

6

A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UM ESTUDO DA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE E CONFLITOS REGULATÓRIOS ENTRE CADE, BACEN E ANATEL NO SISTEMA ECONÔMICO BRASILEIRO.¹

The complex relationship between sectoral regulation and competition defense: A study of the relationship of complementarity and regulatory conflicts between Cade, Bacen and Anatel in the Brazilian Economic System.

Aderaldo Cavalcanti da Silva Júnior²

Universidade de Marília (UNIMAR) – Marília/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: no Brasil, o conflito entre a jurisdição concorrencial e regulatória ocorre devido à sobreposição de competências entre órgãos como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e agências reguladoras setoriais, como Anatel e Bacen. Enquanto o Cade é responsável pela promoção da concorrência e prevenção de práticas anticompetitivas, as agências reguladoras têm o papel de regulamentar e supervisionar setores específicos da economia. Essa dualidade pode gerar

Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 15/07/2024 **Aceito em:** 10/06/2025 **Publicado em:** 25/06/2025

2 Doutor e Pós doutorando em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa. Especialista em Direito Tributário, Direito Público, Direito Constitucional e Direito Concorrencial. Procurador do Município de João Pessoa. Atuou na Procuradoria Judicial em demandas estratégicas com atuações no Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho. Atualmente é lotado na Procuradoria Fiscal atuando no contencioso Tributário. Advogado. Autor de artigos jurídicos. Bacharel em Letras.

E-mail: aderaldocsj@gmail.com **Lattes:** <https://lattes.cnpq.br/5555755116686159> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-8032-0674>



conflitos de competência e decisões contraditórias, afetando a eficácia das políticas públicas e a segurança jurídica no mercado.

Objetivo: o objetivo deste artigo é analisar a coordenação e sobreposição de competências entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade e reguladores setoriais como o Banco Central do Brasil (Bacen) bem como a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), investigando como se dá essa interação e as implicações para os setores regulados. Busca-se identificar as principais áreas de sobreposição jurisdicional, avaliar os impactos dessas divergências na regulação e concorrência, e propor soluções para uma melhor coordenação interinstitucional, visando aprimorar a eficiência regulatória e a segurança jurídica no mercado.

Método: a metodologia deste artigo adota um enfoque qualitativo, fundamentado em fontes bibliográficas, análise de decisões judiciais e administrativas, e da legislação pertinente à regulação. O estudo examina a interseção das competências regulatórias da Anatel, Bacen e do Cade, utilizando como marco teórico as contribuições de Calixto Salomão sobre a teoria da regulação e concorrência.

Conclusões: a coexistência de jurisdição concorrencial e regulatória no Brasil evidencia a necessidade de maior coordenação e clareza nas atribuições dos órgãos envolvidos, além do fortalecimento dos acordos de cooperação já existentes. A falta de harmonização entre Cade e as agências reguladoras pode resultar em decisões conflitantes, comprometendo a eficiência regulatória e a competitividade dos mercados. Para superar esses desafios, é crucial promover a integração e cooperação interinstitucional, visando garantir uma abordagem mais coesa e eficiente na regulação econômica e na defesa da concorrência.

Palavras-chave: conflito de competência; jurisdição concorrencial; jurisdição setorial; Cade; Anatel.

STRUCTURED SUMMARY

Context: In Brazil, the conflict between competition and regulatory jurisdiction occurs due to the overlapping of competences between bodies such as the Administrative Council for Economic Defense (Cade) and sectoral regulatory agencies, such as Anatel and Bacen. While Cade is responsible for promoting competition and preventing anticompetitive practices, regulatory agencies have the role of regulating and supervising specific sectors of the economy. This duality can generate conflicts of jurisdiction and contradictory decisions, affecting the effectiveness of public policies and legal certainty in the market.

Objective: The objective of this article is to analyze the coordination and overlapping of competencies between the Administrative Council for Economic Defense (Cade) and sectoral regulators such as the Central Bank of Brazil (Bacen) as well as the National Telecommunications Agency (Anatel), investigating how this interaction occurs and the implications for the regulated sectors. It seeks to identify the main areas of jurisdictional overlap, assess the impacts of these divergences on regulation and competition, and propose solutions for better interinstitutional coordination, aiming to improve regulatory efficiency and legal certainty in the market.

Method: The methodology of this article adopts a qualitative approach, based on bibliographic sources, analysis of judicial and administrative decisions, and legislation relevant to regulation. The study examines the intersection of the regulatory competencies of Anatel, Bacen and Cade, using as a

theoretical framework the contributions of Calixto Salomão on the theory of regulation and competition.

Conclusions: The coexistence of competition and regulatory jurisdiction in Brazil highlights the need for greater coordination and clarity in the attributions of the agencies involved, in addition to the strengthening of existing cooperation agreements. The lack of harmonization between Cade and regulatory agencies can result in conflicting decisions, compromising regulatory efficiency and market competitiveness. To overcome these challenges, it is crucial to promote inter-institutional integration and cooperation, aiming to ensure a more cohesive and efficient approach to economic regulation and competition defense.

Keywords: conflict of jurisdiction; competition jurisdiction; sectoral jurisdiction; Cade; Anatel.

Classificação JEL: K2, L5

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Regulação e antitruste – a interrelação e o conflito de competências*; 2.1. *Teoria da ação política (state action doctrine)*; 2.2. *Teoria do poder amplo (persuasive power doctrine)*; 3. *Regulação setorial e defesa da concorrência – Formas de interação*; 4. *Da relação de complementariedade entre as competências do Cade e Anatel*; 5. *O conflito de competências Cade e Anatel – O caso Embratel x Telesp*; 6. *O acordo de Cooperação Técnica 03/2020 entre Cade e Anatel*; 7. *O conflito de competência entre o Cade e Bacen – Caso Bradesco e Banco de Crédito Nacional*; 8. *Da relação de complementariedade entre Cade e Bacen – O caso Itaú Unibanco e a XP investimentos*; 9. *O memorando de entendimentos entre o Cade e o Bacen*; 10. *Considerações finais; Referências*

1 INTRODUÇÃO

Este estudo, ao abordar o conflito de competências e a relação de complementariedade entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), investigará a interação entre a regulação setorial e a defesa da concorrência no Brasil. A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, baseando-se em fontes bibliográficas, decisões administrativas e judiciais, além da legislação pertinente. O método utilizado permitirá a análise aprofundada das sobreposições de competências entre esses órgãos, com foco nos acordos e memorandos de cooperação firmados entre eles, como o Memorando de Entendimentos de 2018 entre o Bacen e o Cade e o Acordo de Cooperação Técnica (ACT) de 2020 entre a Anatel e o Cade.

Na primeira parte, é abordada a relação entre regulação setorial e a defesa da concorrência, com destaque para a teoria da ação política (*State Action Doctrine*) e a teoria do poder amplo (*Pervasive Power Doctrine*), que ajudam a compreender como as competências podem ser alocadas entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência.



A segunda parte trata das formas de interação entre a regulação setorial e a defesa da concorrência, destacando o desafio de coordenação entre autonomia e hierarquia das agências reguladoras. Discute-se também como as delegações de competência podem afetar a capacidade de controle das agências envolvidas.

A terceira parte foca na complementaridade entre as competências do Cade e da Anatel, utilizando o caso Embratel x Telesp como exemplo prático de conflitos de competência. Também se explora o ACT nº 3/2020 como um marco para reduzir esses conflitos e promover a cooperação entre os órgãos.

Na quarta parte, o conflito de competência entre Cade e Bacen é examinado através do caso Bradesco e Banco de Crédito Nacional, bem como do caso Itaú Unibanco e XP Investimentos. São discutidas as implicações dessas interações para o mercado financeiro e como o Memorando de Entendimentos de 2018 entre o Cade e o Bacen busca mitigar esses conflitos.

Por fim, a quinta parte apresenta as considerações finais, propondo uma maior clareza normativa e o fortalecimento dos acordos de cooperação como soluções para os desafios enfrentados na coordenação entre os órgãos reguladores e o Cade.

2 REGULAÇÃO E ANTITRUSTE - A INTERRELAÇÃO E O CONFLITO DE COMPETÊNCIAS

O presente ponto tem por objetivo relacionar a atividade regulatória do Estado e a sua atuação no combate aos ilícitos anticoncorrenciais, ou seja, o antitruste. Verificando até que ponto o primeiro pode substituir o segundo ou se o segundo pode substituir o primeiro.

A Constituição Federal (CF) deixa claro que o Estado pode atuar de três formas possíveis no âmbito econômico. Dos art. 173 e 174 da CF depreende-se que o Estado pode atuar como agente direto da atividade econômica, agente fiscalizador do exercício desta atividade pelos particulares e, finalmente, como agente normativo (Brasil, 1988).

Neste tópico, o que mais interessa é a atuação do Estado como agente fiscalizador e normativo. Segundo Calixto Salomão:

Essa relação entre poder regulamentar e direito antitruste tem sido recorrentemente discutida na casuística norte-americana. Duas tendências jurisprudenciais paralelas destacam-se, cada qual ligada a importantes eventos da história política daquele país. Seu estudo é importante antes por consideração pragmática que por convicção política (Salomão Filho, 2021, p. 237).

Sobre essa questão, surgirem duas teorias que passaremos a expor nos tópicos seguintes.

2.1. Teoria da ação política (*state action doctrine*)

A primeira teoria surge da influência direta do próprio federalismo americano, que, ao atribuir relevante nível de autonomia aos Estados membros, frequentemente coloca em choque a autonomia estadual com a regulamentação antitruste de competência federal. Isto quer dizer que, como não há

uma competência para fins de regulação econômica privativa da União, os Estados podem legislar em termos de regulação econômica. É a partir daí que podem surgir conflitos entre a competência regulatória dos Estados americanos e a competência antitruste de competência da União Federal (Salomão Filho, 2021, p. 237).

A Teoria da Ação Política (*State action doctrine*) tem como maior formulação o caso *California Retail Liquor Dealers Association vs Midcal Aluminium Inc. (Midcal)*, em que se estabeleceram dois critérios básicos para determinar se a regulamentação estadual conferia, ou não, imunidade à aplicação do direito antitruste.

