássica, o poder de mercado refere-se à capacidade de um agente discricionariamente fixar preços, ou, numa leitura ainda mais simplista, seria o poder de aumentar preços. Segundo o Glossário da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), o poder de mercado é a “capacidade de uma empresa de aumentar e manter preços acima do que seria verificado sob concorrência”. Da mesma forma, a Suprema Corte dos EUA o define como “a capacidade de cobrar preços superiores aos que vigorariam em concorrência” e a Corte Europeia de Justiça entende que “a posição dominante está relacionada à força econômica de uma empresa, que age de maneira independente de seus concorrentes, clientes e até dos consumidores por manter afastada a concorrência de um dado mercado relevante” (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p.4). Vê-se, portanto, que todas as definições tendem a considerar, em essência, a capacidade de um agente em influenciar preços e margens de lucro por período significativo. No entanto, é importante ressaltar que o poder de mercado, além de propiciar a obtenção de lucros acima da média, também influencia outros fatores do mercado, tais como quantidade, qualidade e variedade de produtos e serviços, ritmo de inovações, nichos de mercado, dentre outros, sendo a sua análise, portanto, fundamental para as autoridades de defesa da concorrência. É importante observar que a existência de poder de mercado por si só não acarreta qualquer irregularidade, mas tão somente o abuso desse poder por parte do agente econômico.

d) **Concentração de Mercado:** Os atos de concentração de mercado são normalmente objeto de análise das autoridades antitruste em todos os países. Isto porque considera-se que existe uma forte relação entre o porte/estrutura do agente econômico e o seu poder de mercado, propiciando influências desleais nas características do mercado por meio de condutas anticompetitivas, como, por exemplo, a redução temporária de preços para ganhar novos clientes ou eliminar concorrentes. O Guia Para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE/SDE apresenta critérios²⁹ para identificar se uma concentração tem o condão de afetar ou não a competitividade do setor em determinado relevante. Sobre o tema, o Guia, por exemplo, indica que “uma concentração gera controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício unilateral do poder de mercado sempre que resultar em uma participação igual ou superior a 20% do mercado relevante” e propicia o exercício coordenado do poder de mercado quando “a concentração tornar a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas (C4) igual ou superior a 75%” ou quando “a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 10% do mercado relevante” (SEAE; SDE, 2001, p.11). É a partir deste tipo de parâmetro, aliado a outras análises de cunho técnico, social e econômico, que as autoridades antitruste avaliam os atos de concentração e verificam os impactos à concorrência, autorizando ou não a sua concretização, ou, ainda, determinando medidas compensatórias ou mitigadoras dos impactos ocasionados.

1.3.2 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)

Como é possível observar, a defesa da concorrência é uma atividade complexa e interdisciplinar, que permeia as relações negociais privadas a fim de dar

²⁹ O guia elaborado pela *Federal Trade Commission* em conjunto com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, denominado *Horizontal Merger Guidelines* (DOJ; FTC, 2010, p. 17) apresenta uma fórmula para calcular a prejudicialidade de um ato de concentração, dividindo-a em três faixas: Mercados Não Concentrados (resultado de 0 até 1.500), Mercados Moderadamente Concentrados (resultados de 1.500 até 2.500) e Mercados Altamente Concentrados (resultados maiores que 2.500).

efetividade aos princípios e fundamentos da ordem constitucional econômica, notadamente quanto à livre concorrência, à liberdade de mercado e à repressão ao abuso do poder econômico. Para este fim, foi instituído o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com a atribuição de promover e garantir a competitividade da economia brasileira, a partir de três vertentes principais:

- a) **Ações Preventivas:** Ocorrem por meio do controle de estruturas de mercado, a partir da análise prévia dos atos de concentração (fusões, aquisições, incorporações, *joint ventures*, etc.). Diz-se preventiva porque tal atuação da autoridade antitruste atualmente ocorre previamente, evitando a consolidação de eventual situação prejudicial à concorrência.
- b) **Ações Repressivas:** Ocorrem pela investigação e punição de condutas anticompetitivas, assim consideradas aquelas previstas como infrações segundo a Lei Nº 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência³⁰, tais como a prática de preços predatórios, formação de cartel, dentre outros.

³⁰ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

- c) **Ações Educativas:** Ocorrem pela disseminação da cultura da concorrência, por meio de seminários, cursos e publicações, parcerias com entidades públicas ou privadas voltadas a interesses coletivos, bem como pela participação ativa na formulação das estratégias econômicas e políticas públicas, visando garantir que a defesa da concorrência seja um dos fatores a serem considerados e priorizados em sua elaboração.

Em sua formação original, instituída pela Lei Nº 8.884/1994, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) era formado por 3 (três) entidades: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), ligado ao Ministério da Fazenda com função consultiva de caráter econômico; a Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça com função investigativa; e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça responsável pelas deliberações do SBDC, tendo sido criado antes mesmo do Sistema, pela Lei Nº 4.137/1962, como órgão integrante do Ministério da Justiça. Sob esse modelo, o CADE era responsável por julgar os processos administrativos

- VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
- XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
- XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
- XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.”

envolvendo condutas anticompetitivas e os atos de concentração, os quais eram necessariamente instruídos pelo resultado das investigações e pareceres técnicos apresentados pela SDE e pela SEAE.

Com o advento da Lei Nº 12.529/2011, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi amplamente reformulado, com alterações significativas quanto às prioridades de atuação, forma de funcionamento e estrutura. Dentre as modificações, merece destaque a extinção da SDE e a ampliação dos poderes do CADE, que passou a realizar também a instrução dos processos, função antes exercida pela SDE e pela SEAE. Para tanto, a estrutura do CADE também foi remodelada, sendo atualmente constituída pela Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, como órgão julgante; pela Superintendência-Geral, a quem cabe realizar grande parte das atribuições antes desempenhadas pela SDE e pela SEAE, com funções de investigação e instrução de processos; e pelo Departamento de Estudos Econômicos, responsável pelo suporte técnico às decisões a partir de análises econômico-financeiras e estudos de mercado. Por seu turno, a SEAE passou a desempenhar precipuamente o papel de promoção da cultura da concorrência, por meio de atividades educativas e informativas.

A nova lei também passou a exigir avaliação prévia do CADE nos casos de fusões e aquisições de empresas com potenciais impactos à concorrência. Pela legislação anterior, essas operações podiam ser submetidas ao CADE até 15 dias após serem consumadas, o que ocasionava forte insegurança jurídica às transações. Além disso, a nova lei limitou o prazo de análise dos atos de concentração pelo CADE a 240 dias (art. 88, inc. II, §2º), prorrogáveis por mais 90 dias em caso de operações complexas em decisão justificada pelo tribunal (art. 88, §9º, inc. II)³¹. (CADE, 2016, s.p)

³¹ Na redação original da Lei Nº 12.529/2011, o descumprimento desses prazos acarretaria a aprovação tácita da operação. No entanto, tal previsão foi vetada pelo Chefe do Poder Executivo sob o argumento de que se tratava de “medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade”, e que a legislação já ofereceria “mecanismos menos gravosos e aptos a apurar as responsabilidades pelo eventual desrespeito aos prazos estabelecidos em lei”. Desta forma, os prazos para julgamento dos atos de concentração pela autoridade antitruste caracterizam-se, na prática, como prazos impróprios, isto é, cuja inobservância não acarreta preclusão.

1.3.3 Poderes e Atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

José Afonso da Silva (2005, p.807) ressalta que a regulamentação da atividade econômica surgiu como uma pressão do Estado para devolver a Economia a sua “normalidade”, sendo esta entendida como o estado de livre concorrência. Desta forma, podemos concluir que as primeiras formas de intervenção normativa visavam justamente a defesa da concorrência. No Brasil, a primeira lei contendo disposições antitruste foi publicada já na primeira metade do século XX (Decreto-Lei Nº 868/1938), ainda que seu foco principal fosse a questão da economia popular. Alguns anos depois, o Decreto-Lei Nº 7.666/1945, ou “Lei Malaia”, deu poderes ao governo para expropriar qualquer organização vinculada a trustes ou cartéis, cujos negócios lesassem o interesse nacional e criou a Comissão Administrativa de Defesa da Concorrência (conhecida como CADE), a qual era responsável por apurar tais condutas, estando subordinada diretamente ao Presidente da República. Criadas num contexto de extremo intervencionismo econômico, tais leis tinham por objetivo proteger a economia popular e a nascente indústria nacional.

Foi só a partir de 1962, com a Lei Nº 4.137, que se inaugurou no país a preocupação institucional com a concorrência *per se*, sobretudo na esfera privada, visando a um mercado equilibrado e livre pelo combate aos abusos de poder econômico e às condutas anticoncorrenciais. Foi por esta Lei que se criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – órgão sem qualquer ligação com a “CADE” da Lei Malaia – sendo um órgão do Ministério da Justiça com jurisdição nacional para apurar e punir abusos de poder econômico.

O CADE foi transformado pela Lei Nº 8.884/1994 em autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Justiça, o que lhe conferiu maior independência e autonomia administrativa no exercício de suas atribuições, de forma a corresponder a um novo cenário econômico, fruto de sucessivas ondas de privatização e liberalização da economia. Hoje o Conselho é disciplinado pela Lei Nº 12.529/2011³², que ampliou sua participação no SBDC, de tal forma que hoje compete ao CADE investigar, instruir e julgar processos administrativos relacionados

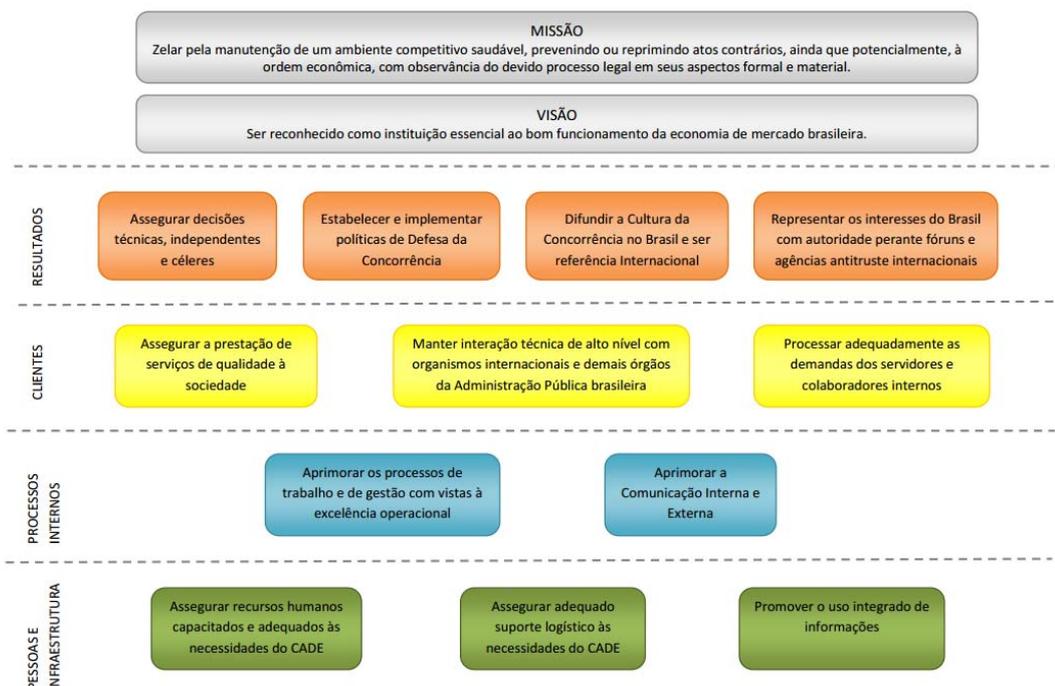
³² As atribuições e o funcionamento do CADE estão detalhados em seu Regimento Interno (RICADE), aprovado pela Resolução Nº 1, de 29 de maio de 2012.

a infrações anticoncorrenciais e atos de concentração, restando à SEAE o papel educacional de promoção da cultura da concorrência.

Considerando que vivemos em uma economia de mercado, compete a esse órgão atuar, em todo o território nacional, na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, visando à garantia da livre concorrência. Sua missão institucional, portanto, é “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”. (CADE, 2016, s.p)

Vale ressaltar que, apesar de ser uma autarquia em regime especial, o CADE não é uma “agência reguladora da concorrência”, e sim uma autoridade de defesa da concorrência, sendo dotada de função judicante administrativa (não criminal) e sem competência para regular preços, o que é característico das agências reguladoras. Seu papel também não se confunde com a dos órgãos de defesa do consumidor, ainda que seja evidente que a garantia de um mercado fornecedor competitivo tenda a beneficiar os consumidores. O conjunto de metas e objetivos de longo prazo da entidade estão consolidados em um documento de gestão aprovado em 2011, denominado “Mapa Estratégico”, representado pela Figura 3.

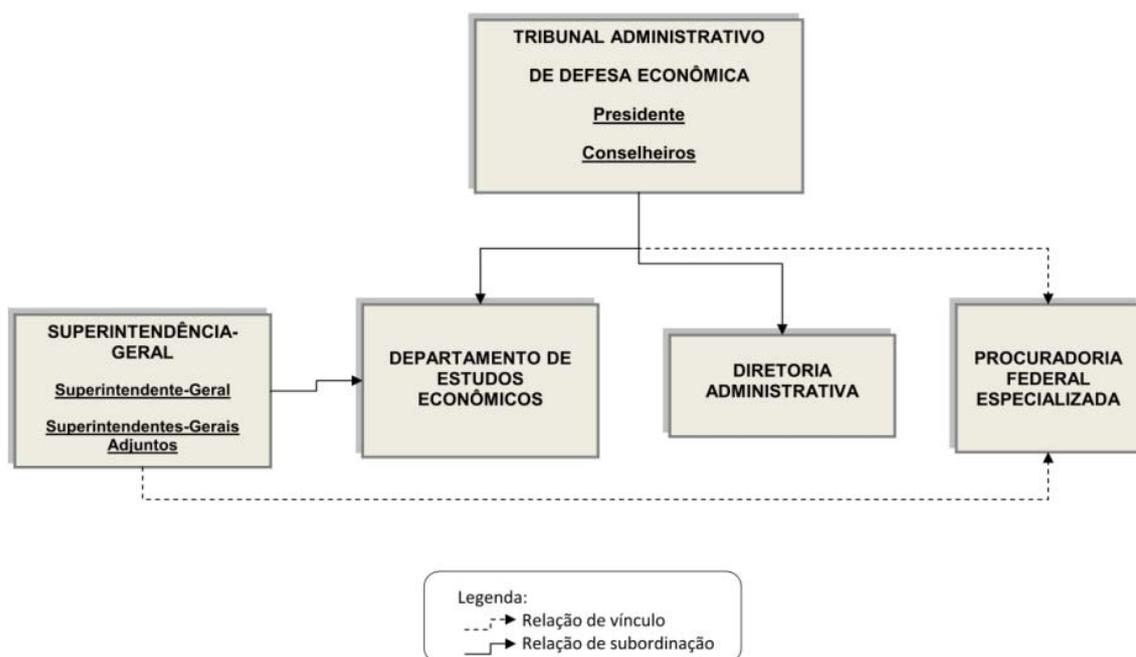
Figura 3: Mapa Estratégico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)



Fonte: Cartilha do CADE (2016, p.21).

Conforme determinado pelo art. 5º da Lei Nº 12.529/2011, o CADE está constituído por três estruturas principais: a) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; b) Superintendência-Geral; e c) Departamento de Estudos Econômicos, contando ainda com duas estruturas auxiliares, quais sejam: a Diretoria Administrativa e a Procuradoria Federal Especializada. A figura abaixo ilustra o organograma atual da autarquia:

Figura 4: Organograma do CADE



Fonte: Cartilha do CADE (2016, p.21).

O **Tribunal Administrativo de Defesa Econômica** é composto por um Presidente³³ e seis Conselheiros, com mandato de 4 (quatro) anos, não coincidentes, vedada a recondução, sendo escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado

³³ O Presidente do Tribunal Administrativo tem a atribuição de representar a autarquia e é o responsável pela gestão administrativa da entidade, além de presidir as sessões de julgamento, convocando as sessões e determinando a organização das pautas.

Federal³⁴. As principais atribuições do Tribunal Administrativo estão listadas no art. 9º da Lei de Defesa da Concorrência, conforme tabela abaixo.

Tabela 2: Atribuições do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica

INCISO	ATRIBUIÇÃO	DESCRIÇÃO
I	Judicante/Institucional	Zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno.
II	Judicante	Decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei.
III	Judicante	Decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral.
IV	Judicante	Ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar.
V	Judicante	Aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento.
VI	Judicante	Apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral.
VII	Judicante	Intimar os interessados de suas decisões.
VIII	Judicante	Requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei.
IX	Judicante	Contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei.
X	Judicante	Apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração.

³⁴ O art. 7º da Lei Nº 12.529/2011 determina as hipóteses de perda de mandato do Presidente e Conselheiros, nos seguintes termos: “Art. 7º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 8º desta Lei. Parágrafo único. Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do Tribunal que faltar a 3 (três) reuniões ordinárias consecutivas, ou 20 (vinte) intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Plenário.”

XI	Judicante	Determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões.
XII	Auto-Gestão	Requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal.
XIII	Auto-Gestão/Judicante	Requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais.
XIV	Institucional	Instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica.
XV	Auto-Gestão	Elaborar e aprovar regimento interno do Cade, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos.
XVI	Auto-Gestão	Propor a estrutura do quadro de pessoal do Cade, observado o disposto no inciso II do caput do art. 37 da Constituição Federal.
XVII	Auto-Gestão	Elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei.
XVIII	Judicante	Requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções.
XIX	Judicante	Decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

Fonte: Lei de Defesa da Concorrência (Lei Nº 12.529/2011)

É importante ressaltar que as decisões proferidas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser revistas apenas pelo Poder Judiciário.

A **Superintendência-Geral** é liderada pelo Superintendente-Geral, com mandato de dois anos (permitida a recondução uma única vez), assessorado por dois Superintendentes-Adjuntos por ele indicados. A Superintendência-Geral desempenha um papel muito importante de investigação e instrução dos processos, anteriormente desempenhadas pela SDE e pela SEAE, respectivamente, estando suas atribuições discriminadas no art. 13 da Lei de Defesa da Concorrência, a seguir apresentadas:

Tabela 3: Atribuições da Superintendência-Geral

INCISO	ATRIBUIÇÃO	DESCRIÇÃO
I	Institucional	Zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado.
II	Institucional	Acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso.
III	Instrutória	Promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica.
IV	Instrutória	Decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório.
V	Instrutória	Instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica.
		<p>No interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:</p> <p>a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;</p> <p>b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei;</p>
VI	Instrutória	<p>c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;</p> <p>d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura</p>

		de ação principal; e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal; f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem.
VII	Instrutória	Recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.
VIII	Instrutória	Remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica.
IX	Instrutória	Propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento.
X	Instrutória	Sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento.
XI	Institucional	Adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento.
XII	Instrutória	Receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica.
XIII	Institucional	Orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei.
XIV	Institucional	Desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica.
XV	Institucional	Instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão.
XVI	Institucional	Exercer outras atribuições previstas em lei.
XVII	Institucional/ Instrutória	Prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais.
XVIII	Institucional	Adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

Fonte: Lei de Defesa da Concorrência (Lei Nº 12.529/2011)

Por fim, o **Departamento de Estudos Econômicos** é liderado pelo Economista-Chefe, auxiliado por um Economista-Adjunto, sendo ambos nomeados por decisão conjunta do Superintendente-Geral e do Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico. Vale a pena salientar que o Departamento de Estudos Econômicos foi criado ainda 2009, por meio da Resolução Nº 53, com o objetivo de assessorar a Presidência e o Plenário do CADE em questões técnicas econômicas. No entanto, foi apenas com a reformulação do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica, ocorrida com o advento da Lei Nº 12.529/2011, que o Departamento ganhou o status que possui hoje, sendo, nos termos do art. 5º da referida lei, um dos três órgãos formadores do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, juntamente com a Superintendência-Geral e o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (CADE, 2016, s.p).