Conforme a teoria da ação política, criada a fim de resolver o conflito de competência entre agências estaduais e federais, para que a competência concorrencial federal seja afastada, é necessário que (I) o Estado claramente articule e afirmativamente expresse seu desejo de substituir o processo competitivo por alguma forma de regulação e que (II) a conduta seja supervisionada de forma ativa por agência competente, ou seja, que além de instituir uma regulação, que haja fiscalização desta (Vilanova; Tafaro, 2020).

Trazendo para o caso brasileiro, pode-se observar que no sistema nacional o afastamento das normas de direito antitruste, ou seja, uma isenção à aplicação deste direito ocorreria quando um Estado membro brasileiro permitisse a alguém a exploração de um serviço público mediante Concessão Pública.

Para Calixto Salomão, apenas a concessão permite, de um lado, pressupor a existência de interesse em substituição do sistema concorrencial (exatamente por se aplicar ao exercício de serviços públicos pelo particular que não se sujeita ao regime concorrencial) e, de outro, confiar na existência de poderes suficientes por parte da Administração de supervisionar ativamente o cumprimento das obrigações previstas no texto regulamentar (Salomão Filho, 2021, p. 239).

Nesse sentido, assim fez o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando do julgamento do REsp 1.390.875/RS, de relatoria do Min. Napoleão Nunes, que deu provimento ao especial por entender pela inexistência de cartel em razão da aplicação da *state action doctrine*:

1. O mercado de GLP - gás liquefeito de petróleo - tinha seu preço tabelado pelos órgãos reguladores competentes no período em que se alega a formação de cartel por parte das distribuidoras, o que afasta a possibilidade de punição delas.

[...]

3. No caso, não há dúvidas de que se está diante de um mercado regulado, o de distribuição de GLP, que seria imune, portanto, ao controle do órgão antitruste, pois facilmente se verifica que: (i) o CNP aprovou a implantação de mercado de empresas que tinha como objetivo organizar a distribuição do GLP, facilitar a sua fiscalização, evitar a proliferação de revendedores clandestinos e propiciar melhores condições de segurança ao consumidor; e (ii) o Sistema Integrado de Abastecimento era elaborado pelo próprio órgão regulador, sendo mensalmente auditado pelo DNC (Departamento Nacional de Combustíveis). Assim, está claro que a regulação servia a uma política pública, era imposta às empresas reguladas e supervisionadas pelo órgão competente.



4. Nos casos em que é o próprio Estado que excepciona a livre concorrência - como ocorre no caso dos autos, no qual foi imposto um tabelamento de preços às empresas - exsurge a importância de a autoridade antitruste exercer a chamada advocacia da concorrência (*competition advocacy*) ou educativa (Brasil, 2015, p. 7).

Por outro lado, há apenas um caso de imunidade ao direito concorrencial. Isto porque o §1º do art. 174 da CF prevê que “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” (Brasil, 1988). Como o regime de planejamento implica em intervenção direta do Estado de modo a impor metas aos órgãos governamentais e empresas estatais ou de economia mista, o comportamento do setor público é, portanto, imune ao direito concorrencial.

Segundo Salomão:

Há imunidade em um único caso. Trata-se da hipótese de planejamento econômico impositivo, prevista no art. 174 da CF. Esse dispositivo, como já discutido, é incompatível com o conceito de regulação, por uma razão muito simples: o planejamento ordena meios e fins da atividade econômica (Salomão Filho, 2021, p. 242).

Salvo essa hipótese específica, inexistente imunidade concorrencial. A Lei nº 12.529/2011, em seu art. 31, expressamente submete ao regime antitruste todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal (Brasil, 2011).

Portanto, segundo Calixto Salomão (2021), a imunidade concorrencial só ocorre no caso previsto no art. 174 da CF, em que ao Estado competirá regular tarifas, qualidade do serviço e a própria entrada e saída de agentes do mercado, além de, via de regra, atribuir essa função (e também a de fiscalização) a um só agente econômico, criando-se, assim, um monopólio em determinada atividade econômica (objeto, a princípio, combatido pelo direito antitruste).

Por fim, é importante distinguir entre a isenção da jurisdição concorrencial e a imunidade antitruste. A isenção da jurisdição concorrencial refere-se a situações específicas e, muitas vezes, temporárias, sendo tratada de forma mais flexível do ponto de vista legislativo, uma vez que se baseia em normas infraconstitucionais. Já a imunidade antitruste, por outro lado, é uma condição permanente e mais rígida, tendo base diretamente na CF.

2.2 Teoria do poder amplo (*persuasive power doctrine*)

A segunda teoria, também chamada de *persuasive power*, trata da relação entre órgãos de regulação e órgãos de aplicação do direito antitruste, tem origem quando do conflito entre agências regulatórias e anti-concorrenciais americanas. Trata-se de verificar em que hipóteses a atribuição de competência a uma agência federal dotada de poderes regulamentares afasta a aplicação do direito antitruste (Salomão Filho, 2021, p. 239).

Segundo Roberto Domingos Taufick

A doutrina pervasive power restringe o afastamento da norma concorrencial a apenas dois casos. Na primeira hipótese, o poder regulatório substituiria a concorrência (poder extenso). No segundo, o poder atribuído à agência reguladora incluiria (mas

não afasta) a análise concorrencial (poder profundo). Segundo o autor, a ausência do requisito da supervisão ativa na doutrina pervasive power, apontada no parágrafo anterior, demonstraria a maior confiança da Suprema Corte na atuação das agências reguladoras federais. Contudo, considerando que a presunção quanto à supervisão ativa pelas agências federais é relativa (iuris tantum), as análises de substituição da concorrência pela regulação, segundo as teorias state action e pervasive power, terminam, em última instância, por se equivaler (Taufick, 2009, p. 79).

Calixto Salomão explica que:

A segunda tendência manifesta-se na análise das competências regulamentares das agências governamentais americanas. Não se trata, portanto, de discutir a competência de Estados Federados para excluir a aplicação do direito antitruste. Trata-se, isto sim, - de verificar em que hipóteses a atribuição de competência a uma agência federal dotada de poderes regulamentares afasta a aplicação do direito antitruste (Salomão Filho, 2021, p. 239).

Segundo o autor, dois são os casos em que é possível afastar a competência das agências governamentais encarregadas da aplicação do direito antitruste. Em ambos, o poder conferido à agência governamental deve ser amplo o suficiente para afastar a competência de qualquer outro órgão (Salomão Filho, 2021, p. 240).

As hipóteses são (I) o poder de um dos órgãos é extenso e profundo o suficiente que há uma clara substituição do órgão de aplicação antitruste pela competência regulatória e, ainda, (II) que o poder conferido à agência seja amplo o suficiente para afastar a competência de qualquer outro órgão ou denso o suficiente de modo que a própria agência disponha da competência concorrencial. Ou seja, malgrado o órgão regulador não possua extensão suficiente de poderes para afastar a atuação do órgão anticoncorrencial, o seu poder é profundo o suficiente para fazê-lo (Vilanova; Tafaro, 2020).

Sobre a profundidade de poderes do órgão regulador exigida pela teoria do Poder Amplo, Salomão aduz que:

A análise da profundidade dos poderes estatais põe em realce um aspecto muito importante. A profundidade, ao contrário da extensão, não pode ser determinada de maneira eficaz sem a verificação da atuação efetiva da referida agência ou órgão. As competências são geralmente estabelecidas em termos genéricos, sem especificar as matérias que devem ser levadas em consideração na aplicação da lei. Dessa maneira, para saber se os efeitos sobre o mercado são realmente considerados é necessário analisar a atuação pretérita do órgão. Ao critério formalístico da competência adiciona-se, portanto, o critério da efetividade da atuação (Salomão Filho, 2021, p. 249).

Nessa hipótese, em virtude da profunda capacidade técnica que o órgão regulador possui, já está inclusa também a competência de aplicação ao direito antitruste ao próprio órgão regulador e não ao órgão anticoncorrencial.



3 REGULAÇÃO SETORIAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA - FORMAS DE INTERAÇÃO

A promoção de um mercado justo e competitivo é fundamental para o desenvolvimento econômico e social de qualquer país. Nesse contexto, os órgãos de defesa da concorrência, também conhecidos como órgãos antitruste, e os órgãos de regulação setorial desempenham papéis cruciais. Enquanto os primeiros se concentram na prevenção e combate a práticas anticoncorrenciais, os últimos focam na regulação e supervisão de setores específicos da economia, garantindo a prestação de serviços essenciais de forma eficiente e justa (Kato, 2011, p. 67).

Os órgãos de defesa da concorrência, como o Cade no Brasil, têm a missão de garantir a livre concorrência no mercado. Eles atuam preventivamente, analisando fusões e aquisições para evitar a formação de monopólios e oligopólios que possam prejudicar os consumidores e a economia. Além disso, investigam e punem práticas anticoncorrenciais, como cartéis e abuso de posição dominante, assegurando que as empresas concorram de maneira justa e beneficiem os consumidores com melhores preços, qualidade e inovação (Brasil, 2011).

Por outro lado, os órgãos de regulação setorial, como a Anatel e o Bacen, são responsáveis por regular e supervisionar setores específicos da economia que, devido à sua natureza, requerem um controle mais direto e detalhado. Esses setores geralmente envolvem serviços públicos essenciais, como energia, telecomunicações e transportes. A regulação setorial visa garantir a prestação de serviços de qualidade, a preços justos, e promover a universalização do acesso a esses serviços, além de incentivar a eficiência e a inovação.

A interação entre os órgãos antitruste e os órgãos de regulação setorial é fundamental para assegurar que os mercados funcionem de maneira equilibrada. Enquanto os reguladores setoriais garantem que as empresas atuem conforme as normas específicas de cada setor, os órgãos de defesa da concorrência garantem que essas empresas não adotem práticas que distorçam a competição. Essa interação pode ser desafiadora, pois requer uma coordenação efetiva para evitar sobreposições de competências e conflitos de jurisdição.

Um exemplo prático dessa interação é observado no setor de energia. A Aneel regula as atividades das empresas de energia, estabelecendo tarifas, normas de qualidade e metas de universalização. Simultaneamente, o Cade atua para prevenir práticas anticoncorrenciais que possam surgir nesse mercado, como a formação de cartéis em licitações de energia ou abusos de posição dominante por parte de grandes empresas. Essa sinergia é essencial para promover um ambiente de negócios saudável e competitivo, que beneficie tanto os consumidores quanto a economia como um todo.

Partindo do pressuposto de que as agências de defesa da ordem econômica (antitruste), atuam de forma *ex post*, ou seja, é reacionária. Seja na análise de atos de concentração, seja na apuração de condutas anticoncorrenciais, sua competência surge apenas em decorrência de determinado caso concreto. Não há, como na regulação setorial, publicação de normas disciplinando o comportamento de determinados agentes de um mercado específico. A intervenção é sempre pontual e direcionada aos agentes envolvidos no caso em análise (Kato, 2011, p. 67).

Considerando também que o órgão regulador setorial tem por objetivo implantar determinadas condições de mercado em um setor específico da economia para garantir condições

de acesso, qualidade da prestação de serviços, reprimir abusos, etc., significa dizer que ele atua em substituição aos mecanismos naturais daquele mercado, criando um sistema de mercado artificial, que supre as falhas existentes neste setor. A atuação é essencialmente *ex ante*, no estabelecimento de normas aplicáveis a todos os participantes daquele mercado, e complementarmente *a posteriori* – na fiscalização e controle do cumprimento dessas normas (Kato, 2011, p. 65-67).

Com base nessa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência, Gesner Oliveira, Bruno Werneck e Eduardo Luiz Machado (2004) definiram um critério para a divisão de tarefas entre os reguladores setoriais e as autoridades de defesa da concorrência. Encontram-se, em seguida, quatro opções em termos da relação entre defesa da concorrência e regulação setorial:

Para ilustrar seu esquema, os autores distinguem entre três funções:

- Regulação Técnica (RT): estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotados pelos agentes privados de um setor regulado.
- Regulação Econômica (RE): estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens e/ou serviços regulados.
- Lei de Concorrência (LC): a principal peça legal do ordenamento jurídico do país que disciplina a livre concorrência (Oliveira; Werneck; Machado, 2004, p. 79).

Num cenário de isenção antitruste, as Agências Reguladoras (AR) aplicam a legislação de defesa da concorrência, com a legislação específica prevalecendo sobre qualquer comando geral da lei antitruste. Nesse caso, a AR desempenha as três tarefas mencionadas anteriormente, enfatizando os aspectos regulatórios e deixando pouco ou nenhum espaço para a atuação da autoridade de defesa da concorrência (AC). Pode-se até conceber situações em que a lei de concorrência não se aplica (Oliveira; Werneck; Machado, 2004, p. 79).

Imagem 1 - Possíveis configurações institucionais – Modelo 1 (Isenção Antitruste)

| | LC | RT | RE |
|----|----|----|----|
| AC | — | — | — |
| AR | × | × | × |

Fonte: Oliveira, Werneck, Machado (2004, p. 79).

Num segundo cenário, o de competências concorrentes, tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto as agências reguladoras possuem a competência para aplicar sanções antitruste e estabelecer normas de regulação econômica. Nesse contexto, ambas as entidades compartilham a responsabilidade de assegurar a aplicação das leis de defesa da concorrência e de criar regulamentos que orientem o comportamento econômico das empresas dentro de seus respectivos setores (Oliveira; Werneck; Machado, 2004, p. 79).

Essa dualidade de competências pode resultar em uma colaboração mútua, onde as autoridades de defesa da concorrência e as agências reguladoras trabalham em conjunto para garantir um ambiente econômico justo e competitivo, aplicando sanções quando necessário e desenvolvendo

normas regulatórias que promovam a eficiência e a proteção dos consumidores, porém também pode dar ensejo a conflitos de competência.

Imagem 2 - Possíveis configurações institucionais – Modelo 2 (Competências Concorrentes)

| | LC | RT | RE |
|----|----|----|----|
| AC | × | — | — |
| AR | × | × | × |

Fonte: Oliveira, Werneck, Machado (2004, p. 80).

Num terceiro cenário, um cenário de competências complementares, as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Existe uma clara divisão de trabalho, na qual a Agência Reguladora se responsabiliza exclusivamente pelas tarefas de regulação técnica e econômica. Esta agência se dedica à elaboração e implementação de normas e regulamentos específicos que orientam e supervisionam o comportamento dos agentes econômicos em seu setor de atuação (Oliveira; Werneck; Machado, 2004, p. 80).

Paralelamente, a autoridade de defesa da concorrência se concentra exclusivamente na aplicação da lei antitruste enquanto a autoridade regulatória se concentra na regulação do setor. Dessa forma, cada entidade opera dentro de um âmbito claramente definido, permitindo que a Agência Reguladora e a autoridade de defesa da concorrência trabalhem de maneira complementar, sem conflitos de competência. Isso garante uma abordagem mais eficiente e focada, na qual a regulação técnica e econômica é tratada separadamente da aplicação das normas antitruste, proporcionando uma estrutura regulatória mais robusta e organizada.

Imagem 3 - Possíveis configurações institucionais – Modelo 3 (Competências Complementares)

| | LC | RT | RE |
|----|----|----|----|
| AC | × | — | — |
| AR | — | × | × |

Fonte: Oliveira, Werneck, Machado (2004, p. 80).

Num quarto cenário de regulação antitruste, a autoridade de defesa da concorrência assume a responsabilidade de aplicar tanto a lei antitruste quanto as regulações técnica e econômica. Trata-se de um caso simétrico ao primeiro cenário, em que a maior ênfase recai tipicamente sobre a legislação antitruste, limitando a regulação técnica e econômica ao mínimo necessário (Oliveira; Werneck; Machado, 2004, p. 80).

Nesse arranjo, a autoridade de defesa da concorrência não apenas monitora e intervém em práticas comerciais anticompetitivas, mas também estabelece e implementa normas regulatórias que orientam o funcionamento dos mercados. A prioridade dessa abordagem é garantir que as leis de concorrência sejam rigorosamente aplicadas para promover um ambiente de mercado justo e competitivo.

Ao mesmo tempo, a regulação técnica e econômica é realizada de forma mais restrita, focando apenas nos aspectos essenciais para complementar a aplicação da lei antitruste.

Imagem 4 - Possíveis Configurações Institucionais – Modelo 4 (Regulação Antitruste)

| | LC | RT | RE |
|----|----|----|----|
| AC | × | × | × |
| AR | — | — | — |

Fonte: Oliveira, Werneck, Machado (2004, p. 81).

Em resumo, nesse quarto cenário, a autoridade de defesa da concorrência desempenha um papel abrangente, equilibrando a aplicação rigorosa das leis antitruste com uma regulação técnica e econômica mínima, mas essencial, para garantir um ambiente competitivo e eficiente.

4 DA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIEDADE ENTRE AS COMPETÊNCIAS DO CADE E ANATEL

Neste tópico, discutiremos os arranjos normativos que permitem uma atuação complementar entre a Anatel e o Cade. Inicialmente, é essencial destacar que, por vontade do legislador as competências das agências reguladoras não são uniformemente distribuídas. Por exemplo, embora a Agência Nacional do Petróleo (ANP) não exerça a função de reguladora da concorrência - atribuição exclusiva do Cade -, ela tem o dever de comunicar ao Cade qualquer indício de infração à ordem econômica, conforme o art. 10 da Lei nº 9.478/1997 (Brasil, 1997b). Já no caso da Anatel, a situação é um pouco mais complexa e envolve certas particularidades.

No setor de telecomunicações, a Anatel possui competências legais para atuar no controle, prevenção e repressão de infrações econômicas, ressalvadas aquelas que são de competência do Cade (art. 19, XIX, da Lei nº 9.472, de 16/07/1997, e art. 16, XX, do Anexo I ao Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997). Esta legislação, entretanto, não define claramente a divisão de competências entre a Anatel e o Cade. Essa falta de clareza levou à criação de uma Comissão para Cooperação Institucional entre Cade e Anatel, estabelecida pela Portaria Conjunta Cade/Anatel-1 de 01/07/1998, ainda sob a vigência da Lei nº 8.884/1994.

A definição das funções da Anatel foi posteriormente detalhada pela Resolução Anatel 195, de 07/12/1999, que aprovou a Norma 7/1999 (modificada pela Resolução 393, de 22/02/2005). Esta atribuiu à Anatel a competência para instruir processos, função anteriormente desempenhada pela

Secretaria de Defesa Econômica (SDE). Com a promulgação da Lei nº 12.529/2011 e a subsequente extinção da SDE, houve uma reconfiguração desse cenário.

Atualmente, no que tange ao controle das estruturas, o art. 7º, § 2º da Lei nº 9.472/1997, alterado pela Lei nº 13.848/2019, estabelece que os atos de concentração no setor de telecomunicações devem ser submetidos ao Cade (Brasil, 2019). Conforme a nova lei antitruste, a Anatel e outras agências reguladoras têm o direito de interpor recursos contra a aprovação de atos de concentração econômica (art. 65, I da Lei nº 12.529/2011) (Brasil, 2011).

No que concerne ao controle de condutas anticoncorrenciais, a Anatel, assim como outras agências reguladoras, tem a competência de prestar assistência e colaboração ao Cade, incluindo a elaboração de pareceres técnicos (art. 9º, § 3º da Lei nº 12.529/2011), bem como de requerer a instauração de inquéritos ou processos administrativos (art. 6º da Lei nº 12.529/2011) (Brasil, 2011).

Consequentemente, o novo marco normativo resultou na revogação da Resolução Anatel 195/1999 e de outras resoluções que foram implicitamente revogadas ou caducaram. Assim, há um significativo entrelaçamento das competências da Anatel e do Cade em termos de regulação e defesa econômica. Isso implica não apenas na inafastabilidade da competência do Cade para apreciar atos já submetidos aos órgãos reguladores setoriais, mas também na possibilidade de existirem normas e entendimentos divergentes entre o Cade e o regulador setorial. As perspectivas analíticas de cada órgão sobre um mesmo fato são distintas, refletindo os interesses públicos em jogo: ao regulador setorial cabe uma visão específica e ao regulador geral, uma visão abrangente.