Dentre as principais atividades do Departamento de Estudos Econômicos, podemos destacar as listadas na Tabela 4 abaixo:

Tabela 4: Atribuições do Departamento de Estudos Econômicos

INCISO	ATRIBUIÇÃO	DESCRIÇÃO
I	Institucional	Elaborar estudos econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário do Tribunal, do Presidente, de Conselheiro ou do Superintendente-Geral.
II	Institucional	Assessorar os órgãos do CADE.
III	Institucional	Emitir, quando solicitado pelo Plenário do Tribunal, Presidente, Conselheiro ou pelo Superintendente-Geral, pareceres econômicos nos autos de processos em trâmite no CADE.

Fonte: Regimento Interno do CADE (aprovado pela Resolução Nº 1, de 29 de maio de 2012).

2 A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO SETOR DE TELEFONIA

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA - DO MONOPÓLIO À PRIVATIZAÇÃO

2.1.1 A Origem da Telefonia no País

A história da telecomunicação no Brasil, ao longo de pouco mais de um século de existência, foi marcada por ciclos de concentração e desconcentração, nas mãos do Estado, da exploração direta desta atividade econômica, variando sobretudo de acordo com o perfil político-ideológico dominante e o contexto macroeconômico envolvido, acompanhado de profundas mudanças regulatórias e trazendo, obviamente, consequências relevantes para o desenvolvimento do mercado e da infraestrutura de telefonia no país.

Ainda no final do século XIX, o Estado Brasileiro incumbiu a iniciativa privada de liderar a expansão desta “nova maravilha das comunicações”, não se vislumbrando, à época, qualquer valor estratégico ou de relevante interesse nacional que justificasse uma exploração direta pelo Estado. Desta forma, no ano de 1881 foi concedida à *Telephone Company* do Brasil a primeira permissão para exploração dos serviços de telefonia com fins comerciais no país, seguida da concessão, em 1890, de implantação da primeira linha telefônica interurbana no País (entre Rio de Janeiro e São Paulo), à empresa alemã *Brasilianische Elektricitats Gesellschaft*, posteriormente incorporada no Canadá à *Brazilian Traction Light & Power*, passando a ser denominada Companhia Telephonica Brasileira.

Embora dependesse de outorga estatal (permissão ou concessão), este modelo de exploração econômica, na prática, estava mais próximo às características da livre concorrência, pois o Estado não impunha limites à quantidade de empresas autorizadas a atuar no mercado e tampouco havia um modelo regulatório específico do setor, controlado e acompanhado pelo próprio Estado, tal como vemos atualmente nos mercados ditos regulados. Por outro lado, importa mencionar que este setor, desde sua origem, necessita de grandes e constantes investimentos em infraestrutura para atingir seu objetivo primário, que é promover a comunicação entre pessoas distantes fisicamente. Por este motivo, a telefonia integra um tipo de

mercado que se convencionou chamar “monopólio natural”, cujo conceito muito bem assinala Leonardo Vizeu Figueiredo (2010, p.92):

Monopólio natural é aquele decorrente da impossibilidade física da mesma atividade econômica ser realizada por mais de um agente, uma vez que a maximização de resultados e a plena eficiência alocativa de recursos somente são alcançadas quando a exploração se dá em regime de exclusividade. Isso porque determinadas atividades envolvem custos de investimento tão altos que não há como se estabelecer competição nas mesmas.

O resultado desta combinação, ao longo dos quase setenta anos que se seguiram sem mudanças significativas na organização do setor, foi a coexistência de centenas de pequenas empresas³⁵ com limitada capacidade de operação disputando a concorrência com uma única grande empresa (Companhia Telefônica Brasileira, a mesma a quem foi inicialmente dada a concessão de exploração da atividade pelo então Imperador D. Pedro II), que se utilizava livremente de sua posição dominante para aumentar seu poder de mercado.

2.1.2 O Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT) e a Estatização do Setor de Telefonia

Até os anos de 1960, o sistema telefônico brasileiro se encontrava absolutamente estagnado, sem investimentos em modernização tecnológica e no desenvolvimento da infraestrutura adequada às necessidades do país. As telecomunicações resumiam-se exclusivamente à telefonia fixa operada por intermédio de telefonistas, com centrais telefônicas insuficientes e longas filas de espera para a obtenção de linhas telefônicas a preços exorbitantes.

CHRISTIANO (1998, p.23) aponta alguns fatores conjunturais que contribuíram com essa situação caótica, a saber: a) a diluição da competência entre

³⁵ Segundo levantamento da Telebrás, no final da década de 1950 havia aproximadamente mil companhias telefônicas operando no país, apresentando grandes dificuldades operacionais e de interligação. As concessões eram distribuídas de forma desordenada pelo governo federal e governos estaduais e municipais, gerando muitas falhas operacionais, com custos onerosos e sem qualquer compromisso com a qualidade. (TELEBRAS, 2011)

União, Estados e Municípios; b) priorização de interesses partidários em detrimento das questões técnicas; c) desinteresse ou receio das empresas privadas devido à crise econômica e inflacionária pós Segunda Guerra Mundial; d) carência de mão de obra especializada no país.

Este cenário só começou a ser modificado com a aprovação pelo Congresso Nacional, em 1962, da Lei nº 4.117, que instituiu o chamado Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT). O CBT, além de criar o Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) – posteriormente substituído pelo Ministério das Comunicações, por meio do Decreto-Lei nº 200/1967 – atribuiu à União a competência para explorar diretamente os serviços, por meio de uma empresa pública. Esta empresa, denominada Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL), foi criada em 1965 com a atribuição de instalar um sistema de comunicações interurbanas da alta capacidade, cobrindo todo o território nacional. Posteriormente, em 1972, a Lei 5.792 criou a TELEBRÁS (Telecomunicações Brasileiras S/A), com o objetivo de coordenar o desenvolvimento das telecomunicações no país, sobretudo dos serviços locais, ainda muito carentes de investimentos.

À medida que o Estado Brasileiro trazia para si a iniciativa e o protagonismo no desenvolvimento das telecomunicações no país, as companhias telefônicas que operavam no Brasil começaram a ser desapropriadas e estatizadas, constituindo um importante símbolo deste movimento, à época, a compra compulsória da Companhia Telefônica Brasileira. Para viabilizar um processo coordenado de estatização, a Telebrás constituiu, em cada estado, uma empresa subsidiária para promover paulatinamente a incorporação das companhias telefônicas existentes, mediante a aquisição de seus acervos ou de seus controles acionários (TELEBRÁS, 2011, s.p.), resultando no que se convencionou denominar “Sistema Telebrás”.

2.1.3 Mudanças de Paradigma: O Estado Regulador

A era da estatização no Brasil, muito fortemente refletida no setor de telecomunicações, começou a apresentar sinais de enfraquecimento a partir da década de 1980, por meio de algumas iniciativas governamentais de privatização e

abertura de mercado, como a venda de algumas empresas de médio porte durante o governo João Figueiredo (1981-1984) e a alienação de pequena parcela acionária de empresas públicas como Banco do Brasil, Petrobras e Companhia Vale do Rio Doce, durante o governo José Sarney (1986-1989).

Com o advento da Constituição da República de 1988, foi determinado ao Estado um novo papel na economia, qual seja, o de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, caput), cabendo a exploração direta da atividade econômica apenas de forma excepcional, isto é, quando previsto na própria Constituição ou quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos da lei (art. 173, caput). Desta forma, caberia ao próprio Estado promover um encolhimento da sua função empresarial, restringindo-se às atividades elencadas no texto constitucional e estruturando-se para melhor exercer sua função regulatória.

Sob a égide de uma nova ordem econômica, na gestão do presidente Fernando Collor de Mello (1990-1992) foi instituído, com um dos pilares da sua política de governo, o Plano Nacional de Desestatização (PND), num contexto de reforma do Estado alinhada à política neoliberal recém-propagada pelo “Consenso de Washington”^{36 37}, conjunto de medidas de ajuste macroeconômico formulado em

³⁶ Embora tivessem, em princípio, caráter acadêmico, as conclusões deste encontro organizado pelo Institute for International Economics, com o tema “Latin American Adjustment: How Much Has Happened?”, tornaram-se a base do neoliberalismo para os países subdesenvolvidos, uma vez que os EUA e, posteriormente, o próprio FMI, adotaram as medidas recomendadas como obrigatórias para fornecer ajuda aos países em crises e negociar as dívidas externas. (Negrão, 1998)

³⁷ Por outro lado, várias críticas foram feitas à adoção irrestrita do Consenso de Washington pelos países latino-americanos. Nas palavras do ex-embaixador Paulo Nogueira Batista, “apresentado como fórmula de modernização, o modelo de economia de mercado preconizado no consenso de Washington constitui, na realidade, uma receita de regressão a um padrão econômico pré-industrial caracterizado por empresas de pequeno porte e fornecedoras de produtos mais ou menos homogêneos. O modelo é o proposto por Adam Smith e referendado com ligeiros retoques por David Ricardo faz dois séculos. Algo que a Inglaterra, pioneira da Revolução Industrial, pregaria para uso das demais nações, mas que ela mesma não seguiria à risca. No Consenso de Washington prega-se também uma economia de mercado que os próprios Estados Unidos tampouco praticaram ou praticam (...). O modelo ortodoxo de *laissez-faire*, de redução do Estado à função estrita de manutenção da ‘lei e da ordem’ – da santidade dos contratos e da propriedade privada dos meios de produção – poderia ser válido no mundo de Adam Smith e David Ricardo, em mercados atomizados

1989 por economistas de instituições financeiras como FMI e o Banco Mundial, a serem adotadas pelos países para promover o desenvolvimento econômico e social, tendo os seguintes pilares: disciplina fiscal; redução dos gastos públicos; reforma tributária; juros de mercado; câmbio de mercado; abertura comercial; investimento estrangeiro direto, com eliminação de restrições; *privatização das estatais*; desregulamentação e desburocratização; e direito à propriedade intelectual.

O PND foi parte essencial no Governo Collor para viabilizar o seu programa de redefinição do papel do Estado e redução da dívida pública (ALMEIDA, 2007, p.3). No entanto, a escolha das empresas não seguia critérios econômicos ou estratégicos visando à modernização ou competitividade do parque industrial do país, sendo selecionados setores “sem grandes entraves legais” para a privatização (a exemplo da siderurgia), demonstrando um interesse político em se obter a maior redução possível do Estado no curto prazo sem, no entanto, estar alinhado a um planejamento estratégico dessa transformação.

A partir do Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), a expansão do PND foi impulsionada por mudanças estruturais e, principalmente, pelo sucesso, obtido pela base do Governo no Congresso Nacional, em alterar dispositivos-chave da Constituição da República, que dificultavam a transferência da execução de diversas atividades econômicas pela iniciativa privada. Neste sentido, merece destaque a aprovação, em 15 de agosto de 1995, de quatro emendas constitucionais (Emendas Constitucionais nº 5, 6, 7 e 8), seguida, ainda no mesmo ano, da Emenda Constitucional nº 9 (aprovada em 09 de novembro de 1995)³⁸,

de pequenas e médias empresas gerenciadas por seus proprietários e operando em condições de competição mais ou menos perfeita; universo em que a mão-de-obra era vista como uma mercadoria, a ser engajada e remunerada exclusivamente segundo as forças da oferta e da demanda; uma receita, portanto, de há muito superada e que pouco tem a ver com os modelos modernos de livre empresa que se praticam, ainda que de formas bem diferenciadas, no Primeiro Mundo.”

³⁸ A EC nº 5 alterou o art. 25, § 2º, permitindo aos estados explorarem os serviços locais de gás canalizado, diretamente ou mediante concessão, abolindo a obrigatoriedade de outorga dessa somente a empresas estatais. A EC nº 6, por sua vez, revogou o art. 171 da Constituição, que definia empresa brasileira de capital nacional e lhe dava proteção especial. Alterou, ainda, o art. 176, § 1º, dispondo que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia

todas relacionadas à flexibilização da exploração de determinadas atividades econômicas, inclusive em relação a empresas estrangeiras. O objeto do nosso estudo – o setor de telecomunicações – foi um dos ramos alcançados por estas modificações, sendo abordado, mais precisamente, na Emenda Constitucional Nº 8, que passou a permitir a exploração dos referidos serviços por empresas privadas e não apenas por empresas estatais, como dispunha a redação original.

2.1.4 A Lei Geral de Telecomunicações (LGT)

Desta forma, pode-se dizer que paulatinamente os “entraves à privatização” foram sendo removidos e o país foi envolvido por uma avassaladora onda de desestatização e abertura comercial, que atingiu quase todos os setores da economia. Tal tendência, como esperado, também atingiu o mercado das telecomunicações, sendo iniciada a partir das modificações introduzidas pela EC nº 8 e concretizada por meio da Lei nº 9472/1997, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), que foi de fato a responsável pela quebra de paradigma do monopólio estatal

hidráulica devem ser efetuados, mediante autorização ou concessão da União, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País (admitindo, pois, que tais atividades sejam exercidas por subsidiárias de empresas estrangeiras). Já a EC nº 7 alterou o art. 178, eliminando a predominância conferida, no setor de transportes marítimos, aos armadores nacionais e aos navios de bandeira e registros brasileiros e do país exportador ou importador e possibilitando que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior sejam feitos por embarcações estrangeiras, nos termos da lei. A EC nº 8, de grande importância para o objeto do nosso estudo, deu nova redação ao art. 21, inc. XI, permitindo que os serviços de telecomunicações sejam explorados diretamente pela União ou mediante concessão, permissão e autorização, suprimindo a exigência de que a outorga da execução fosse conferida a empresas sob controle estatal. Por fim, a EC nº 9 modificou o art. 177, autorizando a União a contratar com empresas estatais ou privadas a realização das suas atividades de monopólio com relação ao petróleo, ao gás natural e aos outros hidrocarbonetos fluidos. (VALERIO, 2008, p.4)

nas telecomunicações no país³⁹, e definiu as linhas gerais do novo modelo institucional com a criação de um órgão regulador independente, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), para nortear e controlar o funcionamento do setor.

Ao dispor sobre a reestruturação e a desestatização das empresas federais de telecomunicações, a LGT foi bastante genérica, limitando-se a permitir que o Poder Executivo promovesse a reestruturação e a desestatização das empresas de telecomunicações direta ou indiretamente controladas pela União, adotando quaisquer das diversas medidas societárias existentes (cisão, fusão, incorporação, dissolução de sociedade, redução de capital social, dentre outros). A única limitação imposta pela lei é a constante do art. 194, que vedava ao novo acionista controlador promover a incorporação ou fusão de empresa de telefonia fixa com outra de telefonia celular.

2.1.5 O Fim do Monopólio Estatal: Privatização do Sistema Telebrás e da Embratel

Ao acabar com o monopólio estatal no setor de telecomunicações, na prática a LGT permitiu ao Governo privatizar os sistemas estatais EMBRATEL/TELEBRÁS, o que ocorreu já no ano seguinte. Desta forma, em 1998 foi realizado o leilão do sistema TELEBRÁS (telefonia fixa e móvel), que estava dividido em três lotes de acordo com a região geográfica. Além disso, foi incluído um quarto lote relativo à EMBRATEL, voltado para a exploração do serviço de chamadas de longa distância⁴⁰. O Quadro 1 apresenta, de maneira resumida, o resultado do leilão.

³⁹ Este modelo predominou em todo o mundo, até mesmo nos EUA, cujo monopólio privado foi exercido pela AT&T até 1984, enquanto que no resto do mundo predominava o monopólio estatal. (Ministério das Comunicações, 2012, s.p.).

⁴⁰ O Plano Geral do Outorgas (PGO), instituído pelo Decreto Nº 2.534/1998, determinou a divisão territorial da seguinte forma: Área 1 – TELESP (Estado de São Paulo); Área 2 – TELE NORTE-LESTE (Regiões Norte e Nordeste e Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro); Área 3 – TELE CENTRO-SUL (Regiões Centro-Oeste e Sul); e Área 4 – Nacional (telefonia de longa distância).

Quadro 1: Resultado do Leilão da TELEBRAS

Empresa	Consórcio vencedor	Linhas 1998	População (milhão)	Prego mínimo (US\$ milhões)	Prego obtido no leilão (US\$ milhões)	Ágio (%)
Telesp	Telefónica de Espanha, Portugal Telecom, RBS, Iberdrola, BBV	6.102	34.564	3.028	4.974	64,3
Tele Norte-Leste	Andrade Gutierrez, La Fonte, Inepar, Macaí, companhias de seguros loais	7.671	89.441	2.924	2.954	1,0
Tele Centro-Sul	Telecom Italia, Algar, Opportunity, Splice	3.704	27.189	1.677	1.780	6,2
Subtotal telefonia fixa		17.477	151.194	7.629	9.708	27,2
Telesp Celular	Portugal Telecom	1.637	34.564	946	3.086	226,2
Tele Sudeste Celular	Telefónica de Espanha, Iberdrola, NTT, Itchu	798	16.633	490	1.170	138,6
Telemig Celular	Telesystem, fundos de pensão locais, Opportunity	537	17.109	198	650	228,7
Tele Sul Celular	Telecom Italia, Globopar, Bradesco	562	14.587	198	602	204,3
Tele Centro Celular	Splice	495	12.602	198	378	91,3
Tele Nordeste Celular	Telecom Italia, Globopar, Bradesco	572	26.239	194	568	193,3
Tele Leste Celular	Telefónica de Espanha, Iberdrola	298	14.536	108	348	224,0
Tele Norte Celular	Telesystem, fundos de pensão locais, Opportunity	263	14.924	77	162	108,9
Subtotal telefonia celular		5.162	151.194	2.408	6.965	189,2
Embratel	MCI			1.548	2.279	47,2
Telebrás		22.639	151.194	11.586	18.952	63,6

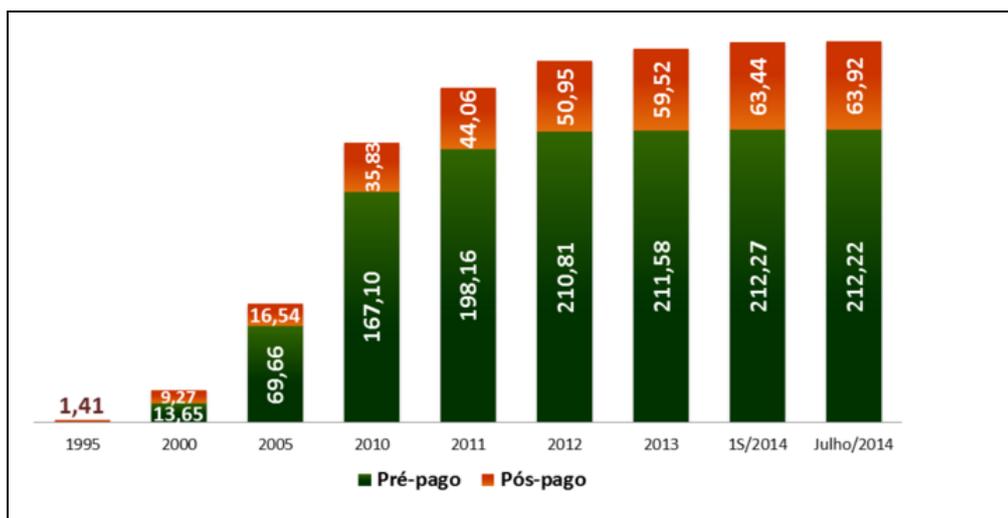
Fonte: NOVAES (2005, p.171).

Para evitar que os vencedores do leilão passassem a atuar em monopólio em seus respectivos lotes, o governo publicou, logo após a privatização, o edital de venda das concessões das empresas que concorreriam diretamente com as companhias recentemente privatizadas (as chamadas empresas-espelho), estipulando um “duopólio” que duraria até 2011, a partir de quando não haveria mais nenhuma restrição ao número de operadoras de telefonia fixa e de longa distância

em qualquer região do país, isto é, todas as empresas estariam aptas a concorrer livremente no mercado nacional⁴¹. (NOVAES, 2005, p.176).

Atualmente coexistem no mercado brasileiro dois grupos de operadoras: as concessionárias e as autorizadas. As concessionárias (oriundas tanto do extinto sistema TELEBRAS quanto as empresas-espelho, criadas para competir diretamente com aquelas) prestam serviço em regime público, regulado por contrato de concessão, com obrigações, direitos e deveres típicas dos serviços públicos, inclusive dotadas de metas de universalização. Já as operadoras autorizadas atuam sob regime jurídico privado e, portanto, não possuem obrigações de universalização e continuidade, mas estimulam a competição do setor. (Ministério das Comunicações, 2014, s.p.).

Quadro 2: Evolução da telefonia móvel no Brasil, em milhões de acessos



Fonte: ANATEL (2016)

⁴¹ Em 2006, analisando as mudanças ocasionadas no período pós-privatização, assim averberou CINTRA (2006, apud VALERIO, 2008, p.11): “desde 1998, o setor de telecomunicações investiu mais de R\$130 bilhões. A quantidade de telefones fixos saltou de 20 milhões para mais de 42 milhões em meados de 2006. Antes da privatização, a oferta de linhas telefônicas era restrita, os custos eram exorbitantes, e a espera era longa. Os mais pobres nem pensavam em possuí-las. O mercado paralelo era pujante – e abusivo. Em meados de 1998, quando o Sistema Telebrás foi desestatizado, existiam no Brasil quinze milhões de telefones fixos. Os brasileiros esperavam anos por uma linha. Era um privilégio tão caro – um telefone chegava a custar mais de US\$5.000 – que a linha entrava até na relação de bens nas declarações de Imposto de Renda das pessoas físicas. (...) a proporção de domicílios com telefone mais que triplicou em dez anos: de 19,8% passou para 62,0%.”

Quadro 3: Evolução do número de acessos fixos instalados e em serviço no Brasil

ANO	ACESSOS INSTALADOS	ACESSOS EM SERVIÇO
2012	68,3	44,3
2011	64,7	43,0
2010	62,0	42,0
2009	59,6	41,5
2008	57,9	41,2
2007	52,7	39,4
2006	51,2	38,8
2005	50,5	39,8
2004	50,0	39,6
2003	49,8	39,2
2002	49,2	38,8
2001	47,8	37,4
2000	38,3	30,9
1999	27,8	25,0
1998	22,1	20,0
1997	18,8	17,0
1996	16,5	14,8
1995	14,6	13,3
1994	13,3	12,3

Fonte: Ministério das Comunicações (2016)

2.2 A ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

2.2.1 Atribuições e Prerrogativas

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criada pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT), foi a primeira agência reguladora a ser instalada no país, em 5 de novembro de 1997, com a missão de viabilizar o modelo concorrencial das telecomunicações no país, exercendo as atribuições de outorga, regulamentação e fiscalização do setor.

A ANATEL exerceu papel fundamental na organização e condução do processo de privatização do sistema TELEBRÁS, que ocorreu apenas um ano após a sua fundação. A exposição que a agência obteve já nesse processo de transição fortaleceu o seu papel perante não só o mercado como também perante as demais estruturas institucionais do Estado, em especial o Ministério das Comunicações, reforçando sua autonomia.

A ANATEL corresponde ao primeiro exemplo brasileiro de como essa nova concepção de política pública de regulação de mercado se expressa na prática. Conforme preconiza a Lei Geral de Telecomunicações, a ANATEL é entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, na qualidade de autarquia especial, sendo dotada de independência administrativa, autonomia financeira e – em que pese esteja vinculada ao Ministério das Comunicações – ausência de subordinação hierárquica a qualquer órgão do Governo. Não por outro motivo, as decisões proferidas nos autos de seus processos administrativos são emanadas como última instância administrativa (opera-se o fenômeno da preclusão administrativa), só podendo ser contestadas pela via judicial. Seus dirigentes têm mandato fixo e prerrogativas de permanência no cargo.

A autonomia financeira da ANATEL é assegurada, principalmente, pelos recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL), o qual passou a ser de sua exclusiva gestão por determinação do art. 50 da Lei Geral de Telecomunicações e contempla as receitas decorrentes das taxas de fiscalização de instalação e de funcionamento (art. 47) e as relativas ao exercício do poder concedente dos serviços de telecomunicações (art. 48), dentre outros.

No exercício das suas atribuições, é papel da ANATEL adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, devendo atuar com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade. Suas atribuições incluem a implementação da política nacional de telecomunicações, a proposição de um plano geral de metas para universalização dos serviços de telecomunicações, além de intermediar administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviços de telecomunicações e atuar em defesa dos direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações. Outra importante competência da agência é a definição das tarifas dos serviços prestados em regime público. O art. 19 da LGT elenca, em rol não exaustivo, as atribuições da ANATEL, as quais seguem listadas na tabela abaixo.

Tabela 5: Atribuições da ANATEL

INCISO	ATRIBUIÇÃO	DESCRIÇÃO
I	Regulamentação	Implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações.
II	Institucional	Representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo.
III	Regulamentação	Elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III.
IV	Regulamentação	Expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público.
V	Outorga	Editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público.
VI	Fiscalização	Celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções.
VII	Fiscalização	Controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes.
VIII	Fiscalização	Administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas.
IX	Outorga/Fiscalização	Editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções.

X	Regulamentação	Expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado.
XI	Outorga/Fiscalização	Expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções.
XII	Regulamentação	Expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem.
XIII	Regulamentação	Expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos.
XIV	Regulamentação	Expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais.
XV	Fiscalização	Realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência.
XVI	Regulamentação	Deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos.
XVII	Fiscalização	Compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações.
XVIII	Fiscalização	Reprimir infrações dos direitos dos usuários.
XIX	Fiscalização	Exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.
XX	Fiscalização	Propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público.
XXI	Auto-Gestão	Arrecadar e aplicar suas receitas.
XXII	Auto-Gestão	Resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento.
XXIII	Auto-Gestão	Contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com o disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.
XXIV	Auto-Gestão	Adquirir, administrar e alienar seus bens.
XXV	Fiscalização	Decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre

		admitido recurso ao Conselho Diretor.
XXVI	Auto-Gestão	Formular ao Ministério das Comunicações proposta de orçamento.
XXVII	Auto-Gestão	Aprovar o seu regimento interno.
XXVIII	Auto-Gestão	Elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do artigo anterior.
XXIX	Auto-Gestão	Enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional.
XXX	Auto-Gestão	Rever, periodicamente, os planos enumerados nos incisos II e III do artigo anterior, submetendo-os, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da República, para aprovação.
XXXI	Institucional	Promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, com vistas à consecução de objetivos de interesse comum.

Fonte: Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997)

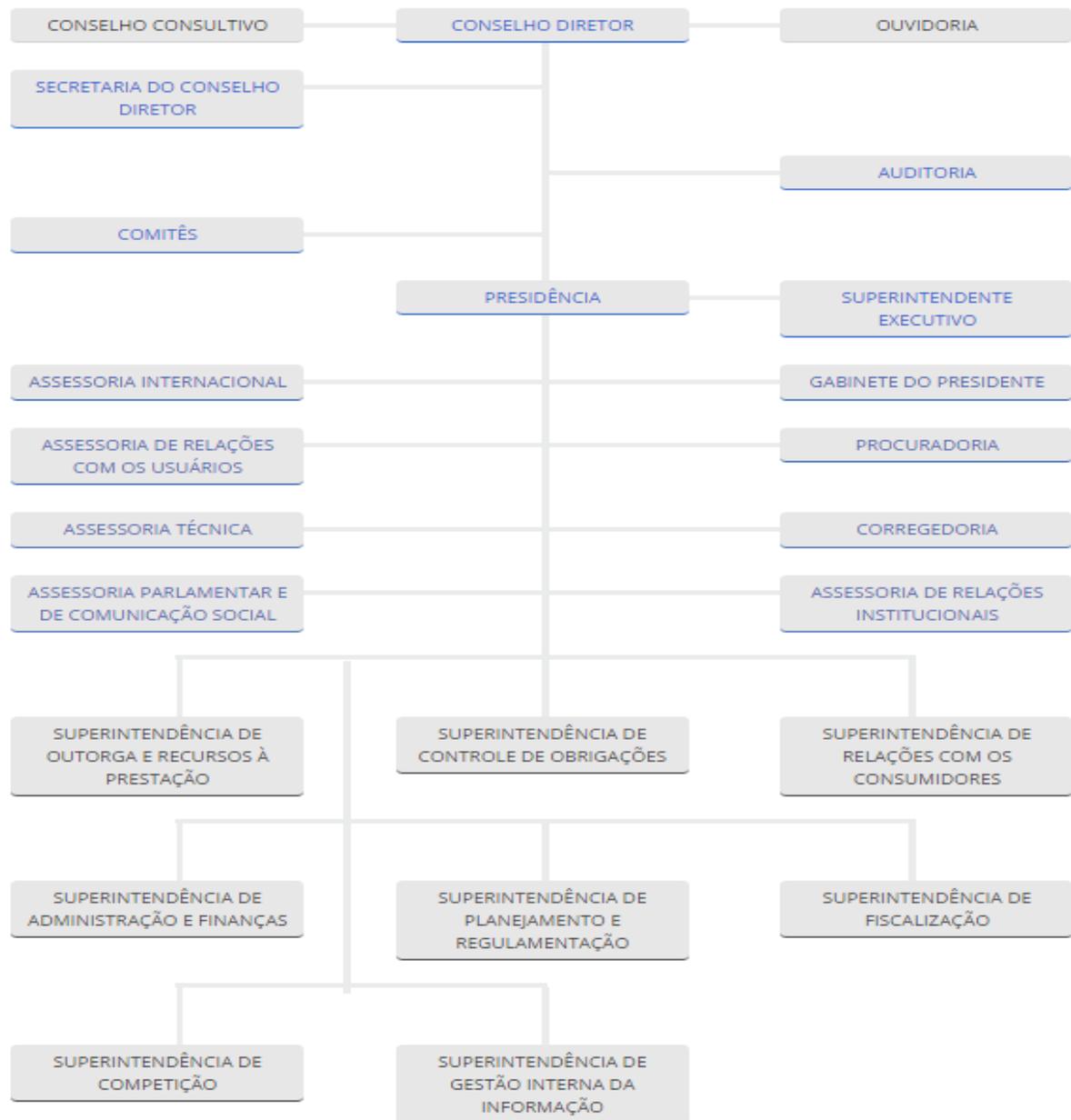
2.2.2 Estrutura e Organização

Em consonância com a legislação vigente⁴², a ANATEL é dirigida em regime de colegiado, por um Conselho Diretor composto por cinco conselheiros escolhidos e nomeados pelo presidente da república após aprovação do Senado Federal. O presidente do Conselho Diretor exerce a representação externa da ANATEL e o comando hierárquico internamente à agência. Acompanhando e fiscalizando todas as iniciativas da agência, existe ainda um Conselho Consultivo, formado por representantes do Poder Executivo, do Congresso Nacional, das entidades prestadoras de serviço, dos usuários e da sociedade em geral, com o papel de opinar e aconselhar o Conselho Diretor nos assuntos de maior relevância, além de apreciar os relatórios anuais e requerer informações acerca das ações de responsabilidade do Conselho Diretor. (ANATEL, 2016, s.p.). A estrutura

⁴² O art. 4º da Lei nº 9.986/2000 determina que as agências reguladoras serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente.

administrativa da agência atualmente está formada de acordo com o organograma abaixo:

Figura 5: Estrutura Administrativa da ANATEL



Fonte: ANATEL (2016)

As deliberações do Conselho Diretor são tomadas por maioria absoluta em Sessões, Reuniões ou Circuitos Deliberativos⁴³ e se manifestam formalmente por

⁴³ O Circuito Deliberativo não pode ser utilizado para tratar situações que envolvam pendências entre agentes econômicos ou entre estes e consumidores ou usuários, uma vez que se destina a coletar

meio de resoluções, súmulas, atos e portarias⁴⁴. As sessões do Conselho Diretor são públicas e podem ser gravadas – salvo quando a publicidade puder colocar em risco a segurança do país ou violar segredo protegido ou a intimidade de alguém – e todas as atas de reuniões e os documentos relativos à atuação da ANATEL estão disponíveis à consulta pública na biblioteca da agência.

Além dos mecanismos deliberativos, acima citados, o Conselho Diretor se utiliza de alguns instrumentos ditos “de engajamento público” em sua atuação, tais como as audiências públicas (para apresentação e debate de matérias de interesse geral), as consultas públicas (que visam submeter as minutas dos atos normativos da agência para amplo comentário da sociedade, antes da sua emissão) e os chamamentos públicos (que objetivam confirmar a situação de inexigibilidade de licitação, verificando a existência de interessados na exploração de determinados serviços).

Desta forma, compete ao Conselho Diretor, nos termos do art. 22 da Lei Geral de Telecomunicações:

- Submeter ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, as modificações do regulamento da Agência;
- Aprovar normas próprias de licitação e contratação;
- Propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações;
- Editar normas sobre matérias de competência da Agência;
- Aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência, intervenção e extinção, em relação às outorgas para prestação de serviço no regime público, obedecendo ao plano aprovado pelo Poder Executivo;

votos dos conselheiros sem a realização de reunião ou debate, o que prejudicaria o contraditório, próprio das situações litigiosas.

⁴⁴ Os procedimentos administrativos que regem o processo decisório do Conselho Diretor estão discriminados no Título IV do Regimento Interno da ANATEL, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013.

- Aprovar o plano geral de autorizações de serviço prestado no regime privado;
- Aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência e extinção, em relação às autorizações para prestação de serviço no regime privado, na forma do regimento interno;
- Aprovar o plano de destinação de faixas de radiofrequência e de ocupação de órbitas;
- Aprovar os planos estruturais das redes de telecomunicações, na forma em que dispuser o regimento interno;
- Aprovar o regimento interno;
- Resolver sobre a aquisição e a alienação de bens;
- Autorizar a contratação de serviços de terceiros, na forma da legislação em vigor.

É importante ressaltar que é vedado ao Conselho Diretor delegar a terceiros sua função de fiscalização - ressalvadas as atividades de apoio -, bem como delegar, a qualquer órgão ou autoridade, interna ou externa, o seu poder normativo e as demais competências previstas na Lei ou em Regulamento.⁴⁵

⁴⁵ Parágrafo único do art. 35 do Decreto nº 2.338/1997 (Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações).

3 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR DE TELEFONIA: OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

3.1 A INTERFACE ENTRE AUTORIDADES REGULADORAS E CONCORRENCIAIS

3.1.1 Conflitos de Competências entre Autoridades Reguladoras e Concorrenciais

Um modelo institucional eficiente pressupõe a ação coordenada e harmônica de seus entes, sem a sobreposição de papéis, duplicação de trabalho ou conflitos de competência. Com o advento da Constituição da República de 1988, que instituiu o “Estado Regulador”, iniciou-se um expressivo movimento de criação e fortalecimento das agências reguladoras. Ao mesmo tempo, a abertura de mercados antes monopolizados pelo Estado ocasionou o fortalecimento do próprio SBDC, notadamente na figura do CADE, culminando em dois tipos de entidades autárquicas fortes, autônomas e capazes de influenciar o mercado.

Todavia, tal sistema de ordenação jurídica, por vezes, incide em zonas de interseção de atribuições e competências das entidades envolvidas. Isto porque, ao se estabelecer políticas para a defesa da concorrência [...], estas terão reflexo e impacto sobre os agentes privados envolvidos no respectivo ciclo econômico, fato que implica em interferência direta nas políticas de regulação estabelecidas pelas agências estatais independentes. Não raro, tais zonas de interseção de atribuições funcionais transformam-se em zonas de conflito de competências, pedindo soluções céleres, coordenadas e eficientes, a fim de que a ação de uma entidade de defesa concorrencial não se traduza em empeco para a atuação de um ente regulador de mercado. (FIGUEIREDO, 2010, p.254)

A coexistência dessas duas autoridades estatais – e, portanto, a possibilidade de conflitos de competência – é particularmente evidenciada em mercados caracterizados como monopólio natural, como o setor de telecomunicações, como assinala Fagundes, Pondé e Possas (2002, p.1):

[...] os setores de infraestrutura, tradicionalmente monopólios privados ou estatais, têm experimentado um processo de transformação estrutural, onde a concorrência, através da entrada de

novos competidores em alguns segmentos de mercado, coexiste com a necessidade de regulação sobre segmentos ainda monopólicos. Como resultado, tais setores tornam-se, simultaneamente, sujeitos tanto à regimes de regulação, como às regras de defesa da concorrência, delimitadas pela legislação antitruste de cada país. A integração harmônica entre essas duas dimensões não é uma tarefa fácil, embora ambas sejam necessárias para limitar o poder de mercado dos monopólios e encorajar a competição.