Apesar de serem indesejáveis para o sistema, é compreensível a existência de decisões contraditórias e normas que podem conflitar com os princípios da livre concorrência. No entanto, com o intuito de mitigar esses conflitos, o Cade e a Anatel têm buscado delimitar explicitamente os limites de suas competências, promovendo uma atuação coordenada entre ambas as agências.

5 O CONFLITO DE COMPETÊNCIAS CADE E ANATEL - O CASO EMBRATEL X TELESP

Neste tópico, discutiremos um emblemático caso de conflito entre Anatel e Cade. No dia 06 de setembro de 2002, a Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (Embratel) protocolou Representação, perante a Anatel, denunciando possível infração contra a ordem econômica em razão de prática de discriminação de preços e elevação dos custos dos rivais, em desfavor da Telecomunicações de São Paulo S.A. (Telesp).

Tal representação foi autuada e gerou o processo nº 53500.005770/2002³, no qual a Embratel acusou a Telesp de práticas anticompetitivas ao fornecer Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILDs). Esse serviço é essencial para a interligação de redes de dados e, conforme alegações da Embratel, a Telesp estaria favorecendo sua controladora, a Telefônica Empresas, em detrimento de outras operadoras, praticando preços discriminatórios e afetando o equilíbrio de concorrência no mercado.

O caso se deu quando a Embratel participou de uma licitação promovida pela Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo (Prodam), para a contratação de serviços de

3 Todos os processos do Cade mencionados neste artigo podem ser acessados em: <https://tinyurl.com/y7obr4z5>.

telecomunicações, no pregão nº 06.002/02. Durante esse processo, a Telesp, responsável por fornecer os insumos, neste caso, a EILDs, necessários para que a Embratel pudesse ofertar seus serviços, praticou preços mais favoráveis para a Telefônica Empresas, o que levou a Embratel a apresentar sua representação à Anatel e ao Cade em setembro de 2002.

A definição da EILD e sua regulamentação estão contidos, atualmente, na Resolução nº 590, de 15 de maio de 2012 da Anatel. Assim, em conformidade com as disposições da referida norma, define-se como EILD o fornecimento, por uma prestadora, de linha dedicada, para outra prestadora, para que esta última forneça serviços de telecomunicações a consumidores finais, tratando-se, portanto, de fornecimento de meios considerados insumos básicos para a oferta dos serviços de comunicação de dados (Anatel, 2012).

O cerne da questão se deu pelo fato de a Telesp possuir a posição de agente econômico dominante possuindo quase totalmente a infraestrutura local de acesso a rede de telecomunicações, ou seja, qualquer empresa que desejasse fornecer serviços de transmissão de dados, deveria utilizar da infraestrutura que a Telesp era detentora.

Nos termos da definição de serviço de telecomunicações, constata-se a presença de aspectos técnicos que devem ser considerados. Um destes, de vital importância, é a necessidade imprescindível da existência de redes integradas de telecomunicações para a devida viabilização de qualquer serviço de telecomunicações. Importante se faz a transcrição da doutrina do eminente professor J.C. Mariense Escobar (1999):

É impraticável qualquer atividade de telecomunicação sem rede, o meio necessário para viabilizá-la, que interconecta os pontos de emissão e recepção. Para que as redes de telecomunicações possam transportar a voz, imagens, dados, tanto em forma analógica quanto digital, é necessário possuírem equipamentos de transporte, que encaminham voz, imagens e dados de um ponto a outro, e equipamentos de comutação (centrais de comutação), que viabilizam a comunicação entre dois pontos distantes, mediante o estabelecimento temporário de circuitos, com essa finalidade (Escobar, 1999, p. 34).

E prossegue o autor:

Rede de telecomunicações, portanto, é aquele conjunto de instalações, centros de comutação e meios de telecomunicações e transmissão, que atuam como suporte à prestação dos serviços. Essas redes não precisam ser de propriedade da prestadora, uma vez que esta pode contratar a utilização de recursos integrantes da rede de outra operadora, para constituição de sua rede de serviço, caracterizando, com isso, uma situação de exploração industrial, caso em que os recursos contratados serão considerados para fins de interconexão, como parte da rede da contratante (Escobar, 1999, p. 35).

A prática anticompetitiva, segundo a Embratel, envolvia a concessão de descontos significativos pela Telesp à sua controladora, enquanto a Embratel enfrentava preços mais elevados e menos competitivos para uso da EILDs. A representação alegava que a Telesp aplicava uma “metodologia padrão” para os preços, que resultava em benefícios para a Telefônica Empresas, o que prejudicava a isonomia e o equilíbrio no processo licitatório. Na prática, ao favorecer a sua empresa controlada,



a Telesp praticava uma elevação de custos aos rivais, prática anticompetitiva denominada *price squeeze*, que segundo as lições de Paula A. Forgioni (2015) ocorre quando:

O agente econômico pode encontrar-se em posição que lhe permita o aumento do preço de matérias-primas ou insumos essenciais à atividade do concorrente, sem aumentar seus próprios custos. Trata-se da prática que é chamada em língua inglesa de price squeeze (preços opressivos). É possível, também, que haja ilicitude da prática, caso, mesmo aumentando seus custos, esse incremento prejudique mais seus concorrentes do que a empresa dominante (Forgioni, 2015, p. 295-296).

Em sua defesa, a Telesp alegou que não existe prática discriminatória de sua parte. Informou que as diferenças existentes entre o contrato entre Telesp e Telefônica Empresas e Telesp e Embratel são frutos das diferenças objetivas das condições de contratação e dos serviços ofertados. Enquanto a Telefônica Empresas contrata um volume grande de circuitos, por um prazo longo, pré-determinado, possibilitando, assim, a amortização dos custos da Telesp, a Embratel, contrata apenas através de contrato com prazo indeterminado, sem dar à Telesp, portanto, qualquer garantia de continuidade, o que justificaria a diferença de preço para as duas empresas.

A Anatel e o Cade desempenharam papéis cruciais no desenrolar deste processo, o que levantou questões de competência entre as duas autarquias. A Anatel iniciou a investigação em 2002, emitindo despachos e informes técnicos, mas, posteriormente, no âmbito do Cade também foi instaurado procedimento próprio, sob o número 08700.003174/2002-19, originado através de pedido de Medida Preventiva por parte da Embratel, alegando que a questão envolvia infrações à ordem econômica conforme a Lei nº 8.884/94.

Vale salientar que a Lei Geral das Telecomunicações - Lei nº 9.472/97 - confere à Anatel o poder de regular e fiscalizar o setor de telecomunicações, inclusive no que tange à repressão de condutas anticompetitivas dentro do setor (Brasil, 1997a). No entanto, a Lei de Defesa da Concorrência à época - a Lei nº 8.884/94 - outorgava ao Cade a responsabilidade pela prevenção e repressão de infrações à ordem econômica de maneira geral (Brasil, 1994).

O primeiro ponto de aparente conflito se deu quando do pedido de medida preventiva por parte da Embratel, pois no caso concreto, houve uma solicitação formulada à Anatel de abertura de processo administrativo para investigar conduta anticompetitiva e em face da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a Embratel requereu a concessão de Medida Preventiva, visando a cessação da prática. Todavia, decorrido um pouco mais de 1 (um) mês da apresentação do pedido àquela agência, face a demora daquela, a Embratel, em 8 de outubro de 2002, pediu ao Cade que apreciasse o caso a fim de que fosse adotada a medida pleiteada.

À época, ambas as agências possuíam autorizações normativas idênticas possibilitando a concessão de medidas preventivas visando elidir práticas passíveis de gerar dano ao mercado. Vejamos:

Quadro 1 – Autorizações normativas Anatel e Cade

| Resolução nº 195/99 - Anatel | Lei nº 8.884/94 – Lei do Cade |
|--|---|
| Art. 49. Em qualquer fase do processo administrativo, a Anatel poderá, por decisão do Conselho Diretor, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. | Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. |

Fonte: elaboração própria.

O Conselheiro Relator Cleveland Prates Teixeira, considerando que já havia decorrido 175 dias desde o pedido de Medida Preventiva na Anatel, e 143 dias da realização do mesmo pedido no Cade, considerou insustentável aguardar um prazo maior pelo pronunciamento do órgão regulador e deferiu a medida preventiva determinando que, até a decisão final do processo, os preços cobrados pela Telesp pela prestação de serviços de EILD fossem iguais tanto para empresas concorrentes como para a sua subsidiária Telefônica Empresas. Argumentou que o deferimento não visa proteger um direito individual, mas sim garantir o interesse coletivo. Segundo o Relator, a medida preventiva tem como objetivo assegurar, de forma provisória, a manutenção da ordem econômica, permitindo, assim, a eficácia e viabilidade de uma futura decisão definitiva.

O Conselheiro Relator também destacou que, ao identificar a necessidade da medida preventiva, não seria racional ou lógico que ele tivesse que aguardar a manifestação do órgão regulador, no caso, a Anatel. Segundo ele, tal exigência prejudicaria a agilidade necessária para garantir a eficácia das ações preventivas.

Além disso, o Conselheiro Relator argumentou que não é razoável impor restrições às atribuições do Cade apenas porque um determinado pedido está sob a apreciação de outro órgão, como a Anatel. Ele enfatizou que não se trata de atribuir uma nova competência ao Cade, uma vez que a autarquia antitruste já detém essa atribuição, conforme estabelece o art. 52, caput, da Lei nº 8.884/94.

Por fim, o Conselheiro Relator observou que, mesmo havendo competência concorrente entre o Conselho Diretor da Anatel e ele próprio para a adoção de medidas preventivas, não se deve falar em prevenção, considerando os fundamentos previamente delineados. Para o Relator, essa competência concorrente não impede a atuação célere do Cade em casos em que há necessidade comprovada de medidas urgentes.

Em 23/12/2004, após ampla análise pelo Cade e pela Anatel da proposta relativa às condições de comercialização de EILD, a Telesp apresentou à Anatel, proposta de celebração de Termo de Compromisso de Cessação de prática (TCC), o qual reproduzia os termos das condições de comercialização de EILD que haviam sido submetidas anteriormente ao Conselheiro-Relator da Medida Preventiva no Cade e ao Superintendente de Serviços Privados da Anatel.