Vê-se, portanto, que tanto as autoridades reguladoras quanto as autoridades antitruste têm objetivos comuns na defesa da concorrência, atuando para garantir “preços baixos e economicamente eficientes, inovação e métodos eficientes de produção”⁴⁶, em atendimento aos preceitos constitucionais norteadores da ordem econômica, notadamente a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Distinguem-se, todavia, quanto às prerrogativas de atuação conferidas pelo legislador, bem como pelo enfoque de atuação. Desta feita, às autoridades antitruste cabe o monitoramento e a análise casuística da atuação dos agentes econômicos em geral, a fim de se evitar a geração de falhas de mercado e infrações às normas concorrenciais. Sua atuação é eminentemente técnico-econômica. Por seu turno, as autoridades reguladoras têm a função de promover um ambiente competitivo e equilibrado no setor em que atua, utilizando-se de seu poder normativo e fiscalizador para estimular a concorrência e corrigir falhas de mercado existentes. Analisando compêndio de melhores práticas mundiais em matéria de defesa da concorrência, publicado pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), Patrícia Pinheiro Sampaio (2013, p.88) retrata com clareza o tema:

As considerações tecidas no trabalho da UNCTAD partem da premissa de que, como visto, existem diferenças de postura entre as autoridades concorrenciais e regulatórias no que tange ao funcionamento dos mercados. Enquanto a regulação tem uma função mais prospectiva e voltada à determinação e monitoramento de comportamentos dos agentes econômicos, a autoridade concorrential teria uma atuação, a princípio, mais pontual e *a posteriori*, impondo remédios estruturais e comportamentais somente em caso de “desvio” da conduta do agente econômico enquanto a regulação é persuasória dos comportamentos desejados, a defesa da concorrência age para dissuadir o agente econômico de praticar atos anticompetitivos.

⁴⁶ SULLIVAN, E.; HARRISON, J. *apud* PINHEIRO SAMPAIO, 2013, p.83.

Percebe-se, portanto, que mesmo em mercados regulados permanece a preocupação com a defesa da concorrência. Isto porque a existência de controle de determinadas variáveis econômicas (preço, quantidade, condições de entrada, etc.) por parte de uma autoridade estatal não significa a ausência de um ambiente propício à competição, tampouco garante a correção de qualquer falha de mercado pelo ente público, pois sempre há certa margem de atuação dos agentes privados, que podem vir a adotar condutas anticoncorrenciais. Desta forma, a regulação não substitui, *a priori*, a ação antitruste. Todavia, importante reflexão que se depreende aqui é se a atuação antitruste necessita ser realizada de forma autônoma por uma autoridade de defesa da concorrência ou se, ao contrário, a regulação já contemplaria os princípios concorrenciais adaptados à realidade daquele mercado, cabendo à autoridade reguladora a análise do caso concreto, numa ordem concorrencial customizada e não subordinada aos princípios e normas gerais de defesa da concorrência.

Apesar de relativamente recente no Brasil, a coexistência da intervenção estatal sob as formas regulatória e antitruste vem sendo vivenciada já há mais de um século em outros países, em especial nos Estados Unidos da América, em que se verifica vasta construção doutrinária sobre o tema, amparada em sólida jurisprudência da Suprema Corte daquele país. A seguir serão apresentadas as duas principais teorias norte-americanas elaboradas com o intuito de determinar a extensão da atuação regulatória em situações relacionadas à defesa da concorrência.

3.1.2 O Exemplo Norte-Americano

A possibilidade de um sistema de regulamentação substituir o sistema concorrencial tem sido, por muitos anos, tema recorrente nos tribunais norte-americanos, inclusive na Suprema Corte Americana, a partir da qual sobressaíram-se duas teses jurisprudenciais até hoje amplamente adotadas. São elas a “*State Action Doctrine*” e a “*Pervasive Power Doctrine*”.

- a) **State Action Doctrine:** esta primeira teoria, que decorre diretamente da ampla autonomia dos entes federados presente nos EUA, tinha por objetivo determinar se a regulamentação de âmbito estadual poderia conferir imunidade à aplicação do direito antitruste (de nível federal). Para tanto, seria necessário o atendimento a dois critérios, a saber: primeiramente, que a norma estadual espelhe uma política inequívoca de substituição da competição pela regulamentação; e, em segundo lugar, que haja real supervisão por parte da autoridade estatal do cumprimento das obrigações regulamentares.
- b) **Pervasive Power Doctrine:** esta teoria se desenvolve na esfera federal, por meio da análise das competências das agências reguladoras federais em caso de conflito com as normas antitruste, também federais. Conforme assevera Calixto Salomão Filho (2013, p.273), apenas é possível afastar a competência das agências governamentais encarregadas da aplicação do direito antitruste quando o poder conferido à agência governamental é amplo o suficiente (*pervasive*) para afastar a competência de qualquer outro órgão. Esta amplitude pode se expressar de duas formas: numa primeira hipótese, o poder do órgão regulador é extenso o suficiente para afastar a legislação antitruste (a semelhança do primeiro requisito da *State Action Doctrine*); a segunda hipótese ocorre quando o poder conferido à agência reguladora é profundo o suficiente para substituir o sistema concorrencial, seja por já incluir a competência para aplicar a lei de defesa da concorrência, seja porque a própria regulamentação já vem trazendo em seu bojo a matéria antitruste.

3.1.3 Modelos de Divisão de Competências

Consoante lição de Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p.137):

As evoluções históricas da política antitruste e da regulação, a partir do Século XIX, sugerem a delimitação de fronteiras entre as duas áreas que, à primeira vista pareceria óbvia. A defesa da concorrência visaria assegurar a proteção dos mecanismos de mercado. Em

contraste, a regulação tradicional teria como objetivo substituir esses mecanismos diante de falhas de mercado consideradas insuperáveis. A defesa da concorrência tem, portanto, caráter mais geral do que a regulação. Esta última deveria existir, em princípio, quando houvesse falha de mercado cujo custo fosse superior ao da intervenção governamental, ou da falha de Estado.

Apesar de aparentemente “óbvia” à primeira vista, fato é que a divisão de competência entre autoridades reguladoras e antitruste pode apresentar diversas configurações, a depender da realidade política, estrutural e econômica do país, podendo variar ainda em função da diversidade ou complexidade do setor em apreço. Analisando o tema, Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p.144 a 146) propuseram uma matriz de divisão das competências entre autoridades de proteção da concorrência e entes reguladores, composta de cinco modelos formados a partir da combinação de três tipos de atribuições típicas, quais sejam: a) regulação técnica (estabelecimento de normas, padrões e metas qualitativas a serem adotados pelos agentes privados de um mercado); b) 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) legislação da concorrência (aplicação das normas de defesa da concorrência, contemplando controle de estruturas de mercado e repressão a condutas anticompetitivas).

A partir dos critérios por eles estabelecidos, Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas apresentam os seguintes arranjos institucionais de divisão de competências:

- a) **Isenção Antitruste:** hipótese em que as agências reguladoras realizam as três funções típicas, aplicando, portanto, a legislação de defesa da concorrência (não há atuação da autoridade antitruste). Vale ressaltar, contudo, que em caso de conflito normativo, prevalecerá a legislação setorial sobre a lei de concorrência.
- b) **Competências Concorrentes:** situação em que tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto as regulatórias tem competência para aplicar as sanções antitruste.

- c) **Competências Complementares:** hipótese em que as autoridades reguladoras se responsabilizam pela regulação técnica e econômica, ao passo que às autoridades concorrenciais compete a aplicação da lei antitruste.
- d) **Regulação Antitruste:** modelo em que a autoridade de defesa da concorrência aplica tanto a lei antitruste quanto as regulações técnica e econômica, com ênfase na primeira, restringindo-se a regulação ao mínimo necessário.
- e) **Desregulamentação:** situação em que o mercado não possui regulação técnica ou econômica, havendo controle apenas dos aspectos concorrenciais pela autoridade antitruste.

Há na doutrina pátria outras propostas de classificação, menos difundidas, porém igualmente eficientes e até certo ponto bastante semelhantes, conforme leciona Patrícia Pinheiro Sampaio (2013, p.97):

Distinta classificação quanto às hipóteses de inter-relação entre regulação setorial e defesa da concorrência é a proposta por Clèmerson Merlin Clève e Melina Breckenfeld Reck, nos seguintes termos: (i) articulação complementar, que ocorre quando o ordenamento jurídico estabelece papéis distintos para as autoridades, o que pode ser, inclusive, de natureza procedimental; (ii) articulação supletiva, segundo a qual a autoridade antitruste somente atua quando a agência reguladora não exercer competências de defesa da concorrência; (iii) articulação concorrente, quando ambas as autoridades tem competência para aplicar ambos os micro-ordenamentos regulatório e de defesa da concorrência; e (iv) articulação por coordenação, que tem lugar quando a decisão final sobre a matéria é atribuída a uma autoridade, mas subordinada ao dever de consultar previamente a outra.

No que tange ao conteúdo da regulação, Floriano de Azevedo Marques Neto sustenta haver quatro possibilidades, em termos teóricos: 'i) a regulação anticoncorrencial; ii) a regulação não concorrential; iii) a regulação pró-concorrência; iv) a concorrência como forma de regulação'. A diferença entre as situações (i) e (ii) seria que, enquanto na primeira a legislação impede a existência de concorrência (por exemplo, por meio da imposição de regras de exclusividade), na segunda a competição é possível, apenas não é o foco e, portanto, não é prestigiada na regulação. Na terceira situação, ênfase é conferida aos instrumentos de defesa da concorrência, mas podem subsistir os instrumentos regulatórios

substitutivos da concorrência quando necessários. Na última hipótese, os instrumentos regulatórios são praticamente desconsiderados, compreendendo-se que os meios típicos de defesa da concorrência seriam suficientes à tutela da generalidade dos mercados, face, inclusive, ao risco de captura.

Destarte, observa-se que, independente da metodologia de classificação adotada, as hipóteses de modelo institucional apresentadas variam sempre numa escala que vai desde a atuação de apenas uma das autoridades governamentais em análise (nos extremos da escala), passando por situações “híbridas”, de interfaces, sobreposições e/ou atuações complementares destas. A escolha do modelo “ideal” está condicionada um conjunto de aspectos institucionais e históricos tanto do país quanto do próprio segmento do mercado. A partir desta constatação, Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p.151) complementando sua tese, apresentaram os seguintes critérios de ponderação para escolha dos modelos de divisão de competências: a) flexibilidade institucional (maleabilidade para adaptar-se às constantes mudanças de mercado); b) eficiência e capacidade econômica (viabilidade de solução célere de controvérsias de modo a não prejudicar a rentabilidade dos investimentos no setor); c) custo burocrático da transação (custo relacionado à elaboração de acordos e rotinas operacionais interinstitucionais); d) risco de conflito de competências (colisão entre a atuação dos entes envolvidos, gerando insegurança jurídica); e) risco de captura (interferência indevida de interessados nas atividades regulatórias ou antitruste).

3.1.4 A Defesa da Concorrência na Lei Geral de Telecomunicação

Segundo a Lei Geral de Telecomunicações, os serviços por ela abrangidos devem ser explorados em ambiente de livre e justa concorrência, cabendo ao Poder Público estimular o aumento da competição do setor⁴⁷. Em outras palavras, a LGT delimitou o mercado de telecomunicações como sendo ao mesmo tempo

⁴⁷ “Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica. ”

competitivo e regulado. Partindo-se da teoria de Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas apresentada no tópico anterior, é importante identificar o modelo de divisão de competências adotado pela legislação brasileira para o setor de telecomunicações, objeto deste trabalho.

Da análise da nossa Lei Maior, resta claro que não há comando constitucional que excepcione a aplicação do direito antitruste na exploração de qualquer atividade econômica. Também a atual Lei de Defesa da Concorrência (Lei Nº 12.529/2011), em redação idêntica à prevista já em 1994 pela legislação anterior (art. 15 da Lei Nº 8.884/1994), prevê a sua aplicação a todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, ainda que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.⁴⁸ Em total consonância com a lei antitruste e reforçando o conceito de “sistema híbrido” de competências, a LGT trata expressamente das atribuições relacionadas à defesa da concorrência em seu art. 7º, *in verbis*:

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. (grifo nosso)

⁴⁸ “Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

Na sequência, a LGT complementa, em seu art. 19, XIX, a função da ANATEL em relação à matéria:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE⁴⁹; (grifo nosso)

Tais disposições legais, portanto, demonstram que não houve intenção de substituição do sistema concorrencial pelo regulamentar no setor de telecomunicações, havendo a definição de um sistema híbrido interinstitucional.

Fica nítido, desta forma, o desejo expresso do legislador em submeter ao controle do CADE todos os atos e ajustes entre empresas, inclusive o que se operem em setores nos quais o Estado intervenha como ente regulador. A aproximação de setores, antes explorados monopolisticamente pelo Estado e caracterizados como serviço público, ao sistema de mercado pressupõe uma expressa redefinição quanto ao novo papel dos entes estatais. Assim como o setor de energia elétrica, o de telecomunicações, objeto do presente trabalho, procurou, em teoria, estabelecer “sistemas híbridos”. Tal constatação ampara-se na evidência de que ao lado de concessões e permissões – pelas quais se estabelece a prestação de serviços em regime público, com forte ingerência da ANATEL em relação às empresas – verifica-se a preocupação com a criação de um ambiente concorrencial.

Foi nessa linha de pensamento e, tendo em vista a inviabilidade da duplicação de estruturas nos mercados caracterizados por monopólios naturais, que a doutrina antitruste norte-americana criou o conceito de *essential facility*, introduzido no Direito Brasileiro por meio das assimetrias regulatórias. Esse conceito possibilitou a interconexão nas telecomunicações, através de imposição normativa no sentido de que o concessionário - controlador da estrutura, sistemas e equipamentos que outrora integraram o patrimônio da

⁴⁹ A partir da leitura dos referidos dispositivos da LGT (art. 7º, §§ 1º a 3º e art. 19, XIX), depreende-se que o legislador outorgou à ANATEL, no que concerne ao setor das telecomunicações, dentre outras, a função de instruir os processos administrativos, tarefa outrora atribuída à SDE e à SEAE na vigência do antigo SBDC (Lei Nº 8.884/1994), ficando ressalvada a competência judicante do CADE.

Telebrás – garanta o acesso em bases não-discriminatórias às novas prestadoras. Essa política converge com o interesse de promover a competição no setor. (CONSTANTINO, 2014, s.p)

Isto posto, podemos afirmar que os processos de defesa da concorrência do setor de telecomunicações são analisados e conduzidos de maneira conjunta pelo CADE e pela ANATEL, dentro das prerrogativas e atribuições definidas em suas respectivas leis. Desta feita, é possível constatar a existência de um sistema de competências essencialmente complementar, em que a ANATEL realiza investigações preliminares e instruções de processos administrativos, ao passo que ao CADE compete o julgamento das demandas, sejam elas de apuração de supostas infrações às normas concorrências, sejam de avaliação de ato de concentração.

Importa mencionar que a existência de previsão legal sobre a interface entre autoridade concorrencial e regulatória, especialmente para determinar limites claros de atuação para cada uma delas, pode ser considerada como uma boa prática legislativa, o que nem sempre tem sido adotado pelo legislador brasileiro⁵⁰. Desta forma, as disposições contidas na LGT reduzem as chances de potenciais conflitos positivos (ou mesmo negativos) de competência entre a ANATEL e o CADE, favorecendo uma atuação mais harmônica e articulada.

A seguir passaremos a analisar como tem ocorrido na prática essa interface entre as duas entidades, a partir das análises dos atos de concentração no segmento de telefonia.

⁵⁰ Como exemplo podemos citar a lei de criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a ANS (Lei N° 9.961/2000) que atribui competência da Agência para, assim como o CADE, “autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei n° 8.884, de 11 de junho de 1994” (art. 4º, XXII), sem determinar limites de atuação de cada uma das entidades. A construção legislativa se aproxima de um sistema de divisão concorrente de competências, podendo ocasionar insegurança jurídica, conflitos positivos ou negativos de competências, morosidade na solução das demandas, dentre outros.

3.2 ESTUDO DE CASO: A INTERAÇÃO ENTRE O CADE E A ANATEL NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE TELEFONIA

3.2.1 Delimitação do Objeto de Estudo

Para a delimitação do objeto de estudo deste trabalho, foram consideradas as diversas características do mercado de telecomunicações no Brasil, de modo a se obter um resultado expressivo e representativo do setor.

Inicialmente, é importante observar que a problemática em torno da atuação (seja ela de natureza complementar, concorrente, subsidiária ou qualquer outra) de autoridades reguladoras e antitruste, como verdadeiros mecanismos estatais de intervenção e controle de mercados, adquire maior notoriedade e relevância externa quando envolve decisões sobre os atos de agentes exploradores das referidas atividades econômicas. Isto não quer dizer que os esforços voltados para o estabelecimento de um ambiente concorrencial saudável, por meio de estudos, pareceres, normativos ou parcerias estabelecidas entre tais entidades não apresentem desafios e certa complexidade de implementação. No entanto, sob o ponto de vista pragmático, tão característico da seara econômica, efeitos imediatos no negócio e resultados tangíveis da atuação conjunta das referidas entidades estatais são os mais valorizados e estes são mais facilmente percebidos a partir das decisões em processos administrativos de averiguação de condutas anticompetitivas e avaliação de atos de concentração.

A escolha pelo estudo das decisões em atos de concentração deve-se ao fato de que o setor de telecomunicações, de uma forma geral, apresenta uma forte tendência à concentração econômica, por meio de frequentes operações societárias de fusão e aquisição, reforçada pela presença de grupos internacionais com grande poder de capital. Este cenário pode, se não adequadamente monitorado e controlado pelas autoridades antitruste e reguladora, propiciar a formação de grupos com expressivo poder de mercado, especialmente por se tratar de um setor enquadrado como monopólio natural, portanto, já marcado por alto custo em infraestrutura (inclusive de custos irrecuperáveis) e outras barreiras à entrada de novos competidores.

Por seu turno, dentre os segmentos existentes no setor de telecomunicações foram selecionados os atos de concentração relacionados a telefonia, tanto na modalidade fixa, integrantes do chamado Sistema de Telefonia Fixo Comutado – STFC (Local, Longa Distância Nacional – LDN e Longa Distância Internacional – LDI) quanto na modalidade móvel, denominado Sistema Móvel Pessoal – SMP (telefonia celular). A escolha deste segmento como referencial de consulta deve-se ao fato de ter sido a telefonia a verdadeira origem das telecomunicações, garantindo a identificação de julgados que permeiam toda a existência da interação CADE e ANATEL, iniciada já a partir dos leilões de privatização do Sistema TELEBRAS. Além disso, o mercado de telefonia, por exigir grandes investimentos em infraestrutura, costuma ser explorado por grandes grupos econômicos, em sua maioria a nível internacional, os quais são organizados em complexas estruturas societárias, constantemente em alteração.

Importa destacar que a abrangência da análise dos julgados não se limita aos aspectos atinentes ao segmento de telefonia, pois que o objetivo deste estudo não é analisar um determinado segmento em si, e sim verificar a interface entre as autoridades reguladora e antitruste brasileiras tendo como parâmetro seus posicionamentos em atos de concentração. Em observância à metodologia de trabalho científico, foi necessário delimitar o universo de atos de concentração a comporem a análise do presente estudo, elegendo-se determinados indicadores ou filtros. Neste diapasão, e pelos motivos já explanados, o segmento de telefonia foi escolhido, no entanto, pretende-se apresentar, ao final do trabalho, um diagnóstico representativo de todo o setor de telecomunicações, considerando todo o histórico de relacionamento entre essas entidades, desde a criação da agência reguladora até os dias atuais.

3.2.2 Atos de Concentração Analisados

Foram identificados, ao todo, 43 (quarenta e três) atos de concentração pertinentes ao segmento de telefonia que foram julgados pelo CADE desde a criação da ANATEL, em 1997⁵¹.

As principais fontes de pesquisa foram o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do CADE e o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) da ANATEL, além de dados fornecidos no Portal da Concorrência, Infraestrutura, Regulação e Comércio. Os principais documentos considerados durante a análise foram:

- Requerimento das Partes Interessadas;
- Informe e Parecer do Conselheiro-Relator da ANATEL;
- Pareceres da SDE e SEAE (nos processos anteriores à Lei nº 12.529/2011);
- Voto do Conselheiro-Relator do CADE.

A Tabela 6 relaciona os referidos atos de concentração, indicando suas respectivas partes interessadas.

Tabela 6: Relação de Atos de Concentração no Segmento de Telefonia

Nº	Nº DO ATO DE CONCENTRAÇÃO	PARTES INTERESSADAS
1	53500.002127/1998	Consórcio Sudestecel; Tele Sudeste Celular Participações S/A; Telefônica Internacional S.A.
2	53500.002152/1998	Brasil Veículos Companhia de Seguros; Companhia De Seguros Aliança do Brasil; Consórcio Telemar; Construtora Andrade Gutierrez S/A; Fiago Participações S.A.; Inepar S/A; Macal Investimentos e Participações LTDA; Tele Norte Leste Participações S/A
3	53500.002182/1998	Banco Credibel S/A; BID S/A; CRTS Construtora de Redes Telefônicas Sorocabana LTDA; CSM Cartões De Segurança S/A; PCS Engenharia e Projetos LTDA; Selte Serviços Elétricos Telefônicos LTDA; SPL Construtora e Pavimentadora LTDA; Splice do Brasil Telecomunicações e Eletrônica S.A; Tele

⁵¹ Não foram considerados, portanto, as desistências e os casos ainda pendentes de julgamento.

		Centro Oeste Celular Participações S.A
4	53500.002187/1998	Solpart Participações S/A; Tele Centro Sul Participações S/A
5	53500.002188/1998	Companhia Riograndense de Telecomunicação S/A – CRT; Tele Brasil Sul Participações S/A; Telemig Celular Participações S/A; Telpart Participações S.A.
6	53500.002189/1998	Tele Norte Celular Participações S.A.; Telpart Participações S/A
7	53500.002232/1998	Bitel Participações S/A; Consórcio UGB-Bitel; Tele Celular Sul Participações S.A.
8	53500.003744/1998	Inepar S/A - Indústria e Construções; Norte Brasil Telecom S/A (Consórcio Telecentro-Oeste Celular Participações)
9	53500.003750/1998	Iberdrola S/A; Ntt Mobile Communications Network, Inc; Tele Sudeste Celular Participações S.A.; Telefônica Internacional S.A.; Telefônica S/A
10	53500.000195/1999	Bitel Participações S/A; CTMR Celular S/A; Telasa Celular S/A; Tele Celular Sul Participações S/A; Tele Nordeste Celular Participações S/A; Teleceará S/A; Telepar Celular S/A; Telepisa Celular S/A; Telern Celular S/A; Telesc Celular S/A; Telpa Celular S/A; Telpa Celular S/A; UGB Participações S/A
11	53500.000870/1999	Al Participações LTDA.; Canbrá Telefônica S/A; Convex Communications do Brasil S/A; Credit Suisse First Boston Equity Investments (Netherlands) B.V.; CSFB (abc) Co - Investors Llc; CSFB (ABC) Iep Llc; Daini; EDF International S/A; Geemf li Latin America Llc; Globaltelcom; Inepar S/A; South America Capital Llc; Telesp Celular Participações S/A; The Aes Corporation
12	53500.005498/1999	Companhia Telefônica da Borda do Campo – CTBC ; SP Telecomunicações Holding S/A; SPT Participações S/A – SPTELECOM; Telecomunicações de São Paulo – TELESP; Telesp Participações S/A - TELES PAAR
13	53500.000209/2000	Companhia Técnica de Engenharia Elétrica; Telia A. B.; Telia Ab
14	53500.000315/2000	Am Latin America, Llc; Bell Canada International Investments Limited; Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto S/A – CETERP; Telecom Americas Ltd.; Telecomunicações de São Paulo S/A - TELESP
15	53500.004950/2000	Ceterp - Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto S/A; Edf International S/A; Intelsat, Ltd.; TELESP Celular S/A; The Aes Corporation
16	08012.007968/2001-29	Brasil Telecom S/A; Vant Telecomunicações S/A
17	53500.001673/2001	Blucel S/A; Tim do Brasil LTDA

18	53500.001760/2001	Bci Bvi Limited; Bell Canada Intenacional, Inc; Cvc Opportunity Equity Partners, L.P
19	53500.001868/2001	Bci Bvi Limited; Bell Canada Intenacional, Inc; Cvc Opportunity Equity Partners, L.P
20	53500.001898/2001	Bci Bvi Limited; Bell Canada Intenacional, Inc; Cvc Opportunity Equity Partners, L.P
21	53500.006568/2001	Bci Bvi Limited; Bell Canada Intenacional, Inc; Cvc Opportunity Equity Partners, L.P
22	53500.006649/2001	Bci Bvi Limited; Bell Canada Intenacional, Inc; Cvc Opportunity Equity Partners, L.P
23	53500.006650/2001	Bci Bvi Limited; Bell Canada Intenacional, Inc; Cvc Opportunity Equity Partners, L.P
24	53500.000318/2002	Am Latin America Llc; Bell Canada Internacional Investments Limited; Telecom Americas Ltd
25	53500.000655/2002	América Móvil, S.A.B. de C.V.; Sbc International, Inc.
26	53500.001346/2002	Bci Bvi Limited; Bell Canada Intenacional, Inc; Cvc Opportunity Equity Partners, L.P
27	53500.002089/2003	Amazônia Celular S/A; Highlake International Bussiness; Telemig Celular S/A; TPSA do Brasil LTDA.
28	53500.005055/2003	Embratel Participações S/A; Qualcomm do Brasil LTDA; Vesper Holding Ltd.
29	53500.005856/2003	At&T Latin America Corp.; Teléfonos de México S/A de C.V.
30	53500.010407/2004	Mci International; Mci Worldcom Brazil, Llc; Mci Worldcom International, Inc; Teléfonos de México S/A De C.V.; Worldcom, Inc.
31	53500.000607/2005	Nextel Comummunications; Sprint Corporation
32	53500.006805/2005	Francônia Participações LTDA; SVM Participações e Empreendimentos LTDA
33	53500.031210/2006	Brasilco S.R.L.; Telecom Italia International N.V. (Tii)
34	53500.012487/2007-00	Telefónica S/A; Assicurazioni Generali S.p.A.; Sintonia S.A.; Intesa Sanpaolo S.p.A.; Mediobanca - Banca di Credito Finanziario S.p.A.
35	53500.022892/2007	Vivo Participações S.A.; Telpart Participações S.A.; Telemar Norte Leste S.A
36	53500.000478/2008	Vivo Participações S.A.; Telemar Norte Leste S.A
37	53500.001465/2008	Docas Investimentos S/A; Intelig Telecomunicações LTDA;

Premium Securities Management Ltd		
38	53500.021373/2010-00	Telefónica S.A.; Portugal Telecom S.A.; Vivo Participações S.A.; Vivo S.A.; Brasilcel, N. V.
39	53500.012817/2011	ETML - Empresa de Telefonia Multiusuários S.A.; IdeiasVenture Participações LTDA.
40	08700.009731/2014-49	Telefónica S.A.; Assicurazioni Generali S.p.A.; Intesa Sanpaolo S.p.A.; Mediobanca - Banca di Credito Finanziario S.p.A.
41	08700.009732/2014-93	Telefónica Brasil S.A.; Telefónica S.A.; GVT Participações S.A.; Vivendi S.A.
42	08700.000219/2015-18	American Tower do Brasil - Cessão de Infraestruturas LTDA.; Tim Celular S.A.
43	08700.009426/2015-38	CLARO S.A; Brasil Telecomunicações S.A

Fonte: SEI - Sistema Eletrônico de Informações do CADE

3.2.3 Comparativo dos Posicionamentos

A análise dos atos de concentração objeto deste estudo indicaram, de uma forma geral, uma tendência a posicionamentos convergentes entre o CADE e a ANATEL no tocante aos principais riscos concorrenciais das operações julgadas. Dentre os principais aspectos avaliados de forma recorrente por ambas as entidades estão o mercado relevante envolvido, a existência de rivalidade, a presença de barreiras à entrada de novos participantes, alterações de *market share* ou ainda o favorecimento de concentração horizontal ou vertical como consequência do ato de concentração. Além disso, são abordadas possíveis ações mitigadoras de impactos concorrenciais, seja sob a ótica geral antitruste, seja em virtude de determinações regulatórias⁵² pró-competitivas específicas do setor de telecomunicações.

⁵² Um exemplo deste tipo de determinação regulatória pode ser vista no Ato de Concentração Nº 53500.005856/2003, em que o Conselho Diretor da ANATEL estabeleceu, com base nas regras do PGO, o prazo máximo de 18 (dezoito) meses para que as empresas requerentes, detentoras de Autorização para prestação de STFC, nas modalidades longa distância nacional e longa distância internacional, adotassem as medidas necessárias para que deixasse de haver superposição de outorgas nas Áreas de Numeração 21, 31, 41, 51 e 61 do Plano Geral de Códigos Nacionais (PGCN) e na Região III do Plano Geral de Outorgas (PGO). Mais recentemente, no Ato de Concentração Nº

Sob a perspectiva histórica, constatou-se que, nos primeiros cinco anos, a ANATEL desempenhou um papel primordial, apresentando análises bem elaboradas e alinhadas à metodologia definida no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal do SEAE/SDE. O CADE, por outro lado, assumiu, no período pós-privatização da TELEBRAS, um papel coadjuvante na defesa da concorrência, limitando-se a mais das vezes a fundamentar seu voto nos pareceres expedidos pela ANATEL.

Esta “apatia” institucional pode ser atribuída ao fato de que, neste período, o mercado de telecomunicações – que se concentrava em telefonia – estava completamente regulado e controlado pelo Estado, uma vez que a LGT, o PGO e os editais dos leilões continham regras sobre tipos de serviços, regiões e áreas de atuação, incluindo normas sobre participação cruzada; o próprio PGO impedia que uma mesma concessionária estivesse presente em duas áreas diferentes, obrigando que, se por acaso houvesse a concentração de duas empresas controladoras de áreas diferentes, elas teriam o prazo de 18 (dezoito) meses para se desfazer de uma

08700.009732/2014-93, visando remediar as preocupações advindas das elevadas concentrações nos mercados de STFC local e de Serviço de Comunicação Multimídia, bem como eventuais preocupações que ainda poderiam advir da sobreposição em outros mercados (STFC longa distância, TV por assinatura e atacado), a ANATEL determinou, dentre outras, as seguintes obrigações mitigatórias: a) Manutenção, por prazo indefinido, no mínimo a atual cobertura geográfica de atendimento dos Grupos GVT e Telefónica para o STFC (telefonia fixa), o SCM (internet) e o SeAC (TV por assinatura), abstendo-se de descontinuar totalmente sua oferta ou de substituí-la por planos inacessíveis à base de clientes finais já atendida; b) Manutenção das ofertas de planos de serviços e ofertas conjuntas do STFC (telefonia fixa), do SCM (internet) e do SeAC (TV por assinatura) vigentes na data da aprovação da operação pelas prestadoras dos Grupos GVT e Telefónica, pelo prazo mínimo de dezoito meses, contados a partir da publicação do Ato de Concessão de Anuência Prévia (26 de janeiro de 2015); c) Manutenção, por no mínimo 18 (dezoito meses), contados a partir da publicação do Ato de Concessão de Anuência Prévia, de todos os contratos firmados pela GVT com quaisquer usuários de serviços de telecomunicações, salvo negociação entre as partes; d) Apresentação à ANATEL, no prazo de 90 (noventa) dias, contados da publicação do Ato de Concessão de Anuência Prévia, de plano de expansão da cobertura da rede e dos principais serviços de telecomunicações que envolva, no mínimo, 10 (dez) localidades fora do Estado de São Paulo ainda não atendidas pelo grupo econômico ampliado, em um período máximo de 3 (três) anos.

delas; além disso, já estava decidida a instituição de duopólios na telefonia local, com o cronograma de licitações para criação das empresas-espelho e oligopólio na telefonia inter-regional, formada por concessionárias e autorizadas, com perspectiva de abertura paulatina de mercados⁵³. Assim, aspectos tipicamente avaliados nos atos de concentração, tais como barreiras à entrada de novos participantes, rivalidade ou aumento de fatia de mercado não possuíam grande valia neste cenário, pois o ambiente já estava desenhado pelo próprio Estado⁵⁴.

⁵³ Em voto proferido no Ato de Concentração Nº 53500.019422/2004, o Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado menciona a estratégia do Estado para conter a vantagem competitiva das empresas provenientes das antigas “teles”, como forma de promover a concorrência futura do mercado: “Assim, idealizou-se a assimetria de tratamento regulatório entre antigos (a partir de então seriam tratados como concessionárias locais) e novos operadores (autorizadas) de serviços de telecomunicações, e a estes últimos estariam associadas menos obrigações, no que diz respeito a restrições e metas a serem cumpridas. A racionalidade dessa estratégia seria atenuar a vantagem competitiva das empresas já estabelecidas para promover a concorrência: a) primeira assimetria – relaciona-se com o regime de exploração dos serviços. Por estarem prestando serviço sob o regime público, as concessionárias locais estão sujeitas ao controle tarifário e obrigação de metas de universalização; b) segunda assimetria – refere-se à definição da área de atuação. Até o cumprimento das metas, as concessionárias locais de telefonia fixa somente poderiam atuar dentro dos limites de suas regiões; c) terceira assimetria – relaciona-se ao critério de autorização para expansão das atividades. Foram estabelecidos períodos de transição diferenciados para os antigos e novos operadores. Também seria vedada às concessionárias locais a aquisição de empresas de TV a cabo (e vice-versa), potenciais competidores na prestação de serviços de telecomunicações e detentores de rede capilar, até que fosse expressamente revogada tal vedação (Cláusula 14.1, do Contrato de Concessão). d) quarta assimetria – refere-se à restrição ao uso de tecnologias: as concessionárias locais foram proibidas de utilizar tecnologias de acesso sem fio (WLL) até 2001.”

⁵⁴ A Exposição de Motivos do Projeto da Lei Geral das Telecomunicações apresenta o ambiente concorrencial esperado, *in verbis* “(...)pode-se idealizar um cenário como sendo aquele mais aderente ao objetivo da reforma: divisão do Sistema TELEBRAS em três a cinco empresas regionais e na EMBRATEL. As empresas regionais explorariam os serviços locais, interurbano intra-estadual e interestadual, dentro de sua área de concessão; a EMBRATEL exploraria os serviços intra-estadual, interestadual e internacional em todo o País. Haveria, portanto, competição entre as empresas regionais e a EMBRATEL. Essa competição não ocorreria, inicialmente, entretanto, nos serviços locais (restritos às empresas regionais e aos novos operadores) nem nos de longa distância inter-áreas de concessão e internacional (restritos à EMBRATEL e aos novos operadores). Os novos operadores, em número ilimitado, poderiam ser autorizados a prestar qualquer serviço em qualquer parte do País, à medida que as empresas atuantes nessa região estivessem privatizadas. Eles

Outra hipótese, que não pode ser totalmente descartada, é a de que o CADE, por um tempo, não soube se posicionar diante da existência de autoridades regulatórias, dotadas de conhecimento técnico aprofundado sobre a sistemática do mercado sob análise e das normas específicas do setor. Em ato isolado, porém indicativo de possível conflito de atribuições – realçado pelo protagonismo da ANATEL nos atos de concentração – o Informe PVGAC/PVCP/SPV Nº 152/1998, que analisou o Ato de Concentração Nº 53500.003750/1998, concluiu que a operação em apreço, por não representar mudança direta no controle societário da Tele Sudeste Celular, não necessitaria de apreciação pelo CADE, ainda que houvesse alteração da composição societária do Consórcio Sudestecel, controladora da Tele Sudeste Celular⁵⁵.

À medida que o novo marco regulatório das telecomunicações foi se consolidando, o setor passou a se tornar cada vez mais competitivo, com o ingresso de novas empresas em determinados segmentos, estabelecimento de parcerias para compartilhamento de infraestrutura e, claro, novas reorganizações societárias. O mercado aos poucos foi perdendo a identidade das “teles”, e criando a sua própria. Da análise dos julgados de atos de concentração, foi possível perceber, a partir de 2003, um certo reequilíbrio de forças entre o CADE e a ANATEL, em que já se observa algumas incursões da autoridade antitruste na seara regulatória, demonstrando maior familiaridade com o mercado⁵⁶. Neste período, que

poderiam, portanto, gradualmente ir obtendo autorizações de região em região, até cobrirem todo o território nacional, quando não teriam qualquer restrição de atuação, nem geográfica nem de serviços”.

⁵⁵ Em que pese o conteúdo do Informe, o Ato de Concentração foi devidamente encaminhado ao CADE pelo Conselho Diretor da ANATEL, sendo autorizado sem ressalvas por “não alterar a estrutura do mercado relevante, não resultado, assim, na elevação do grau de concentração”.

⁵⁶ No Ato de Concentração Nº 53500.022892/2007, o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo questionou a definição da dimensão geográfica do mercado relevante realizada pela ANATEL, entendendo que: “A ANATEL considerou a dimensão geográfica da operação como correspondente à Área de Prestação nº 8. Essa definição, porém, é demasiado ampla e mesmo a delimitação por UF não seria apropriada. Cada UF pode conter uma ou mais áreas de numeração e cada área de numeração corresponde a um Código Nacional (código DDD) distinto. As chamadas cursadas dentro

chamaremos de segunda fase, passou-se a se dar destaque nos votos e pareceres a aspectos processuais, tais como tempestividade, pagamento de taxas e prazo de análise, além dos já mencionados aspectos concorrenciais. Sobre estes, o CADE, embora levando sempre em consideração os pareceres da ANATEL, passou a fazer sua própria análise, com o apoio do SDE e do SEAE, conforme composição do SBDC da época.

A terceira – e última – fase, iniciada com a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, em 2012, tem se caracterizado por um incremento expressivo na qualidade dos votos do CADE sob o ponto de vista técnico, com argumentos mais elaborados e abrangentes. Um dos fatores que certamente contribuíram para esta especialização foi a reestruturação do SBDC, que extinguiu a SDE e ampliou as prerrogativas do Departamento de Estudos Econômicos do CADE. Assim, percebe-se uma mudança clara no perfil de voto da autoridade antitruste, em que as análises “evoluíram” de discussões focadas basicamente na mudança da estrutura societária em comento para reflexões e debates atinentes ao mercado em si e à própria regulação da ANATEL.

Nesta toada, merece destaque as discussões acerca de mercados relevantes, notadamente em virtude da convergência tecnológica e da rápida evolução do setor nos últimos anos. Com base no marco regulatório brasileiro atual⁵⁷, o setor de telecomunicações pode ser dividido em quatro segmentos principais de varejo:

de uma área (chamadas locais) são tarifadas com valores muito menores que as chamadas cursadas entre áreas distintas (chamadas interurbanas). Dessa forma, os consumidores buscam linhas de SMP cujo Código Nacional seja aquele correspondente à área onde residem. Portanto, a dimensão geográfica da operação, no que respeita ao SMP, corresponde a cada uma das áreas de numeração em que há sobreposição entre o Grupo Oi e a Amazônia Celular, listadas na Tabela 2a seguir. ”

⁵⁷ Segundo dados do Parecer Nº 18/2015/CGAA4/SGA1/SGO, referente ao Ato de Concentração Nº 08700.009426/2015-38.