A celebração do TCC foi proposta pela Telesp, sendo o referido termo elaborado pela Anatel e aprovado pelo Conselho Diretor da Agência em 26 de agosto de 2005. O Termo foi assinado pelos representantes legais da Embratel e da Telesp, pelo Presidente do Conselho Diretor e por duas testemunhas e foi publicado no Diário Oficial da União em 14/10/2005, com isso, suspendendo o processo administrativo nº 53500.005770/2002.



Nos termos do artigo 19, inciso XIX, da Lei Geral de Telecomunicações e no artigo 58 da Norma 1/99 da Anatel, a Anatel encaminhou o processo ao Cade para a devida homologação do referido TCC, nos termos do artigo 53 da Lei nº 8.884/94 (Brasil, 1994).

O segundo conflito surge após a formalização do referido TCC, celebrado entre a Anatel e a Telesp e homologado pelo Cade. Isso porque, segundo as cláusulas do TCC, a Telesp estaria autorizada a praticar determinada política de descontos na prestação de serviços EILD, desde que tal política de descontos não fosse discriminatória. Contudo, posteriormente, sobreveio norma regulatória da Anatel, que proibiu a Telesp de praticar quaisquer tipos de descontos.

Em termos práticos: quando a Telesp assinou o TCC, a regulamentação da EILD era regida pela Resolução 402/2005 da Anatel, que estava vigente na data da assinatura. Essa norma permitia que a Telesp praticasse política de descontos no fornecimento da EILD. Contudo, posteriormente, a Anatel aprovou a Resolução 437/2006, atualizando as diretrizes sobre a matéria e vedando tais políticas de descontos.

Portanto, instaurou-se um conflito entre as obrigações previstas no TCC, cuja assinatura pela Telesp e a Anatel com a posterior homologação do Cade se deu sob a vigência da Resolução 402/2005 da Anatel e a nova Resolução 437/2006 também da Anatel.

Em sua defesa, a Telesp argumentou que a Cláusula 9ª do TCC estabelecia que a “COMPROMISSÁRIA deverá adequar-se ao novo Regulamento de exploração industrial de linha dedicada - EILD, que sucederá a Norma nº 30/96, aprovado na 339ª Reunião do Conselho Diretor da Anatel, realizada no dia 31 de março de 2005”.

Segundo a Telesp, a regulamentação mencionada nesta cláusula 9ª se referia à própria Resolução 402/2005, que foi aprovada na referida 339ª reunião e publicada oficialmente em 27 de abril de 2005. A empresa, assim, sustentou que, ao assinar o TCC, a Resolução 402/2005 era a norma vigente e que a cláusula em questão se refere especificamente a essa regulamentação, que é anterior à entrada em vigor da Resolução 437/2006.

O professor Calixto Salomão Filho ofereceu parecer jurídico⁴, nos autos, no qual defendeu que seria equivocado assumir que uma regulação da Anatel posterior pudesse alterar decisões administrativas do Cade, neste caso o próprio TCC homologado, que conformam a prática de determinada conduta no mercado, no caso, a oferta de EILD com autorização para concessão de descontos. Haveria, nesse caso, a desconsideração da regra e do princípio constitucional constante no artigo 5º, XXXVI, da CF, segundo os quais “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (Brasil, 1988).

Para Calixto Salomão, as obrigações pactuadas nos TCCs são fruto de processos administrativos, respeitados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, e foram objeto de aprovação pela Anatel e homologação pelo Cade. Assim, não poderia norma nova, no caso a Resolução nº 437/06, fruto de exercício de função normativa pela Anatel, alterar decisão administrativa do Cade, fruto de exercício de função jurisdicional, neste caso, o TCC celebrado pela Anatel e homologado pelo Cade.

O autor defendeu que o caso se trataria de coisa julgada administrativa, que só pode ser revista nos termos da própria decisão ou conforme autorização legal expressa prevista na lei que dá suporte a

4 Parecer jurídico nos autos do Processo Administrativo nº 53500.005770/2002.

decisão, no caso a Lei nº 8.884/94 (em harmonia com o artigo 19, XIX da Lei Geral de Telecomunicações).

Em suas conclusões, Calixto Salomão finaliza: “Atos administrativos decorrentes do exercício de função normativa não tem o condão de revogar atos administrativos de julgamento em relação a questão específica objeto do julgamento”⁵.

Portanto, durante o prazo de vigência dos TCCs, em relação à questão específica neles tratada, só devem ser aplicadas normas regulamentares posteriores que estejam em estreita coerência com o que foi ali previsto. No caso isso significa que, durante a vigência dos TCCs, somente será aplicável a Resolução Anatel 402/05, expressamente prevista na cláusula 9ª dos TCCs (Salomão Filho, 2006).

Por sua vez, a Procuradoria Federal junto ao Cade ofereceu parecer em sentido diametralmente oposto, argumentando que a possibilidade de ato normativo superveniente à celebração dos TCCs constitui exercício de competência regulatória da Anatel, nos termos do art. 19 da Lei nº 9.472/97. Frisou ainda que o próprio TCC, na sua Cláusula 9ª, resguardou a possibilidade de a Anatel disciplinar acerca da linha dedicada EILD⁶.

A Procuradoria do Cade completou afirmando que a Resolução 437/06 apenas especificou a Resolução 402/2005, constituindo uma adequação normativa à realidade do mercado, função típica do ente regulador e que, resguardados os atos jurídicos já firmados, passa a disciplinar, naturalmente, as novas relações no setor de telecomunicações. Aduzindo também que a Resolução 437/06 da Anatel não alterou o conteúdo do TCC. A política de descontos não está prevista no Termo como direito subjetivo, mas apenas como permissividade que pode ser modificada acaso a realidade de mercado assim o exija.

Ao fim, a Procuradoria do Cade também argumentou que opor o princípio do art. 5º, XXXVI da CF/88 às normas regulatórias, transpondo de forma autômata princípios de direito privado ao direito público, redundaria na absoluta ineficácia da ação estatal em promover o bem comum e a preservação da ordem econômica. Tais direitos adquiridos, quer seja em decorrência de ato jurídico perfeito ou coisa julgada administrativa, criariam campos imunes à regulação setorial, podendo até mesmo inviabilizá-la, ao estabelecer, por exemplo, assimetrias entre os agentes econômicos.

Visando solucionar a controvérsia, a Presidência do Cade, ao analisar a antinomia entre os atos normativos, decidiu que não havia conflito entre o TCC firmado com a Telesp e a Resolução nº 437/2006 da Anatel. A decisão se baseou no entendimento de que o TCC permitia à Telesp a concessão de descontos de forma não discriminatória, mas não a obrigavam a fazê-lo. Dessa forma, o cumprimento da Resolução 437/2006, que proibia a concessão de descontos em virtude da classificação da Telesp como detentora de Poder de Mercado Significativo (PMS), não configurava uma violação dos termos acordados, pois a normativa regulatória era mais restritiva e, portanto, prevalecia sem contrariar o TCC.

Além disso, a presidência do Cade negou os pedidos específicos da Telesp que buscavam uma declaração de conflito e a suspensão dos efeitos da resolução da Anatel. O Cade argumentou que as disposições do TCC não conferiam à empresa um direito subjetivo de conceder descontos em todas as circunstâncias e que a Anatel, como autoridade regulatória, possuía competência para impor normas mais rígidas que impactassem essas práticas comerciais.

Reconhecendo os possíveis efeitos negativos que a aplicação irrestrita da Resolução nº

5 Parecer jurídico nos autos do Processo Administrativo nº 53500.005770/2002.

6 Parecer ProCade nº 555/2006 e despacho nº 126/2006/PG/Cade.



437/2006 poderia ter sobre a concorrência em áreas onde a Telesp enfrentava competidores, a presidência do Cade recomendou à Anatel uma revisão dos critérios utilizados para a definição de PMS. Sugeriu que a proibição de descontos fosse avaliada de forma mais específica e segmentada, considerando as particularidades de cada localidade, para evitar uma distorção do mercado que pudesse, ao invés de promover, inibir a concorrência em determinadas regiões.

6 O ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA 03/2020 ENTRE CADE E ANATEL

De forma minimizar os conflitos de atribuição entre as agências, mas que veio de forma tardia, o ACT nº 3/2020, firmado entre a Anatel e o Cade, visa aprimorar a atuação conjunta das duas autarquias no âmbito das telecomunicações, especialmente no que tange à promoção da concorrência e à prevenção de infrações contra a ordem econômica (Cade, 2020). Com base no documento, pode-se avaliar o quanto esse acordo favorece a coordenação entre os órgãos e em que medida ele se traduz em benefícios práticos para a regulação e defesa da concorrência no setor.

O acordo tem por objeto estabelecer a cooperação técnica entre Anatel e Cade, com o intuito de promover o intercâmbio de experiências, informações e tecnologias, capacitar recursos humanos e harmonizar a atuação das duas instituições nas suas respectivas esferas de competência. Essa cooperação está fundamentada em leis como a Lei nº 12.529/2011, que rege a atuação do Cade na defesa da concorrência, e a Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/1997, que regula a atuação da Anatel.

Entre as ações de cooperação previstas, destacam-se o compartilhamento de documentos, estudos e informações técnicas; a realização de eventos anuais para discutir temas relacionados à concorrência no setor de telecomunicações; os estudos e pesquisas conjuntas sobre práticas concorrenciais; a capacitação e treinamento de servidores em temas de defesa da concorrência e regulação no setor de telecomunicações.

Essas medidas visam integrar as atuações de cada autarquia, proporcionando um ambiente de maior eficiência regulatória e fortalecendo a aplicação de políticas de concorrência no setor de telecomunicações. Ao harmonizar a regulação e a defesa da concorrência, o acordo favorece um ambiente competitivo mais robusto, com benefícios tanto para os operadores de serviços quanto para os consumidores.

O acordo favorece a coordenação entre Cade e Anatel de várias formas. A cláusula 3.1 prevê o compartilhamento de documentos e dados técnicos, permitindo que as decisões regulatórias e concorrenciais sejam baseadas em uma visão integrada e completa do mercado de telecomunicações. Isso diminui a duplicidade de esforços e possibilita uma atuação mais coesa e eficaz, com as duas autarquias complementando suas análises e avaliações (Cade, 2020).