- STFC – Serviço de Telefonia Fixo Comutado (subdividido⁵⁸ em Local, Longa Distância Nacional – LDN e Longa Distância Internacional – LDI).
- SMP – Serviço Móvel Pessoal (que abrange a telefonia celular e serviços acessórios tais como mensagens de texto e internet móvel)⁵⁹;
- SCM – Serviço de Comunicação Multimídia (que contempla a transferência de dados por satélite, internet banda larga e redes, dentre outras)⁶⁰;
- Serviço de Acesso Condicionado – SeAC (TV por assinatura).

No entanto, como bem assinala Marco Gumieri Valério (2006, p. 29), “a revolução tecnológica ampliou a possibilidade de concorrência. O surgimento de novos produtos, sistemas de logística e provedores de serviços competindo com as empresas já instaladas, suscitaram o debate acerca da regulação tradicional.” De fato, após um longo período de maciços investimentos em infraestrutura de telefonia, com foco na ampliação de suas áreas de atuação, as operadoras têm se voltado para as oportunidades de negócio oferecidas pela tecnologia digital, buscando oferecer produtos e serviços diferenciados e de maior valor agregado, especialmente por meio da convergência entre plataformas e dispositivos. A oferta de pacotes de serviços denominados *triple play* (telefonia, banda larga e TV por Assinatura), por exemplo, demonstra o surgimento de um novo tipo de mercado a ser explorado, estudado e regulado, com mudanças expressivas na delimitação de aspectos concorrenciais, tais como mercados relevantes, produtos substitutos, concentração vertical, dentre outros.

⁵⁸ Segundo Parecer Nº 18/2015/CGAA4/SGA1/SGO, referente ao Ato de Concentração Nº 08700.009426/2015-38, dados mais recentes da ANATEL para esse mercado contabilizam o serviço FWT (*Fixed Wireless Terminal*), que consiste em uma tecnologia de acessos móveis limitados a certa distância, utilizando-se a mesma tecnologia de celulares. Porém, esses acessos não dependem de rede fixa, mas são contabilizados como STFC por determinação regulatória.

⁵⁹ Originariamente, este serviço era designado Serviço Móvel Celular (SMC), sendo, em 2002, substituído por Serviço Móvel Pessoal (SMP), como serviço de telecomunicação móvel terrestre.

⁶⁰ O SCM já é decorrência de um esforço regulatório de atualização, ocorrida por meio da Resolução nº 272/2001, substituindo outros serviços de telecomunicações existentes, tais como o Serviço Limitado Especializado (SLE), nas modalidades de Rede Especializada e Circuito Especializado, e o Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações (SRTT).

Nos casos ocorridos na “primeira fase”, havia o entendimento pacífico, por ambas as entidades, de enquadramento dos mercados relevantes, em sua dimensão geográfica e produto, dentro das delimitações constantes do PGO e nas Normas Gerais de Telecomunicações. Neste sentido, podemos citar o exemplo do Ato de Concentração Nº 53500.002182/1998. No item “Caracterização do Mercado Relevante”, o Parecer da ANATEL assim afirma:

3. Caracterização do Mercado Relevante

3.1. Quanto ao Serviço

Integra o mercado relevante de SMC, definido segundo a Norma Geral de Telecomunicação Nº 20/96 “serviços de telecomunicações móvel terrestre, aberto à correspondência pública, que utiliza sistema de radiocomunicações com técnica celular, interconectado à rede pública de telecomunicações e, acessado por meio de terminais portáteis e veiculares, de uso individual”. O sistema móvel celular, tecnicamente, proporciona ao usuário mobilidade e portabilidade do seu aparelho, podendo receber ou efetuar ligações telefônicas em qualquer área, desde que a área possua cobertura, permitindo o acesso à telefonia local, interurbana e internacional. (...) O Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, o Serviço Móvel Especializado – conhecido como *Trunking* – e o Serviço Móvel Global por Satélite Não-Geoestacionário – SMGS, atualmente não compõem o mercado relevante do Serviço Móvel Celular. O STFC, por não proporcionar a portabilidade; o *Trunking* por apresentar um diferencial significativo de preços e por ter seu atendimento limitado às pessoas jurídicas de conformidade com o estabelecido na Norma 14/7, aprovada pela Portaria Nº 557, de 03 de novembro de 1997 do Ministério das Comunicações. No caso do SMGS, o preço praticado e o valor do aparelho são significativamente superiores ao do SMC.

(...)

3.2. Caracterização do Mercado Geográfico

O mercado geográfico é caracterizado pela área de concessão do Serviço Móvel Celular – SMC, dentro de cujos limites as concessionárias devem explorar o serviço, nos termos do respectivo contrato, observando a regulação pertinente. (...) O Serviço Móvel Celular é ofertado por empresas que detêm a concessão outorgada pelo Governo, podendo haver na mesma área de concessão dois concorrentes: um operando a Banda “A” e o outro na Banda “B”, sendo que as áreas de abrangência da concessão da Banda “A” diferem parcialmente daquelas da Banda “B”. Essa situação somente perdurará 31/12/99, conforme descrito no item 7, barreiras de entrada.

Corroborando esse entendimento, o Conselheiro Marcelo Calliari assinala:

Concordo com a ANATEL no sentido de o mercado relevante desta operação tem limites geográficos e de produtos idênticos aos da concessão adquirida pela BID S.A., ou seja, trata-se de exploração do Serviço Móvel Celular em Goiás, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Rondônia, Acre e Brasília.

No entanto, já a partir da “segunda fase” da atuação complementar entre o CADE e a ANATEL, o tema passa a ser objeto de preocupação da autoridade antitruste, sendo abordado inicialmente sob a forma de ressalva, como no Ato de Concentração Nº 53500.007079/2001, em voto proferido pelo Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, *in verbis*:

Apesar de adotar, nesse caso, a definição da ANATEL para o mercado relevante, gostaria de ressaltar que não há nenhuma relação necessária entre a classificação dos serviços e suas áreas de abrangência previstas na legislação específica, e a existência de um mercado relevante.

À medida que esse cenário progredia, pelo surgimento de novas tecnologias e estratégias de negócio, o hiato regulamentar passou a ser objeto de críticas mais incisivas por parte do CADE. No Ato de Concentração Nº 53500.010407/2004, o Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos assim se posicionou:

As mudanças tecnológicas no setor de telecomunicações têm despertado a atenção deste Conselho para a necessidade de se aprofundar o debate sobre a definição dos mercados relevantes em um ambiente extremamente dinâmico e inovador. Neste contexto, cabe à autoridade antitruste arbitrar em que medida se deve realizar a análise segmentada ou agregada das telecomunicações, considerando as sinergias tecnológicas, as ofertadas conjuntas de facilidades e os diversos serviços disponíveis aos consumidores (que podem possuir características distintas dependendo dos meios tecnológicos utilizados).

Em seu voto relativo ao Ato de Concentração Nº 53500.019422/2004, o Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado alertou para o caráter global e permanente dessas mudanças:

A definição dos Mercados Relevantes a serem analisados neste AC implica discutir a conveniência de tratar os diversos serviços analisados em mercados relevantes independentes, ou considerar a conveniência em agrupar a análise em um Mercado Relevante Convergente dos Serviços de Telecomunicações e Serviços de Valor Adicionado. Para isto, no entanto, é necessário recorrer ao debate internacional sobre o tema da convergência tecnológica no setor de telecomunicações e analisar o impacto desse processo no Brasil. Como ponto de partida observo que o *Green Paper* da Comissão Europeia (1997) ao tratar do tema convergência enfatiza que o termo não pode ser facilmente delimitado, mas que “expressa a capacidade de diferentes plataformas de rede transportarem serviços essencialmente similares, ou combinarem dispositivos tais como telefone, televisão e o computador pessoal”.

(...)

O documento enfatiza que os setores de telecomunicações, mídia e tecnologia da informação estão utilizando cada vez mais as mesmas tecnologias. Também ressalta que a convergência não é um fenômeno que envolve apenas a tecnologia, mas também novos serviços e novas maneiras de as empresas fazerem negócios e interagirem com a sociedade. O *Telecommunications Act* de 1996, dos Estados Unidos, também reconhece a iminente convergência entre os vários setores de telecomunicações, e ao mesmo tempo considera que a abertura deste mercado a todos os tipos de provedores vai certamente transpor as fronteiras entre as indústrias, tornando possível a oferta de novos produtos e serviços, preços menores e um aumento da inovação.

(...)

O que importa é que o processo de convergência permitirá, no futuro próximo, a conjunção de diversos serviços em um único aparelho, independente da infraestrutura a ser utilizada. Serviços que comumente são prestados por redes separadas poderão ser prestados por uma única rede integrada, ou mesmo, por uma rede de redes. Dessa forma, as indústrias de telecomunicações, transferência de dados, e radiodifusão, apresentam um movimento de convergência, que provavelmente levará ao surgimento de uma nova indústria, que pode ser chamada de Indústria da Informação. Isto significa que operações como a que está sendo analisada são altamente prováveis de continuar ocorrendo com frequência cada vez maior, até a consolidação do novo modelo.

E conclui, enfatizando os riscos da defasagem regulatória para a defesa da concorrência:

Entretanto, uma vez que o marco regulatório brasileiro não considera o processo de convergência, não é impossível e, sob certos aspectos

é inclusive provável, o surgimento de barreiras à entrada de concorrentes da Net Serviços em um mercado convergente de Serviços de Telecomunicações. Essas barreiras surgiriam das dificuldades de as outras empresas de telefonia, em vista do marco regulatório existente, responder aos desafios da convergência tecnológica, empreendendo seus próprios projetos de oferta de serviços para o mercado convergente de serviços de telecomunicações e serviços de valor adicionado. Para isto enfrentaremos neste voto, alguns problemas regulatórios, com impactos concorrenciais, nos mercados de convergência tecnológica em serviços de telecomunicações.

Esta autarquia já se deparou com a necessidade de avaliar os impactos concorrenciais da convergência.

Apesar das críticas e recomendações exaradas ao longo de mais de uma década pelo CADE, além de requerimentos advindos das próprias operadoras de telecomunicações, a problemática permanece, de modo que os julgamentos de casos relacionados a convergência tecnológica ainda têm sido realizados sem a devida correspondência regulatória, conforme pode ser constatado no voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, no Ato de Concentração Nº 08700.009732/2014-93:

A possibilidade de ofertar vários serviços a partir de ativos comuns de rede, aliada à crescente aproximação entre a informática e as telecomunicações, apontam para uma tendência de mercado denominada convergência tecnológica. Nesse cenário, as empresas se utilizam de uma única infraestrutura de tecnologia para prover pacotes de produtos com preços reduzidos, no sentido de, eventualmente, conseguir prestar todos os quatro principais serviços de telecomunicações ora em análise (STFC (telefonia fixa), SMP (telefonia celular), SeAC (TV por assinatura) e SCM (internet banda larga e outros serviços de dados multimídia). Dessa forma, serviços que eram antes providos separadamente, por contratos, por empresas diferentes e/ou por meio de canais, equipamentos, protocolos e padrões independentes poderão ser prestados via uma única solução tecnológica.

(...)

Nesse ambiente, as empresas são compelidas a se associar umas às outras, buscando explorar suas complementaridades para a prestação simultânea de vários serviços. Com efeito, a operação GVT ora analisada se insere nesse contexto, devendo ser em parte compreendida como parte dessa tendência.

(...)

Entretanto, é preciso levar em consideração que a GVT opera sob o regime de autorização, ao passo que a TBrasil é concessionária do STFC na Região III do PGO, o que significa que a Telefônica possui obrigações regulatórias muito mais rigorosas que a GVT no sentido

de garantir planos básicos de STFC e de universalização do serviço. Esse fato faz com que a área de cobertura da TEF nessa Região seja muito maior, atendendo elevado número de clientes de todas as faixas de renda. A GVT, por outro lado, não está sujeita às mesmas obrigações, sendo livre para atuar apenas nos mercados mais atrativos (com maior renda e demanda por maiores velocidades). A TEF apresentou, ainda, dados segregados por combinação de serviço (SCM + STFC, SCM + SeAC, entre outras combinações), permitindo concluir que:

a) O STFC contratado isoladamente responde por 15% do total em números nacionais (ou 96% dos serviços contratados isoladamente), demonstrando que, apesar da capacidade da TEF de ofertar SCM e STFC utilizando a mesma rede, o serviço ainda é contratado de maneira avulsa por número significativo de clientes;

b) Há grande base de clientes que contrata os serviços STFC + SCM (25% no caso da TEF e 67% no caso da GVT), indicando a possibilidade de essa combinação constituir eventual mercado separado em pacote. Entretanto, não há dados suficientes para afirmar se a demanda por serviços de outras empresas se encaixa nesse perfil, nem para elaborar eventual estrutura de mercado a fim de verificar essa suposição; e

c) Para a GVT, a base de clientes que contrata TV por assinatura + STFC + SCM é significativa (28% nacional e 49% em SP), mas para a TEF é de apenas 1,1% nacional e 3% em SP.

A partir disso, acompanho o posicionamento da SG e entendo que, no presente caso, o mercado não pode ser analisado exclusivamente em termos convergentes, com apenas uma dimensão produto, sendo necessário adotar a segmentação tradicional dos mercados envolvidos como cenário base para a aferição de concentrações.

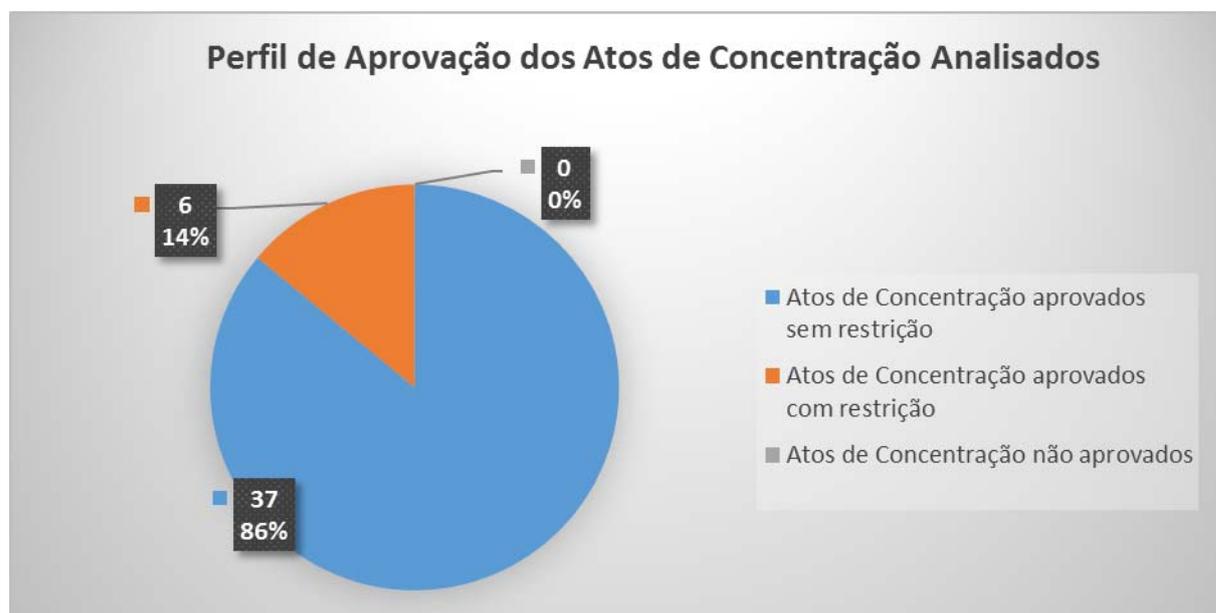
(...)

Apesar de optar pela análise segmentada das sobreposições de varejo, ressalto que tal solução é apenas uma aproximação utilizada no presente caso para possibilitar a identificação de mercados problemáticos, tendo em vista a disponibilidade de dados. Não obstante, a análise sob a ótica da convergência será importante para endereçar os aspectos de rivalidade, entrada e aspectos pró competitivos da operação.

No que tange à adoção de condicionantes para aprovação de atos de concentração, identificou-se que tanto a ANATEL quanto o CADE pouco se utilizaram de mecanismos de imposição de restrições ou medidas compensatórias dos potenciais efeitos nocivos à concorrência. Considerando os 43 (quarenta e três) casos analisados neste estudo, em apenas 6 (seis) atos de concentração foi identificado algum tipo de restrição, fosse ela de natureza regulatória ou concorrencial⁶¹, conforme demonstrado a seguir.

⁶¹ Restrições de natureza regulatória decorrem de determinações regulatórias pró-competitivas específicas de determinado setor e são, portanto, de estipulação obrigatória por parte da respectiva

Gráfico 1: Perfil de Aprovação dos Atos de Concentração Analisados



Fonte: Elaboração Própria

Tabela 7: Características das Restrições Identificadas

Nº DO ATO DE CONCENTRAÇÃO	RESTRIÇÃO REGULATÓRIA	RESTRIÇÃO CONCORRENCIAL PELA ANATEL	RESTRIÇÃO CONCORRENCIAL PELO CADE	MERCADO RELEVANTE (DIMENSÃO PRODUTO)
53500.000655/2002	SIM	NÃO	NÃO	SMP (Serviço Móvel Pessoal).
53500.005856/2003	SIM	NÃO	NÃO	STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado).
53500.012487/2007-00	NÃO	SIM	SIM	STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado); SMP (Serviço Móvel Pessoal); SCM (Serviço de Comunicação Multimídia).

autoridade reguladora, enquanto ente responsável por fiscalizar e zelar por seu fiel cumprimento. Por seu turno, as restrições concorrenciais, que podem ser instituídas tanto pela autoridade reguladora quanto pela autoridade antitruste, tem por objetivo compatibilizar os interesses privados (de realizar o ato de concentração) e públicos (de defender a livre concorrência), permitindo a referida operação desde que condicionada a determinadas ações mitigadoras dos efeitos prejudiciais à competitividade no mercado relevante envolvido, a partir da análise técnica da probabilidade de exercício de poder de mercado pelo agente econômico, favorecida pela concentração horizontal ou vertical decorrente da operação.

53500.021373/2010-00	NÃO	SIM	SIM	SMP (Serviço Móvel Pessoal); Infraestrutura.
08700.009731/2014-49	NÃO	SIM	SIM	STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado); SMP (Serviço Móvel Pessoal); SCM (Serviço de Comunicação Multimídia); SeAC (Serviço de Acesso Condicionado); Infraestrutura.
08700.009732/2014-93	NÃO	SIM	SIM	STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado); SMP (Serviço Móvel Pessoal); SCM (Serviço de Comunicação Multimídia); SeAC (Serviço de Acesso Condicionado); Infraestrutura.

Fonte: Elaboração Própria

Nos Atos de Concentração N^{os} 53500.000655/2002 e 53500.005856/2003, as restrições – unicamente regulatórias – tinham por objetivo atender a determinações previstas, respectivamente, na Norma Geral de Telecomunicações N^o 20/1996⁶² e no Plano Geral de Outorgas⁶³, que limitavam a quantidade de áreas de concessão em que uma mesma pessoa jurídica poderia atuar.

Os demais atos de concentração apontados na Tabela 7 estão enquadrados em restrições concorrenciais, oriundas da análise técnica das duas autarquias, e podem incluir tanto a adoção de remédios estruturais⁶⁴ quanto comportamentais⁶⁵ por parte dos agentes econômicos requerentes. A partir dos dados apresentados na

⁶² “5.2.6.1. Para uma mesma subfaixa de frequências, conforme subitem 7.1, uma mesma pessoa jurídica só pode explorar o SMC em, no máximo, duas Áreas de concessão, sendo uma delas dentre as Áreas de 1 a 6 e a outra dentre as Áreas de 7 a 10. ”

⁶³ “Art. 14. A obtenção de concessão em determinada Região por empresa já concessionária do serviço a que se refere o art. 1^o, sua coligada, controlada ou controladora implicará a obrigatória transferência a outrem, de contrato de concessão detido em outra Região, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de obtenção da concessão. ”

⁶⁴ Como exemplo, podemos citar a cisão e a alienação de participação societária.

⁶⁵ Exemplos de medidas comportamentais: limitação de direitos políticos na administração de outra sociedade, como eleição de membro do Conselho de Administração; compromisso de não compartilhamento de informações sensíveis ou confidenciais entre empresas; compromissos de manutenção da qualidade dos serviços ou ampliação do número de localidades abrangidas por determinado serviço ou tecnologia.

Tabela 7, verifica-se que há unanimidade de entendimento entre CADE e ANATEL quanto à necessidade ou não de medidas concorrenciais compensatórias como requisito de aprovação do negócio. Além disso, não foram evidenciados posicionamentos discordantes em relação ao conteúdo das condicionantes impostas aos agentes econômicos.

Em relação ao procedimento adotado, observou-se que, como regra geral, medidas relacionadas a garantia da qualidade da prestação de serviço ou compromissos de ampliação de atendimento são determinadas, ainda na fase de Anuência Prévia, diretamente pela ANATEL. As demais medidas comportamentais, bem como as medidas estruturais, são objeto de recomendações constantes no parecer da agência reguladora encaminhada ao CADE. A autoridade antitruste, por sua vez, procede à análise do ato de concentração por meio de sua Superintendência-Geral, a qual, dentre outros aspectos, avalia a adequabilidade e suficiência das medidas compensatórias indicadas pela agência reguladora. Ao longo deste trabalho, que pode demandar pareceres de órgãos de apoio como a ProCADE (Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE) e o Departamento de Estudos Econômicos, a Superintendência, em articulação com os requerentes, elabora uma proposta de acordo contemplando todas as obrigações estruturais e/ou comportamentais a que os agentes econômicos se submeterão como requisito de concordância do CADE para a operação pretendida. Este documento, denominado Acordo em Controle de Concentração (ACC), é então encaminhado, juntamente com o parecer da Superintendência-Geral, para apreciação e julgamento do Tribunal Administrativo⁶⁶.

Foi constatado, ainda, que todos os atos de concentração analisados continham, como base dos ACCs, restrições concorrenciais recomendadas pela ANATEL, sendo em geral complementadas por medidas indicadas pelo CADE ou pelos próprios requerentes, num esforço de evitar qualquer interpretação, por parte

⁶⁶ Dentre os casos analisados, apenas as condicionantes impostas no Ato de Concentração Nº 53500.021373/2010-00 não foram objeto de ACC, sendo os requerentes informados das condições para sua aprovação por meio da publicação da decisão do Tribunal Administrativo, que determinou o cumprimento de “uma das duas restrições para a requerente Telefônica, controladora da Vivo após a operação: extinção de posição financeira, direta ou indireta, na Tim Brasil, ou ingresso de um novo sócio para a Vivo, com experiência no setor e sem participação em outra empresa de telefonia no Brasil, nas condições de governança na Brasilcel N.V. e Vivo equivalentes àquelas imediatamente anteriores à operação em tela”.

do Tribunal Administrativo, de existência de efeitos concorrenciais negativos em tamanha proporção que obstaculizassem toda a operação.

Gráfico 2: Origem das Restrições Concorrenciais



Fonte: Elaboração Própria

Por fim, no tocante à mudança da legislação da defesa da concorrência pela entrada em vigor, em 2012, da Lei Nº 12.529/2011, não foram observadas até o momento mudanças significativas no posicionamento do CADE ou da ANATEL, havendo tão somente alterações procedimentais, notadamente em virtude da extinção da SDE e da mudança no papel da SEAE, que deixou de ser responsável pela emissão de pareceres e instrução dos processos julgados pelo CADE.

3.2.4 Análise da Interface entre o CADE e a ANATEL

De acordo com a lição de Carlton e Picker (*apud* TEIXEIRA, 2011, p.56), ao longo da história, antitruste e regulação têm, por vezes, competido e, em outras ocasiões, colaborado no processo de controle da concorrência. A análise da interação do CADE e da ANATEL, a partir de seus posicionamentos nos atos de concentração de telefonia, sinaliza para uma atuação mais colaborativa do que

conflituosa entre as entidades brasileiras, caracterizada por um nítido processo de amadurecimento legal e institucional com o passar dos anos.

Nesta toada, não se pode olvidar que melhorias significativas na legislação têm contribuído para tornar a condução dos processos de defesa da concorrência no mercado regulado mais célere, fluido e funcional, influenciando positivamente o relacionamento entre o CADE e a ANATEL no trato dos casos concretos em que atuaram em conjunto. Sob o ponto de vista da legislação setorial, a LGT, como já mencionado anteriormente, instituiu a competência complementar entre o CADE e a ANATEL, determinando limites claros de atuação entre cada uma das autarquias. Esta escolha legislativa tem por principal a vantagem evitar conflitos positivos ou negativos de competência, favorecendo, assim, a atuação integrada e coordenada entre elas. Todavia, vale a pena salientar que a LGT não delimitou as competências da ANATEL em face das demais entidades integrantes do então SBDC (SDE e SEAE), que passaram, então, a exercer competências concorrentes. Conforme lembra Giuseppe Constantino (2014, s.p), esta situação suscitou discussões acirradas em famoso caso de denúncia de cartelização contra a Telemar, Telefônica e Brasil Telecom, promovida pelas empresas Embratel e Intelig:

Em “Medida Inominada” junto ao CADE, a Brasil Telecom S/A suscitou Conflito de Competência em virtude da realização simultânea de processos de apuração de condutas anticoncorrenciais pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), visando apurar os mesmos fatos, objeto de representações formuladas pela Empresa Brasileira de Telecomunicações e outros interessados. Após as manifestações do MPF e da Procuradoria do CADE, ambas no sentido de que o caráter especial da LGT se sobrepõe à generalidade da LA – critério muito utilizado quando da existência de antinomia jurídica –, pugnando pela competência da ANATEL, o Relator, Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe proferiu seu voto. Cabe, aqui, a transcrição de um trecho da decisão:

[...] O princípio da eficiência foi introduzido no texto constitucional pela Emenda n.º 19/98, muito embora já constasse na legislação infraconstitucional, a exemplo das previsões constantes do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, arts. 4.º, inc. VII, 6.º, inc. X, e 22, caput) e outras legislações. Esse princípio informa a Administração Pública, visando aperfeiçoar suas atividades, otimizar os resultados e atender o interesse público com maiores índices de adequação, eficácia e satisfação. O alcance dessas metas é obrigação e não faculdade da Administração. Portanto, seus órgãos devem segui-las para que possam exercer, de forma eficaz, as funções a eles determinadas. **O acúmulo de atribuições dos dois órgãos instrutores, SDE e ANATEL, por gerar um custo**

desnecessário para a Administração Pública fere o princípio da eficiência, dado que, a acumulação de esforços de dois órgãos distintos para execução de um mesmo trabalho é gasto dobrado para a Administração. Além das despesas dobradas, há a possibilidade de produção de conclusões contraditórias entre a SDE e ANATEL. Apesar das decisões advindas desses órgãos instrutores serem meramente procedimentais elas podem gerar confusão na instrução dos elementos necessários ao convencimento do Plenário do CADE, competente para a decisão final. Isso, conseqüentemente, gera insegurança ao administrado, que é o destinatário da tutela garantida pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Ora, se a SDE emite uma conclusão e a ANATEL outra diversa, obviamente que, em matéria de telecomunicações, o mais sensato seria acompanhar a opinião proferida pelo órgão que possui vantagem técnica, a ANATEL. Esse fator é crucial para a celeridade procedimental e análise adequada dos casos que envolvem a matéria de telecomunicações. Ao meu ver, a Lei Geral das Telecomunicações (LGT) oferece à Administração plena coerência e harmonia com o princípio em tela, pois, com sua elaboração criou-se um regime diferenciado aos atos de contrato ou concentração econômica, assim como, o controle, a prevenção e a repressão das infrações da ordem econômica envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado. Neste ponto, acrescento que o ordenamento jurídico brasileiro, que engloba a LGT e a Lei n.º 8.884/94, não admite que dois ou mais órgãos da Administração instrua, processem e julguem a mesma pessoa, física ou jurídica, pela mesma razão fática e jurídica.

Uma vez analisadas todas essas questões, imprescindíveis, ao meu ver, para decidir o caso colocado sob julgo, passo reconhecer a ilegalidade da duplicidade de procedimentos apuratórios cometida pela SDE e ANATEL. Isso porque, como visto acima, o ordenamento jurídico pátrio não admite que dois ou mais órgãos da Administração instrua e processem a mesma pessoa, física ou jurídica, pela mesma razão fática e jurídica. **Reconheço, ademais, a competência exclusiva da ANATEL para exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvada a competência deste Conselho para julgar todos os atos submetidos ao órgão regulador e instaurados de ofício, pertinentes à matéria de concorrência.** Deverá a SDE apresentar seu parecer com os autos que preside à ANATEL para que o anexo ao procedimento que instrui. (grifo nosso)

O posicionamento do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe não pacificou o tema no âmbito da própria SBDC, que contava com forte resistência da SDE. Desta forma, o sistema de competências concorrentes entre SDE e SEAE – representando o SBDC – e a ANATEL – enquanto entidade regulatória – somente foi extinto com o advento da nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei Nº Lei Nº 12.529/2011, que, conforme anteriormente explanado, extinguiu a SDE e retirou da

SEAE o papel instrutório em processos julgados pelo CADE, sejam eles relacionados a atos de concentração ou ainda relativos a condutas anticompetitivas.

Outra melhoria para o processo de defesa da concorrência, promovida pela Lei Nº 12.529/2011, foi a exigência de **avaliação prévia** do CADE nos casos de fusões e aquisições de empresas com potenciais impactos à concorrência, já que, segundo a legislação anterior, essas operações podiam ser submetidas ao CADE até 15 dias após serem consumadas. Desta forma, os atos de concentração do setor de telecomunicações eram submetidos de maneira prévia à ANATEL, em atendimento a exigência da LGT⁶⁷, podendo, então, ser formalizados e, em 15 dias, submetidos para apreciação do CADE. Ora, considerando que a instrução do processo também é de responsabilidade da ANATEL, a quem compete o devido encaminhamento ao CADE⁶⁸ e que, entre a análise prévia realizada pela autoridade reguladora e a efetivação do negócio normalmente há um decurso considerável de tempo, invariavelmente a ANATEL era instada a realizar nova análise dos aspectos concorrenciais envolvidas na operação – mais atualizada – para instruir o processo a ser julgado pelo CADE.

Resta claro, portanto, que a referida sistemática não estava adequada. Primeiro porque criava uma anomalia processual, por tornar obrigatória a anuência prévia da autoridade reguladora em atos de concentração ao mesmo tempo que considerava dispensável a apreciação da autoridade antitruste, justamente o órgão de referência no âmbito da defesa da concorrência. Em segundo lugar, porque tal sistemática representava um excesso de burocracia, acarretando ineficiência dos órgãos públicos (retrabalho), morosidade na solução de demandas, aumento do

⁶⁷ “Art. 97. Dependendo de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.”

⁶⁸ “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.**” (grifo nosso)

custo das transações incidentes a cada vez que o Estado é acionado, além de comprometer os princípios da segurança jurídica e da previsibilidade do particular pelo risco de desfazimento das transações em face de eventual reprovação da operação pelo CADE. Desta forma, a mudança processual trazida pela nova lei de defesa da concorrência acabou por valorizar o papel do CADE nos atos de concentração, ao mesmo tempo que simplificou a atuação da ANATEL, que passou a se manifestar uma única vez sobre o tema.

Uma preocupação que se avulta a partir desta mudança procedimental se refere a prazos, uma vez que para os agentes econômicos a agilidade na concretização de estratégias de negócio é um dos fatores decisivos – quando não limitante – para a viabilidade econômica da operação. Segundo o art. 88, II, § 2º da Lei Nº 12.529/2011, o CADE deve julgar os de análise dos atos de concentração em até 240 dias, prorrogáveis por mais 90 dias em caso de operações complexas (art. 88, §9º, II). Como visto anteriormente, os prazos aqui apresentados são os denominados “prazos impróprios”, isto é, que não acarretam preclusão diante da sua inobservância. Isto significa dizer que, em termos práticos, não há garantias para as operadoras de telecomunicações de que seus atos de concentração serão apreciados dentro do prazo estabelecido, o que pode se tornar nova fonte de insegurança jurídica⁶⁹.

Ainda em relação a segurança jurídica, é possível inferir, a partir dos atos de concentração analisados, que a preocupação com este tema seja, talvez, o principal elemento “catalisador” da coerência de entendimento das autoridades sob análise. Isto porque é notório o cuidado de ambas as autarquias em manter certo alinhamento com a entidade par, utilizando-se frequentemente de posicionamentos anteriores – de ambos os lados – como fundamento último de decisão, ainda que a análise traga severas críticas ao pensamento consolidado.

Neste aspecto, tema de bastante relevo e extremamente atual é o afeto ao atraso regulatório em face do fenômeno de convergência tecnológica. Como sabido,

⁶⁹ Atento a este cenário, o CADE tem monitorado e instituído metas de atendimento dos prazos legais. Dados extraídos do Relatório de Gestão do Exercício de 2015 da autarquia revelam que o tempo médio de análise dos atos de concentração é de 27,6 dias, sendo que os casos sumários foram finalizados em cerca de 18 dias e os casos sob o procedimento ordinário alcançaram a média de 82 dias de análise.

a ANATEL adota, em suas análises, as definições previstas em seu arcabouço regulamentar, incluindo as relativas a modalidades dos serviços e delimitação de mercados relevantes, o que em grande parte é um sinal de coerência, uma vez que se espera que uma agência reguladora aja de acordo com as normas do seu setor⁷⁰. O CADE, por outro lado, tem sido bastante enfático quanto à insuficiência do modelo regulatório tradicional diante da nova realidade das telecomunicações, por vezes construindo cenários alternativos com a adoção de modalidades de serviços “convergentes”⁷¹. No entanto, ao final, as conclusões dos votos tendem a

⁷⁰ Ressalte-se que as críticas à ANATEL são voltadas à sua atuação enquanto ente regulador e não à sua postura condizente com as normas postas.

⁷¹ Como exemplo, podemos citar este trecho do clássico voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, no Ato de Concentração Nº 53500.019422/2004: “Vamos considerar, em uma primeira abordagem, como prematura a análise dos serviços de telecomunicações de forma integrada. Nesse caso, definimos três mercados relevantes, na dimensão produto: a) Mercado de operadores de TV por assinatura – inclui os provedores do serviço de TV paga pelo assinante: TV a cabo, serviço de distribuição multiponto multicanal (MMDS) e serviço direct to home (DTH); b) Mercado de Acesso à Internet Banda Larga – inclui os provedores do serviço de acesso à internet banda larga: acesso ADSL, acesso por cable modem, acesso dedicado (óptico), acesso rádio, acesso satélite e acesso móvel; c) Mercado de serviços de voz – inclui os provedores do serviço de transmissão de voz e outros sinais: STFC (cabos de fios metálicos) e cabo coaxial (voz sobre protocolo internet) e acesso móvel (tecnologia wireless). As definições de mercado relevante acima se baseiam na premissa de que, em cada um deles, o que interessa para o consumidor é o serviço final obtido, não importando qual tecnologia é utilizada para fornecê-lo. A substituição pelo lado da demanda ocorre em termos de serviços, e não em termos de tecnologias. Cabe, também, esclarecer que, no caso específico do consumidor de Serviço de Valor Adicionado (internet e VoIP), a ANATEL identifica que há diferença se ele é prestado mediante o uso de redes de SCEMa (através do cabo coaxial) ou de outros serviços de telecomunicações (por exemplo, STFC, que utiliza fio de cobre metálico). Mas, a meu juízo, pela ótica do consumidor, esses serviços são efetivamente substitutos, pois há sobreposição entre os assinantes de serviço de banda larga e os usuários de TV por assinatura.

(...)

Vamos agora considerar a existência de um Mercado Relevante Convergente dos Serviços de Telecomunicações e Serviços de Valor Adicionado. Neste, os consumidores consideram o produto como sendo um pacote de serviços combinados, e, veem, dessa forma, os diversos pacotes de serviços como substitutos entre si. No caso, definiríamos esse mercado, na dimensão geográfica, como local, pois serviços de telefonia são sempre prestados localmente, como demonstrado na análise dos mercados relevantes sob hipótese da não convergência. Também não há maiores

acompanhar a ANATEL na utilização dos conceitos tradicionais de mercados relevantes, ainda que em operações tipicamente de convergência. Foi o que ocorreu no Ato de Concentração Nº 53500.010407/2004, avaliado pelo Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos o qual, após expor a preocupação do Conselho em aprofundar o debate sobre a definição dos mercados relevantes neste cenário de expressivas mudanças tecnológicas, decidiu-se pela alternativa conservadora:

No que se refere à oferta de serviços, é possível realizar uma análise sob a perspectiva de um mercado único convergente *triple play* que contempla tanto telefonia, internet e televisão, assim como pode-se analisar cada um destes mercados de forma segmentada. Frise-se que a opção pela segmentação não significa negar o processo de convergência, mas, apenas, analisar este mesmo setor de forma mais conservadora em relação à possibilidade de exercício de poder de mercado por parte das operações objeto do escrutínio da autoridade antitruste.

De fato, há que se reconhecer que a previsibilidade jurídica é um dos principais balizadores do direito antitruste (FORGIONI, 2005, p.130), devendo, contudo, estar sempre associado à eficiência do sistema, assim entendida como a garantia da adequação do direito à realidade que ele disciplina. Desta forma, é importante que haja, no curto prazo, uma mudança de postura das autoridades acerca das defasagens regulatórias latentes. O conservadorismo até então adotado, embora privilegie os princípios da segurança jurídica e da previsibilidade, pode estar apenas camuflando o problema por meio de soluções pacíficas imediatas, e, com

preocupações quanto ao impacto imediato sobre a concorrência. Em alguns aspectos, o presente AC é inclusive pró-competitivo, como o fato de aumentar a concorrência no mercado de serviços de voz e acesso à internet banda larga.