A cláusula 3.2, por sua vez, prevê a realização de seminários e workshops, o que não apenas promove o diálogo entre as autarquias, mas também contribui para a formação e atualização contínua de servidores, o que melhora a qualidade das decisões regulatórias e concorrenciais (Cade, 2020).

O intercâmbio de conhecimentos e o treinamento de pessoal, previstos na Cláusula 3.4, são elementos essenciais para que ambas as autarquias possam atuar de maneira informada e técnica, assegurando uma aplicação consistente das normas de concorrência e de regulação (Cade, 2020).

Embora o acordo estabeleça bases sólidas para a cooperação, alguns desafios podem surgir na sua implementação. Quanto a divisão de competência, a Anatel tem competência para regular tecnicamente o setor, enquanto o Cade se encarrega de zelar pela concorrência. A articulação entre essas esferas pode ser complexa, especialmente em casos em que as decisões de uma autarquia possam impactar diretamente na área de atuação da outra. No entanto, a clara distinção de competências mencionada no acordo visa minimizar esses conflitos.

Para que a cooperação técnica tenha efeitos práticos, é necessário que haja um fluxo contínuo e eficiente de informações e a realização dos eventos previstos. A criação de grupos de trabalho, conforme detalhado no ACT nº 3/2020, é essencial para garantir que o plano não fique apenas no papel, mas seja efetivamente implementado e monitorado.

O ACT nº 3/2020 entre a Anatel e o Cade tem o potencial de fortalecer significativamente a coordenação entre as duas autarquias federais. Ao promover uma atuação integrada na regulação do setor de telecomunicações e na defesa da concorrência, o acordo favorece a criação de um ambiente mais eficiente e competitivo, com benefícios claros para o mercado e para os consumidores. As ações previstas, como a troca de informações e a realização de eventos conjuntos, contribuem para a construção de uma abordagem regulatória mais harmonizada, evitando duplicidades e conflitos. No entanto, a eficácia desse acordo dependerá de sua execução consistente e do contínuo alinhamento entre as partes.

7 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E BACEN - CASO BRADESCO E BANCO DE CRÉDITO NACIONAL

Em 1997, o Bradesco adquiriu o controle acionário do Banco de Crédito Nacional S/A (BCN), sendo a operação submetida ao Bacen. Em abril de 2001, o BCN firmou contrato de compra e venda de ações com a empresa norte-americana *Alliance Capital Management Corporation of Delaware* para que o BCN passasse a exercer o controle absoluto da sociedade BCN Alliance, integrante do grupo BCN.

Esse negócio foi submetido ao Cade, não o fazendo em relação ao Bacen, por entenderem as instituições envolvidas que não se tratava de operação financeira. A operação foi aprovada pela autoridade antitruste em 29.05.2002 (DOU de 13.06.2002). Todavia, ao apreciar o aludido ato de concentração, o Cade verificou que a aquisição do controle do BCN pelo Bradesco não havia sido anteriormente comunicada à autarquia, determinando-se sua apresentação. Trata-se do Ato de Concentração nº 08012.002381/2001-23, relatado pelo conselheiro Celso Fernandes Campilongo, que analisou o caso da Alliance/BCN

Contra a aludida decisão, os agentes econômicos impetraram o mandado de segurança, autuado sob nº 2002.34.00.033475-0-DF defendendo a competência privativa do Bacen para examinar concentrações entre instituições financeiras.

A segurança foi deferida pela sentença, com esteio nos arts. 1º, 10 e 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64, e, além disso, reportou-se ao art. 3º da Lei nº 9.650/98 e ao Parecer GM-20 da AGU, proferido sob a invocação do disposto no art. 40 da LC nº 73/93 (Brasil, 1964; Brasil, 1998; Brasil, 1993).

No exame da apelação e da remessa oficial, a eg. 5ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, por maioria, deu-lhes provimento em acórdão, da lavra do ilustre Desembargador Federal



Sebastião Fagundes de Deus que decidiu no sentido de que os pareceres da Advocacia-Geral da União (AGU), por força do § 1º do art. 40 da LC 73/93, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal. Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo Cade, quer no tocante à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Se assim não fosse, a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer abalos – no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos –, que, eventualmente, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo. Assim, o TRF da 1ª Região reconheceu a competência do Cade para decidir tal ato de concentração em complementariedade com o Bacen.

A defesa do BCN e do Bradesco recorreu ao STJ. Em razão da existência de legislação específica que estabelecia a submissão de operações entre instituições financeiras ao Bacen, o BCN e o Bradesco propuseram Recurso Especial. O caso chegou ao STJ, que, apesar de reconhecer a competência do Cade para analisar operações conforme a Lei nº 8.884/1994, entendeu que a Lei nº 4.595/1964 conferia exclusividade ao Bacen para decidir sobre atos de concentração entre instituições do Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Finalmente, no julgamento do Recurso Especial nº 109.4218/DF, relatado pela Ministra Eliana Calmon, o STJ determinou a vinculação do Cade ao parecer GM-20, conforme a ementa do acórdão.

ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONTROLE ESTATAL PELO Bacen OU PELO Cade - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - LEIS 4.594/64 E 8.884/94 - PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU.

1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do Bacen, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64.

2. Ao Cade cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94.

3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade.

4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, dota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração.

5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50).

6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios.

7. Recurso especial provido (Brasil, 2010).

No presente caso, a aplicação da Lei nº 4.595/1964 do Bacen deve prevalecer em situações de conflito de competência com as Leis do Cade, tanto a Lei nº 8.884/94 quanto a Lei nº 12.529/11. Primeiramente, é fundamental destacar que a Lei nº 4.595/1964 foi recepcionada pela CF de 1988 como lei complementar.

Ademais, pelo princípio da especialidade, a Lei nº 4.595 de 1964 deve ser aplicada prioritariamente quando se trata de atos de incorporação de entes do SFN. Este princípio jurídico estabelece que a norma especial prevalece sobre a norma geral em situações específicas por ela reguladas. No contexto do SFN, a Lei do Banco Central, por ser especializada, detém a competência

para decidir sobre fusões, aquisições e incorporações de instituições financeiras. Por outro lado, as Leis do Cade, embora tratem da defesa da concorrência, têm um escopo mais amplo e geral, aplicando-se a diversas áreas da economia.

Ainda que as Leis do Cade sejam mais recentes, sua natureza de leis gerais e ordinárias não lhes confere o poder de suplantar a Lei nº 4.595 de 1964 em questões específicas do SFN. A atuação do Bacen é essencial para a estabilidade e o bom funcionamento do sistema financeiro, sendo sua competência definida claramente pela legislação complementar.

Finalmente, o Cade recorreu novamente, agora adentrando na competência do Supremo Tribunal Federal (STF), considerando que a decisão monocrática proferida pelo Relator, Ministro Dias Toffoli, no tocante ao Recurso Extraordinário nº 664.189, em junho de 2014, negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo órgão concorrential reafirmando a competência do Bacen, pois o Cade não preencheu os pressupostos recursais para a análise daquela Corte.

Em face dessa decisão, o Cade apresentou agravo regimental para a Primeira Turma do STF visando reformar a decisão do ministro Dias Toffoli ao negar seguimento ao seu recurso extraordinário.

Atualmente, a questão está sob a Relatoria do ministro Nunes Marques, que sucedeu ao Ministro Celso de Mello na relatoria após a aposentadoria compulsória deste. Sendo que ministro Celso de Mello já havia sucedido o ministro Dias Toffoli após a declaração de impedimento deste.

O Recurso Extraordinário 669.189/DF não transitou em julgado no STF, pois o Agravo Regimental proposto pelo Cade ainda se encontra pendente de julgamento, contendo como última movimentação a manifestação da Procuradoria Geral da República no sentido de manutenção da decisão agravada do ministro Toffoli.

8 DA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIEDADE ENTRE CADE E BACEN - O CASO ITAÚ UNIBANCO E A XP INVESTIMENTOS

Em 11 de maio de 2017, os acionistas da XP Controle Participações S.A. (XP Controle), os cotistas dos fundos G.A. Brasil IV FIP, Dyna III FIP e outros, celebraram, com o Itaú Unibanco, Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças, por meio do qual o Itaú Unibanco, inicialmente, realizaria aporte de capital no valor de R\$ 600 milhões e adquiriria ações da XP Investimentos, mediante pagamento de R\$ 5,7 bilhões, totalizando R\$ 6,3 bilhões em investimentos. Nesses termos, o Itaú Unibanco se tornaria acionista qualificado da XP Controle, com participação correspondente a 49,9% de seu capital total, sendo 30,1% do capital votante.

De acordo com os termos do Contrato, essa primeira aquisição seria seguida de outras duas: a) em 2020, aquisição de percentual adicional de 12,5%, perfazendo 62,4% do capital social da XP Investimentos, sendo 40,0% do capital votante (segunda aquisição); e b) em 2022, aquisição de mais 12,5%, perfazendo 74,9% do capital social da XP Investimentos, sendo 49,9% do capital votante (terceira aquisição). Ao final das três tranches, o Itaú Unibanco assumiria a posição de acionista em lugar dos fundos G.A. Brasil IV FIP e Dyna III FIP, que, portanto, sairiam totalmente do capital social da XP Investimentos, além de adquirir também ações adicionais de outros acionistas. O preço a ser pago pelo Itaú Unibanco nas duas aquisições dependeria de determinados fatores, entre os quais o desempenho operacional e financeiro da empresa, conforme previsto no Contrato.



A análise dos acordos de concentração realizados pelo Bacen e pelo Cade no contexto da aquisição da XP Investimentos pelo Itaú Unibanco revela aspectos distintos sobre as abordagens regulatórias e os objetivos concorrenciais de cada órgão. Esse tópico busca comparar os dois acordos, com referência às suas cláusulas e artigos principais, além de destacar possíveis conflitos de competência e a coordenação entre as autarquias federais.

O acordo celebrado pelo Bacen com o Itaú Unibanco e a XP Investimentos focou principalmente nos aspectos prudenciais e de estabilidade do SFN. O objetivo primário do Bacen foi garantir que a operação não comprometeria a solidez do sistema bancário, ao mesmo tempo que impôs restrições para preservar a independência da XP e sua capacidade de operar como uma plataforma concorrente de investimento (Bacen, 2018a).