(...)

Pelas razões expostas concluo que, em consonância com os pareceres da ANATEL e da Pro-CADE, não há indícios que a operação em análise venha a apresentar riscos ao ambiente competitivo. Este voto analisou a operação levando em conta a definição dos mercados relevantes sem convergência tecnológica e com convergência tecnológica. Essa análise concluiu que, apesar de não ser possível, ainda, prever qual será o resultado final do processo de convergência, é possível afirmar que ele será diretamente condicionado por questões tecnológicas, de mercado, e, principalmente, regulatórias.

isso, contribuindo para a manutenção da situação atual – tendente a um distanciamento cada vez maior entre a norma e a realidade.

Por outro lado, a atuação apenas incidental, por meio da análise dos atos de concentração, não pode ser entendida como a solução para o descompasso normativo. Assim como o Judiciário, que excepcionalmente se investe de “legislador positivo” para promover a solução de um conflito ou garantir o exercício de um direito fundamental, o CADE (e a própria ANATEL, dentro de seus limites institucionais), pode atuar na construção de modelos alternativos de análise, construindo uma jurisprudência sobre o tema. Todavia, é importante perceber que a solução definitiva residirá na revisão do arcabouço regulamentar do setor de telecomunicações, de modo a contemplar essa nova realidade social e econômica. Neste aspecto, a experiência dos atos de concentração já analisados por ambas as entidades pode ser de grande valia para a construção de um novo marco regulatório⁷².

Por fim, percebe-se que há, por parte do corpo técnico de ambas as autarquias, um vasto e profundo conhecimento no que se refere à dinâmica do mercado de telecomunicações, adquirido ao longo de quase duas décadas de cenário pós-privatização. Desta feita, sugere-se a celebração de Acordo de Cooperação Técnica entre o CADE e a ANATEL, visando ao aperfeiçoamento da interface entre as entidades a partir do desenvolvimento de sinergias, tais como compartilhamento de informações, promoção de intercâmbios, realização conjunta de pesquisas e projetos técnicos e, especialmente, a elaboração de propostas de atualização das normas setoriais, de modo a propiciar uma regulação setorial realista e eficiente em um ambiente concorrencial saudável e sustentável.

⁷² O sistema regulatório de telecomunicações no Brasil está estruturado de forma a identificar os serviços a partir da infraestrutura utilizada, e não em decorrência de seu conteúdo ou funcionalidade. Por outro lado, o fenômeno da convergência permite que os serviços sejam oferecidos a partir de diversas tecnologias, em arranjos que privilegiem a conectividade e a economia e escopo, por meio de remodelagem de negócios e integrações verticais. Percebe-se, portanto, que a convergência tecnológica tem o condão de redefinir todo o marco regulatório das telecomunicações do país, o que demonstra a complexidade do desafio que se apresenta.

CONCLUSÃO

A partir da Constituição da República de 1988, foi instituída no Brasil uma nova Ordem Econômica, pautada em preceitos econômicos liberais – tais como a livre iniciativa e o direito à propriedade – em harmonia com valores e fundamentos de cunho social, como a valorização do trabalho e a função social da propriedade. Desta forma, consagrou-se o sistema capitalista de produção porém sem os excessos do liberalismo clássico, uma vez que a Constituição também atribuiu ao Estado, em seu art. 170, o poder-dever de intervir na economia para promover a justiça social, assegurando a todos uma existência digna, e tendo por princípios a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre-concorrência, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, bem como no favorecimento às empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis nacionais, com sede e administração no Brasil.

A intervenção do Estado na Economia, portanto, tem por objetivo, além do crescimento econômico, a solução dos problemas sociais existentes e a garantia da liberdade de atuação dos particulares, estando delineada nos artigos 173 e 177 (intervenção direta) e 174 (intervenção indireta) da Constituição da República. A atuação estatal econômica direta, isto é, enquanto agente econômico, foi determinado pela Constituição de 1988 como medida excepcional, restringindo-se aos monopólios constitucionalmente previstos e quando necessários aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Desta forma, a atuação preponderante do Estado na Economia deve ocorrer em sua forma indireta, isto é, atuando como agente normativo e regulador das atividades econômicas para, a partir do exercício e suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, poder implementar as políticas públicas que conduzirão a Economia à direção pretendida pelo Estado.

Em alinhamento aos preceitos constitucionais econômicos, foi instituído no final do século XX o Programa Nacional de Desestatização (PND), visando transferir à iniciativa privada a exploração de atividades econômicas até então sob a responsabilidade do Estado e que não se enquadrariam nos requisitos previstos no art. 173 da Constituição. Visando garantir o sucesso na abertura dos diversos

mercados à livre competição bem como a estruturação de um regramento próprio dos respectivos setores, foi adotado o modelo norte-americano de regulação setorial, por meio das chamadas agências reguladoras. Para que possam desempenhar adequadamente suas atribuições, essas entidades, estruturadas juridicamente sob a forma de autarquia, são dotadas de autonomia administrativa e financeira, ou, conforme ensinamentos do ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado (1999, p.4), uma “autonomia estrutural, autonomia institucional, onde poderá exercer as suas atividades dentro de um regime, de uma postura gerencial, quebrando por inteiro aquela postura até então existente na Administração Pública brasileira que é a postura burocrática”.

Sob outro prisma, porém ainda sob a égide dos preceitos constitucionais econômicos, cabe também ao Estado defender a livre concorrência, reprimindo o abuso do poder econômico como forma de garantir a eficiência econômica, a justa liberdade de iniciativa e os direitos dos consumidores. No Brasil, este papel compete ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), sobretudo ao seu Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a quem cabe julgar, na esfera administrativa, atos de concentração e supostas condutas anticompetitivas dos agentes econômicos de todos os setores da Economia, inclusive nos mercados regulados. Isto se justifica pelo de que, mesmo quando há atuação estatal regulando e controlando aspectos econômicos relevantes, sempre há certa margem de discricionariedade dos agentes econômicos o que pode permitir a adoção de condutas anticompetitivas.

Nos mercados regulados, portanto, há a coexistência de duas entidades estatais com prerrogativas de interferência na atividade econômica: de um lado, a agência reguladora, responsável por garantir, para um determinado setor, um ambiente concorrencialmente equilibrado e economicamente eficiente; e de outro lado, a autoridade antitruste, responsável por propiciar um ambiente de livre concorrência em todos os setores da Economia, por meio da repressão ao abuso de poder econômico e condutas anticompetitivas e do controle de estruturas de mercado. Um modelo eficiente de atuação estatal pressupõe a atuação coordenada e integrada das referidas entidades, as quais, em que pese suas especificidades e objetivos institucionais imediatos, possuam como objetivo comum o interesse coletivo e o atendimento dos fundamentos e valores da ordem econômica constitucional.

Tendo como objeto de estudo o setor de telecomunicações, este trabalho buscou avaliar o nível de coerência na atuação entre as autoridades antitruste e reguladora brasileira na defesa da concorrência, a partir da análise dos seus posicionamentos em atos de concentração do segmento de telefonia (fixo e móvel), no período compreendido entre 1997 a 2016, isto é, desde a instituição do novo marco regulatório das telecomunicações no Brasil e a consequente criação da ANATEL, até os dias atuais.

A análise dos atos de concentração objeto deste estudo indicaram, de uma forma geral, uma tendência a posicionamentos convergentes entre o CADE e a ANATEL no tocante aos principais riscos concorrenciais das operações. As duas entidades atuam de forma ordenada, demonstrando verdadeira preocupação com a unicidade da manifestação estatal, visando fortalecer o seu papel de regulador e fiscalizador da Economia e, ao mesmo tempo, proporcionar segurança jurídica e previsibilidade aos administrados.

De uma forma geral, os processos são conduzidos em estrita observância às regras e limites preconizados pelas leis processuais aplicáveis (notadamente a LGT e a Lei de Defesa da Concorrência), havendo atualmente uma ordem única obrigatória de encaminhamento de demandas relacionadas a atos de concentração, que se inicia pela ANATEL e se encerra quando do julgamento da operação pelo Tribunal Administrativo do CADE. A esse respeito, pode-se entender a análise realizada pela agência reguladora como um primeiro juízo de admissibilidade da demanda, em que são verificados inicialmente o atendimento às exigências regulatórias e, em sequência, são analisados – em caráter *preliminar* e com finalidade *instrutória* – os principais aspectos concorrenciais envolvidos no negócio. Diz-se *preliminar* porque a análise sob a ótica concorrencial será complementada e aprofundada pelos órgãos técnicos da própria autoridade antitruste, tais como a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos; e *instrutória* porque o parecer emitido pela ANATEL compõe o arcabouço técnico utilizado pelo Tribunal Administrativo do CADE para subsidiar as deliberações acerca dos processos *sub judice*.

Quanto à adequação dos posicionamentos do CADE e da ANATEL à realidade do setor de telecomunicações, especialmente em relação às frequentes evoluções tecnológicas e às chamadas convergências (tecnológicas e de serviços), percebe-se a predominância de um certo conservadorismo. Sob o ponto de vista da

ANATEL, isto ocorre em virtude da vinculação de seus posicionamentos às disposições regulamentares vigentes, as quais, em algumas situações, estão defasadas e descoladas da realidade do setor, cujas constantes mudanças tecnológicas e mercadológicas não têm sido alcançadas a tempo pela regulação tradicional. Sob a ótica do CADE, por outro lado, existe a tendência a acompanhar o posicionamento da ANATEL, ainda que a autoridade antitruste sinalize a existência de lacunas regulamentares e questione alguns entendimentos emanados pela agência, na tentativa de se evitar imprevisibilidades e insegurança jurídica no processo, ou, em casos extremos, a própria judicialização das divergências entre entidades, o que certamente afetaria a credibilidade das referidas instituições e do sistema concorrencial-regulador como um todo.

Esse esforço de uniformização de entendimentos por parte das duas autoridades, apesar dos benefícios no curto prazo – garantia de julgamentos harmoniosos – não estimula a discussão mais abrangente sobre as limitações regulatórias e nem motiva a cobrança por parte da sociedade e dos agentes econômicos de ações concretas por parte da ANATEL – em seu papel regulador – e do Poder Legislativo. Destarte, percebe-se que o hiato normativo que tem se formado ao longo dos anos (e com perspectiva de aumento à medida que se intensificam as inovações tecnológicas) não tem sido tratado adequadamente pelas autoridades normativas, o que pode vir a causar sérios impactos concorrenciais aos diversos mercados relevantes (cuja própria delimitação já nem se pode mais precisar) do setor de telecomunicações.

Como proposta, este estudo sugere a adoção de medidas imediatas e mediatas, sempre por meio da atuação integrada entre o CADE e a ANATEL. De forma imediata, cabe às autoridades abordarem as limitações regulatórias de forma ampla e irrestrita, tentando conscientizar os diversos públicos de interesse acerca da importância do tema e dos potenciais impactos prejudiciais aos negócios e ao ambiente concorrencial em geral. De forma mediata, sugere-se a celebração de um Acordo de Cooperação Técnica entre estas instituições, de modo a desenvolver sinergias, tais como compartilhamento de informações, promoção de intercâmbios, realização conjunta de pesquisas e projetos técnicos e, especialmente, a elaboração de propostas de atualização das normas setoriais, de modo a propiciar uma regulação cada vez mais eficiente do setor de telecomunicações, aliada à promoção dos princípios concorrenciais consagrados na Constituição.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). **Setor Regulado**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/setorregulado/>>. Acesso em 09 abr. 2016.

_____. **Portaria nº 1.533**, de 4 de novembro de 1996. Aprova a Norma Geral de Telecomunicações nº 20/1996 - Serviço Móvel Pessoal, na forma do Anexo a esta Portaria.

_____. **Sistema Eletrônico de Informações**. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em 20 mar. 2016.

ANDRADE DE ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho. **O Controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras**. 2007. 154f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

ALMEIDA, Monica Piccolo. **Programa Nacional de Desestatização do Governo Collor: Uma Leitura Gramsciana**. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/polis/files/texto_10.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Competências antitruste e regulações setoriais**. Revista do IBRAC. São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição e ordem Econômica e Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador,

Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 15 mar.2016.

BATISTA, Ciro Antônio Seabra. **Regulação e concorrência no Brasil: complementaridade, conflitos e competência nas leis das agências reguladoras e na lei antitruste**. 2011. 34f. Artigo (Especialização em Controle da Regulação) - Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Brasília, 2011.

BATISTA, Paulo. **O Consenso de Washington. A visão neoliberal dos problemas latino-americanos**. Programa Educativo Dívida Externa – PEDEX, Caderno Dívida Externa, nº 6. 2ª ed. São Paulo, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

_____. **Lei nº 8.884**, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

_____. **Lei nº 9.295**, de 19 de julho de 1996. Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências.

_____. **Lei nº 9.472**, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

_____. **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

_____. **Decreto nº 2.534**, de 2 de abril de 1998. Aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público.

_____. **Decreto nº 4.733**, de 10 de junho de 2003. Dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações e dá outras providências.

_____. **Decreto nº 6.654**, de 20 de novembro de 2008. Aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público.

CARAZZA DOS SANTOS, Bruno. **Regulação e defesa da concorrência são realmente instrumentos complementares de política pública? Considerações sobre a experiência recente no setor de telecomunicações norte-americano, europeu e brasileiro**. Revista do IBRAC. São Paulo, IBRAC, ano 14, n. 2, 2007, pp. 11/36.

CHINAGLIA, Olavo Zago. **Anatel x Cade: Convergência institucional**. In CADE Informa n. 19. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/news/n019/artigo.htm>>. Acesso em 24 abr.2016.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (CADE). **Histórico do Cade**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>>. Acesso em 30 mar. 2016.

_____. **Cartilha do Cade**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf/view>>. Acesso em 08 mai. 2016.

_____. **Relatório de Gestão do Exercício de 2015.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2015/relatorio-de-gestao-2015-final.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

_____. **Regimento Interno**, estabelecido pela Resolução nº 08, de 1º de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/ricade-sem-marcas_01_out_2014_final-res-8-1.pdf/view>. Acesso em: 13 abr. 2016.

_____. **Sistema Eletrônico de Informações.** Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em 28 fev. 2016.

CONSIDERA, Cláudio, FRANCO, Francisco de Assis Leme. **O modelo brasileiro de telecomunicações: Aspectos concorrenciais e regulatórios.** Disponível em: <www.seae.fazenda.gov.br>. Acesso em: 18 mar.2016.

CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. **Delimitação das competências entre órgãos antitruste e agências reguladoras: a (in)aplicabilidade da state action doctrine e da pervasive power doctrine à realidade brasileira.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51120&seo=1>>. Acesso em: 24 maio 2016.

CHRISTIANO, LÉO. **EMBRATEL - Interligando o Brasil ao Infinito: memória histórica da EMBRATEL.1965/1997.** Editorial, 1998.

DELGADO, José Augusto. **Agências Executivas, Agências Reguladoras e Organizações Sociais: natureza jurídica, características, distinções e atribuições destes novos entes: contratos de gestão conferindo maior**

autonomia gerencial, orçamentária e financeira. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/17139/Ag%C3%AAncias_Executivas_Ag%C3%AAncias.pdf>. Acesso em: 4 mai. 2016.

DIAS, Luciano Nendza. **O papel das agências reguladoras no Brasil.** 2010. 52f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2010.

FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS, M. L. **Defesa da concorrência e regulação de setores de infraestrutura em transição.** In: POSSAS, M. L. (Coord.). Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2002.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial: as telecomunicações.** São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **Horizontal Merger Guidelines.** 2010. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/index.shtml>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

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

FONSECA, João Bosco Leopoldino da; CARMO, Aendria de Souza do. **A Defesa da Concorrência e a Concretização dos Princípios da Ordem Econômica Constitucional.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=80e888e0e8706954>> Acesso em: 03 mai. 2016.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GONÇALVES, Priscila Brolio. **Defesa da concorrência nos mercados de telefonia fixa local no Brasil: 10 anos de coexistência entre o diploma antitruste e a Lei Geral de Telecomunicações**. Revista do IBRAC. São Paulo, IBRAC, v. 15, n. 1, 2008, pp. 189/218.

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

MACIEL DE SOUSA, Marcio Miceli. **Reforma neoliberal e privatização da economia brasileira – Justificativas x Resultados: o Sistema Telebrás**. 2005. 87f. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2005.

MEDEIRO, Neuci Pimenta. **Aspectos Constitucionais da Intervenção do Estado na Economia**. 2011. 141f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Marília, Marília, 2011.

MENEGAT, Bruno. **As empresas prestadoras de serviço público na ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. 2014. 99f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **História da Telefonia**. Disponível em: <http://www.mc.gov.br/component/content/article/44-historia-das-comunicacoes/2246-3-historia-da-telefonia>> Acesso em: 16 abr. 2016.

MINISTÉRIO DA FAZENDA; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1 de agosto de 2001. Guia para análise de atos de concentração horizontal.** Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

NEGRÃO, João José. **Para conhecer o Neoliberalismo.** São Paulo: Publisher Brasil, 1998.

NOVAES, Ana. **Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil.** Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ocde/ocde05.pdf>. Acesso em: 06 mar.2016.

OCDE. **Lei de Política de Concorrência no Brasil – Uma revisão pelos pares.** 2010.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência.** São Paulo: Renovar, 2004.

OLIVEIRA JUNIOR, Marcio De. **Poder de Mercado.** Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/21SeminarioConcorrencia/Apresenta%C3%A7%C3%B5es/M%C3%A1rcio%20de%20Oliveira%20J%C3%BAnior.pdf>> Acesso em: 10 mai. 2016.

PASSOS, Celia Maria Oliveira. **Prática da Mediação na Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.** 2008. 223f. Dissertação (Mestrado em Direito e Sociologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2008.

PORTAL DA CONCORRÊNCIA, INFRAESTRUTURA, REGULAÇÃO E COMÉRCIO. **Pesquisa de Jurisprudência Administrativa e Artigos Técnicos.** Disponível em:

<<http://www.portalconcorrencia.com.br/browse/1998/Telecomunica%C3%A7%C3%B5es>> Acesso em: 30 mar. 2016.

PINHEIRO SAMPAIO, Patrícia Regina. **Regulação e Concorrência - A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. 1^o ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23^a ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SERVA, Maurício. **Análise de Empresas Privatizadas. O desafio da multidimensionalidade**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br>> Acesso em: 14 abr. 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3^a ed. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Henrique de Andrade. **Política Antitruste e Regulação da Concorrência no Brasil: um estudo sobre o setor de telecomunicações**. 2011. 177f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.

TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A. (TELEBRAS). **A Telebras e a Evolução das Telecomunicações: Histórico**. Disponível em: <http://www.telebras.com.br/inst/?page_id=41>. Acesso em: 21 fev. 2016.

VALERIO, Alexandre Scigliano. **Privatização no Brasil: evolução histórica, dados oficiais e críticas**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais nº 1 de 2008. Disponível em <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2008/01/-sumario?next=5>. Acesso em 10 abr. 2016.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Antitruste em setores regulados**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

VENTURA, Carla Aparecida Arena. **O Papel das Agências Reguladoras na Gestão dos Serviços Públicos: um Estudo de Caso da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL**. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/enanpad/2006/dwn/enanpad2006-apsa-2199.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2016.