O Bacen aprovou a compra de 49,99% do capital social da XP pelo Itaú Unibanco, com possibilidade de aquisição adicional de 12,5% em 2022, condicionada à aprovação do próprio Bacen, conforme cláusula 3 do Acordo em Controle de Concentração (ACC). (Bacen, 2018a). Esse percentual garante que o Itaú Unibanco se mantenha como acionista minoritário, sem controle direto sobre as decisões estratégicas da XP.

Essa limitação foi imposta para evitar que o Itaú exercesse influência direta sobre as operações da XP e mantivesse o caráter competitivo da XP no mercado de corretagem e distribuição de produtos de investimento. Ao mesmo tempo, protegeu-se a XP investimentos contra potenciais interferências que poderiam prejudicar sua atuação independente no mercado, conforme se depreende da cláusula segunda, itens b, b.1, b.2 e b.3 do Acordo (Bacen, 2018a).

As medidas compensatórias estabelecidas pelo Bacen incluem a proibição de o Itaú indicar executivos da área financeira da XP por 15 anos, conforme cláusula quinta, item b do Acordo, garantindo a autonomia da XP. Além disso, foi vedado ao Itaú interferir nas decisões negociais da XP e acessar sua base de dados, conforme cláusula segunda, item b.2, o que impede o uso indevido de informações comerciais em favor do conglomerado bancário (Bacen, 2018a).

Essas cláusulas são fundamentais para preservar a independência da XP e evitar que a aquisição afetasse o modelo de negócios das plataformas abertas de investimento, promovendo assim a concorrência no setor financeiro, papel que o Banco Central exerceu dentro das suas competências legais, visando preservar a higidez do SFN.

Por sua vez, o julgamento sobre o Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16 no Cade envolveu a análise da aquisição de participação do Itaú Unibanco na XP Investimentos. O julgamento gerou divergências entre os conselheiros, destacando-se preocupações sobre os potenciais efeitos anticoncorrenciais dessa operação.

O Cade identificou que a aquisição poderia gerar concentração no mercado de distribuição de produtos de investimento, dado que o Itaú, por meio da XP, teria participação significativa em um segmento altamente competitivo. Diferente do Bacen, que focou na preservação da estabilidade financeira, o Cade concentrou sua análise nos possíveis efeitos de longo prazo sobre a concorrência, especialmente no que diz respeito à inovação e disrupção no mercado de plataformas de investimento.

O Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, relator do caso, votou pela aprovação da operação, condicionada à assinatura do Acordo de Controle de Concentração. Burnier argumentou que a operação trazia potenciais riscos à concorrência, especialmente pela posição de destaque da XP no

mercado de plataformas de investimentos e sua atuação como uma “*maverick*” no setor. No entanto, o relator defendeu que as medidas previstas no ACC, como a garantia de manutenção da independência operacional da XP e a proibição de práticas discriminatórias contra produtos de outros bancos e gestores de fundos, seriam suficientes para mitigar esses riscos.

Burnier salientou que a operação não conferiria ao Itaú controle direto sobre a XP, dado que o banco não teria maioria no conselho de administração, nem participação majoritária no capital votante. Dessa forma, o Itaú não poderia interferir diretamente nas operações diárias da XP, o que minimizaria os riscos de alinhamento estratégico entre as duas instituições, prejudicando concorrentes menores.

O Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia acompanhou o voto do relator, defendendo a aprovação condicionada à assinatura do ACC. Maia argumentou que os compromissos assumidos no acordo comportamental eram suficientes para mitigar os principais riscos concorrenciais identificados. Ele reconheceu que a operação trazia certos desafios, mas considerou que a adoção das medidas preventivas previstas no ACC, como a proibição de práticas discriminatórias e a garantia de manutenção da independência da XP, oferecia salvaguardas adequadas.

As Conselheiras Polyanna Ferreira Silva Vilanova e Paula Azevedo também acompanharam o relator. Elas argumentaram que a operação não traria impactos concorrenciais significativos, desde que as medidas acordadas no ACC fossem devidamente implementadas e monitoradas. As conselheiras enfatizaram que a XP, mesmo após a aquisição, continuaria operando como uma plataforma aberta, oferecendo produtos de diferentes emissores financeiros e mantendo práticas não discriminatórias.

A Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt foi uma das vozes dissonantes no julgamento, votando contra a aprovação da operação. Ela argumentou que, apesar das cláusulas do ACC, a operação representava um risco grave para a concorrência no setor financeiro, especialmente no mercado de plataformas abertas, onde a XP desempenhava um papel disruptivo. Schmidt apontou que a alta concentração bancária no Brasil já é um problema significativo e que a aquisição da XP por um dos maiores bancos do país poderia comprometer o processo de desbancarização, além de reduzir a concorrência em um mercado ainda em desenvolvimento.

O Conselheiro João Paulo de Resende também votou pela rejeição da operação. Ele compartilhou das preocupações de Schmidt, afirmando que a operação colocava em risco a dinâmica competitiva do setor. Resende destacou que a XP havia introduzido uma forma inovadora de prestação de serviços financeiros, desafiando os grandes bancos. Com a aquisição, o Itaú poderia, ainda que indiretamente, interferir nas operações da XP, alinhando seus interesses de forma prejudicial à concorrência.

Conforme se depreende dos votos, as preocupações do Cade era garantir que a XP continuasse a operar como uma plataforma aberta e que não discriminasse outras instituições financeiras na oferta de produtos de investimento. Para isso, o acordo do Cade impôs restrições quanto à prática de exclusividade entre a XP e seus Agentes Autônomos de Investimento (AAIs), buscando evitar que a XP se transformasse em um veículo exclusivo do Itaú.

Essa medida difere do foco do Bacen, que estava mais preocupado com a estrutura de governança interna da XP e sua autonomia frente ao Itaú, enquanto o Cade priorizou a proteção do ambiente competitivo externo.



Os acordos celebrados refletem as diferenças nas atribuições de cada autarquia. O Bacen, como órgão responsável pela supervisão da solidez e estabilidade do SFN, estava preocupado com os riscos prudenciais. Suas restrições visam impedir que o Itaú comprometa a independência operacional da XP, o que poderia minar a confiança no sistema financeiro.

Já o Cade, com seu foco em promover a concorrência e prevenir práticas anticompetitivas, estabeleceu medidas mais voltadas para evitar que a operação concentrasse o mercado de distribuição de produtos financeiros. Suas restrições são claras quanto à manutenção da XP como um *player* independente e disruptivo, capaz de desafiar as grandes instituições financeiras.

A coordenação entre o Bacen e o Cade se mostra necessária e, de certo modo, foi realizada de maneira complementar. Ambos os órgãos impuseram restrições específicas, e o Bacen reconheceu a importância da concorrência, enquanto o Cade considerou os riscos prudenciais da operação.

No entanto, potenciais conflitos podem surgir quando uma das autarquias se depara com um cenário onde a preocupação com a estabilidade financeira se choca diretamente com o incentivo à competição. Nesse caso, como visto nos acordos, as medidas de cada órgão visaram equilibrar esses interesses, mas a independência de análise de cada um pode gerar divergências futuras em operações semelhantes.

O caso Itaú-XP ilustra de forma exemplar a necessidade de uma atuação coordenada entre Bacen e Cade. Enquanto o Bacen focou na preservação da solidez do SFN e na autonomia da XP, o Cade impôs condições voltadas a garantir a manutenção da concorrência no mercado financeiro. Essa dualidade de perspectivas e restrições impostas por cada órgão revela a complexidade de atos de concentração envolvendo grandes players do mercado financeiro, onde os interesses de prudência financeira e concorrência se entrelaçam e, às vezes, se contrapõem. A coordenação entre Bacen e Cade foi, neste caso, essencial para alcançar um equilíbrio que preserve tanto a integridade do sistema financeiro quanto um mercado competitivo e dinâmico.

9 O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS ENTRE O CADE E O BACEN

Visando mitigar os conflitos e favorecer os processos compartilhados entre as agências, o Memorando de Entendimentos de 2018 (Bacen, 2018b) entre o Bacen e o Cade estabelece uma cooperação na análise de atos de concentração econômica no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN). O objetivo central desse memorando é mitigar conflitos de competência entre as duas autarquias, que, embora atuem com diferentes finalidades, o Bacen focado na estabilidade financeira e o Cade na defesa da concorrência, compartilham responsabilidades sobre o mesmo segmento.

O Bacen, regido pela Lei nº 4.595/1964 (Brasil, 1964), tem como principal missão assegurar a solidez do SFN, enquanto o Cade, em conformidade com a Lei nº 12.529/2011 (Bacen, 2011), é responsável por garantir que a concorrência nos mercados ocorra de forma saudável. Dado o potencial de sobreposição dessas funções, o Memorando de Entendimentos surge como uma resposta para regular essa interação, buscando uma atuação conjunta que promova segurança jurídica, eficiência e transparência nos processos de análise de concentração econômica.

No seu item 2.2, o acordo estabelece que as análises de atos de concentração serão submetidas tanto ao Bacen quanto ao Cade, com a decisão final dependendo da aprovação de ambos os órgãos, conforme o item 2.3 do referido memorando. A eficácia desses atos está condicionada à

autorização das duas autarquias, reforçando a necessidade de cooperação mútua. Esse mecanismo visa garantir que as operações atendam tanto aos requisitos de estabilidade financeira quanto aos de manutenção da concorrência (Bacen, 2018b).

Além disso, o memorando prevê a troca de informações técnicas entre os órgãos e estabelece, no seu item 2.7, que o Cade deve consultar o Bacen antes de impor penalidades relacionadas a infrações concorrenciais que envolvam o Sistema Financeiro Nacional. Essa disposição favorece a harmonização de decisões e minimiza o risco de ações conflitantes entre as duas autarquias (Bacen, 2018b).

Um ponto central do acordo, previsto no item 3.1, é a prerrogativa do Bacen de aprovar unilateralmente atos de concentração que envolvam instituições financeiras, desde que esses atos sejam justificados por aspectos de natureza prudencial, como riscos à estabilidade financeira ou à prevenção de crises sistêmicas. Nesses casos, conforme o item 3.4, o Cade deve utilizar os fundamentos da decisão do Bacen para aprovar a operação, sem impor restrições concorrenciais adicionais. Isso garante que, em situações de risco iminente, a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional prevaleça sobre preocupações concorrenciais, em benefício do interesse público (Bacen, 2018b).

Em síntese, o ato de cooperação é um avanço na coordenação entre as duas autarquias federais, promovendo maior clareza nas atribuições e reduzindo o risco de decisões contraditórias. A troca de informações e a consulta prévia reforçam a eficiência das análises e trazem mais segurança jurídica para o mercado financeiro, o que é positivo para investidores e consumidores.

No entanto, a prerrogativa do Bacen de aprovar unilateralmente operações que envolvam risco sistêmico pode, em certos casos, enfraquecer a capacidade do Cade de atuar preventivamente na defesa da concorrência. O Cade, nesses casos, fica restrito a aprovar a operação com base na análise do Bacen, o que pode limitar a análise concorrencial em operações que envolvam grandes instituições financeiras.

O Memorando de Entendimentos favorece a atuação coordenada entre o Bacen e o Cade ao proporcionar um mecanismo de cooperação que harmoniza suas respectivas missões. Ao definir claramente as atribuições e garantir a troca de informações entre as autarquias federais, o acordo contribui para a eficiência na análise de atos de concentração econômica no sistema financeiro. No entanto, a ênfase nos aspectos prudenciais pode, em alguns casos, restringir a plena atuação do Cade na defesa da concorrência, o que demanda um acompanhamento contínuo para garantir que a cooperação não comprometa a livre concorrência no setor financeiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do conflito de competências e relação de complementariedade entre reguladores setoriais, como Anatel e Bacen, e o Cade revelou uma complexa dinâmica de superposição de funções regulatórias e de defesa da concorrência. Ao longo do artigo, observou-se que a coexistência dessas jurisdições, ainda que necessária para o adequado funcionamento dos mercados, gera incertezas jurídicas e ineficiências regulatórias. Para alcançar um equilíbrio entre essas diferentes esferas, destacou-se algumas questões cruciais que emergem dos casos analisados.

No que tange à relação entre regulação e antitruste, conforme discutido na primeira parte do artigo, a principal dificuldade reside em delimitar quando a intervenção regulatória deve sobrepor-



se às normas de defesa da concorrência, e vice-versa. A análise dos casos práticos trouxe à tona o embate entre a teoria da ação política e a teoria do poder amplo. Como se viu, a aplicação da teoria da ação política (*State Action Doctrine*) permite a imunidade do direito antitruste em certas situações, como no caso dos serviços concedidos. Já a teoria do poder amplo (*Pervasive Power Doctrine*), por sua vez, alude à profundidade de atuação das agências regulatórias que, em alguns casos, pode afastar a jurisdição antitruste. Esses conflitos exemplificam a complexidade de harmonizar a aplicação de normativas regulatórias e de defesa da concorrência em setores específicos, como o de telecomunicações e o financeiro.

O segundo bloco do trabalho destacou as formas de interação entre a regulação setorial e a defesa da concorrência, no qual se examinou as possíveis alternativas para harmonizar essas atuações. A partir dos estudos de Oliveira, Werneck e Machado (2004), abordou-se quatro cenários possíveis de interação entre regulação técnica e defesa da concorrência, indo desde uma isenção antitruste completa até uma predominância da regulação econômica por parte das autoridades concorrenciais. A autonomia *versus* hierarquia entre agências também se mostrou um ponto de controvérsia, particularmente em setores com alta regulação, onde a existência de autarquias independentes torna a coordenação entre as esferas regulatórias um desafio contínuo.

Na terceira parte, explorou-se a complementariedade e conflito de competências entre Cade e Anatel. O caso Embratel x Telesp foi emblemático ao demonstrar a dificuldade em alinhar a atuação concorrencial com a regulação setorial de telecomunicações. O ACT nº 3/2020, firmado entre as duas autarquias, surgiu como uma tentativa de evitar conflitos futuros, promovendo uma atuação mais integrada. No entanto, a sobreposição de atribuições ainda persiste em certos pontos, especialmente quando as agências possuem perspectivas distintas sobre o mesmo fato, levando a decisões conflitantes.

Por fim, o conflito de competência entre Cade e Bacen, ilustrado pelos casos Bradesco e Banco de Crédito Nacional, bem como o caso Itaú Unibanco e XP Investimentos, reforçou a necessidade de uma maior clareza na divisão de responsabilidades. O Memorando de Entendimentos de 2018 entre Bacen e Cade representou um avanço ao formalizar um protocolo de cooperação, permitindo que ambas as autarquias analisem conjuntamente atos de concentração econômica no sistema financeiro. Todavia, a prerrogativa do Bacen de aprovar unilateralmente certas operações, com base em critérios de estabilidade financeira, pode enfraquecer o papel do Cade na promoção de um ambiente competitivo.

À luz dessas análises, é possível apresentar algumas conclusões propositivas para melhorar a coordenação entre os órgãos reguladores setoriais e as autoridades concorrenciais, como uma maior clarificação normativa visando a uma revisão das legislações pertinentes, como a Lei nº 12.529/2011, para delimitar de maneira mais clara as competências entre os órgãos reguladores e o Cade. A criação de um marco legal unificado para tratar especificamente das zonas de sobreposição de competências pode evitar interpretações divergentes.

Os acordos de cooperação técnica, como o Acordo entre Cade e Anatel e o Memorando de Entendimentos entre Cade e Bacen são grandes avanços, contudo devem ser mais amplamente aplicados a outros setores regulados. Além disso, é essencial que sejam monitorados de forma constante, com indicadores claros de sucesso e mecanismos de revisão periódica para garantir que estejam cumprindo seus objetivos.

Outra forma de aprimoramento é o estabelecimento de um intercâmbio regular de informações, através de uma plataforma contínua de intercâmbio de dados entre as autarquias poderia aumentar a eficiência na tomada de decisões. A cooperação técnica deve incluir não apenas a troca de informações, mas também a integração de bancos de dados e a padronização de metodologias analíticas entre as autarquias.

Outra solução possível é o aprofundamento da cultura de processos compartilhados entre os órgãos reguladores, como a Anatel, o Banco Central e o órgão antitruste como o Cade. A separação entre o órgão persecutor e o julgador é essencial para garantir a imparcialidade, mas não deve resultar na exclusão completa do órgão julgador da fase investigatória.

Pelo contrário, a participação ativa desse órgão na coleta de provas e na instrução é fundamental para que a avaliação técnica seja precisa e embasada, considerando a especialização necessária em casos regulatórios e concorrenciais. Além disso, é imprescindível ampliar o contraditório, permitindo a participação não só das partes diretamente envolvidas, mas também de concorrentes, consumidores, trabalhadores do setor regulado e suas associações.

Esses atores devem ter acesso ao processo para que suas manifestações contribuam efetivamente na formação do juízo dos reguladores. Dessa forma, é urgente a criação de um regimento geral que padronize os processos administrativos de cada agência, como a Anatel e o Bacen, assegurando uma atuação coordenada e harmoniosa entre esses órgãos e o Cade, promovendo uma solução integrada e eficaz para os conflitos regulatórios e antitruste.

Assim, uma maior harmonização normativa, a implementação eficaz dos acordos de cooperação e a capacitação contínua dos agentes reguladores e concorrenciais são medidas fundamentais para garantir que o sistema de defesa da concorrência no Brasil se mantenha coeso e eficiente, beneficiando a economia e os consumidores.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Anatel). **Resolução nº 590, de 15 de maio de 2012**. Aprova o Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD. Brasília, DF: Conselho Diretor da Anatel, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/22oatxj>. Acesso em: 17 out. 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (Bacen). **Acordo em Controle de Concentrações**. ACC celebrado entre Itaú Unibanco Holding S.A., XP Controle Participações e Banco Central do Brasil. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2018a. Disponível em: <https://tinyurl.com/yv94xfqw>. Acesso em: 17 out. 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (Bacen). Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Memorando de entendimentos nº/2018**. Relativo aos procedimentos de cooperação na análise de atos de concentração econômica no sistema financeiro nacional. Brasília: Banco Central do Brasil, 2018b. Disponível em: <https://tinyurl.com/29aa9o8e>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Assembléia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/onpt6dq>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. **Lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: <https://tinyurl.com/ybjuavju>. Acesso em: 24 set. 2024.



BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: <https://tinyurl.com/2258j3vg>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. **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. Brasília-DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yhktdtf>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. **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. Brasília, DF: Presidência da República, 1997a. Disponível em: <https://tinyurl.com/yttbuj3s>. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997b. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bpcdrfh>. Acesso em: 20 set 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998.** Dispõe sobre o Plano de Carreira dos servidores do Banco Central do Brasil e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xq74vqm>. Acesso em: 18 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://tinyurl.com/2o94bhj2>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.** Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/286fx689>. Acesso em: 26 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.094.218-DF.** Relatora: Ministra Eliana Calmon, 25 de agosto de 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/23vfnnrq>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.390.875 - RS (2013/0193352-3).** Relatório e Voto. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 19 de junho de 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/286fx689>. Acesso em: 26 set. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Acordo de Cooperação Técnica nº 3/2020.** Processo nº 08700.001460/2019-98. Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2a6v4yvy>. Acesso em: 24 set. 2024.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **O Novo Direito de Telecomunicações.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KATO, Mariana Almeida. Condutas anticoncorrenciais tuteladas por órgãos reguladores. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, v. 24, n. 2, p. 65-77, set. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yavansd>. Acesso em: 13 set. 2024.

OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira**. Brasília: CNI, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

TAUFICK, Roberto Domingos. Imunidade *Parker v. Brown*: releitura das doutrinas *state action* e *pervasive power* no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Procuradoria do Banco Central**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 75-104, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/243xo55b>. Acesso em: 13 set. 2024.

VILANOVA, Polyanna; TAFARO, Víctor. Defesa da concorrência e a imunidade antitruste: uma ótica da legislação brasileira. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dl6w67v>. Acesso em: 16 out. 2024.

Não localizada DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

