



**Advocacia Geral da União**  
**Procuradoria Geral Federal**  
**Procuradoria Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa**  
**Econômica**

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 4º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504  
Telefone: (61) 3221-8534 e Fax: (61) 3326-9733 - www.cade.gov.br

**PARECER Nº** 27/2017/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU

**PROCESSO Nº** 08700.001390/2017-14

**INTERESSADO:** SUPERINTENDÊNCIA GERAL

**ASSUNTO:** Consulta

**EMENTA:** Ato de Concentração. Consulta sobre aplicabilidade de legislação regulatória. Análise. Considerações.

Senhor Procurador-Chefe,

## I. RELATÓRIO

1. Versam os presentes autos sobre Ato de Concentração que analisa os aspectos concorrenciais envolvidos na aquisição da Time Warner pela AT&T.

2. Por meio do Despacho SG nº 928/2017 (0358961), a Superintendência Geral questiona:

Com fulcro no art. 15, inciso VII, da Lei n. 12.529/2011 e art. 33, inciso XI c/c art. 69 do Regimento Interno do CADE, determino o compartilhamento dos autos do processo em epígrafe à Procuradoria do CADE, para emissão de parecer, no prazo até 19/07/2017, para esclarecer se o Cade é competente para analisar o ato de concentração em epígrafe sob a luz do artigo 5º da Lei 12.485/2011.

3. Relatado. Passa-se à análise.

## II. FUNDAMENTAÇÃO

4. Inicialmente, transcreve-se o dispositivo cuja aplicabilidade é questionada:

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

§ 1º O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

§ 2º É facultado às concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e a produtoras e programadoras com sede no Brasil, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, prestar serviços de telecomunicações exclusivamente para concessionárias e permissionárias dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens ou transportar conteúdo audiovisual das produtoras ou programadoras com sede no Brasil para entrega às distribuidoras, desde que no âmbito da própria rede.

§ 3º É facultado às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, controlar produtoras e programadoras com sede no Brasil que exerçam atividades exclusivamente destinadas à comercialização de produtos e serviços para o mercado internacional.

5. A dúvida provavelmente surgiu em virtude das argumentações trazidas pelos terceiros interessados que apresentam preocupações ou reservas quanto à operação. Em geral, todos preceituam que a operação por si só macula diretamente o dispositivo supracitado, e que por isto a operação deveria sumariamente ser reprova pela autoridade antitruste.

6. Notadamente, a ABERT (que não é terceira interessada nos autos, frise-se - ao menos não foi analisado seu pedido para atuação no presente expediente) apresenta um "Memorando" em que defende a aplicabilidade do dispositivo pelo órgão antitruste basicamente fundamentada em três pontos: 1) a simetria jurisdicional constitucional/legal entre as atividades do Cade e do Poder Judiciário; 2) os fundamentos concorrenciais da existência do próprio dispositivo da Lei nº 12.485/11; 3) as vantagens, inclusive em termos de segurança jurídica, da aplicabilidade do dispositivo pelo Cade em sede de controle preventivo de operações econômicas, considerando a ausência de mecanismos similares na ANATEL e ANCINE (agências responsáveis pela regulamentação das atividades dos agentes econômicos nos respectivos mercados regulados). Estes três pontos sumarizam os argumentos contrários apresentados - e só por isto foram considerados nesta análise jurídica.

7. *Data maxima venia*, ousamos discordar do entendimento.

8. O artigo 88 da Lei nº 12.529/11 preceitua as situações em que os atos de concentração devem ser reprovados e, excepcionalmente, podem ser aprovados:

§ 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:

- aumentar a produtividade ou a competitividade;
- melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

9. Note-se que não existe qualquer previsão expressa que condicione a aprovação de um ato de concentração pelo Cade à submissão às regras regulatórias eventualmente existentes no setor. Ainda que se possa alegar que o legislador não tenha previsto esta circunstância por ser óbvia (atendimento ao ordenamento jurídico como um todo), a conclusão por si só não é capaz de trazer a matéria regulatória para a competência do Cade: se assim fosse, na análise do Ato de Concentração a Superintendência Geral deveria analisar, enfrentar e atestar todas as questões cíveis, societárias, tributárias, trabalhistas, de *compliance* interno, regulatórias, etc. das partes envolvidas, numa análise "conglobante" do Direito pátrio quanto à regularidade de todos os aspectos envolvidos na operação, já que cada qual, em alguma medida, pode impactar ou influenciar (ainda que em tese) na competitividade dos *players* envolvidos.

10. A lógica do sistema jurídico brasileiro tendeu para a formatação de reguladores de atividades de mercado a depender do interesse público envolvido (as agências reguladoras), ao mesmo tempo que previu a existência de um sistema responsável pela "prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica" (artigo 1º da Lei nº 12.529/11), cujo exercício, entre outros órgãos, se dá pelo Cade.

11. Não obstante o fato de que a regulamentação de cada setor de mercado, cujo interesse público envolvido demande monitoramento estatal, configurar sempre uma efetiva restrição à livre concorrência (e por isto a argumentação elencada como item 2 no § 6 supra não é de todo equivocada, ao menos em tese), isto não significa que a autoridade antitruste deva abarcar a competência da agência reguladora - a conclusão neste caso seria a desnecessidade desta. A lógica do sistema brasileiro preza, assim, pela complementariedade de atuação: o órgão regulador atua na medida das suas atribuições legais (que podem inclusive conter a análise concorrencial de uma situação/operação no mercado) enquanto o órgão antitruste analisa basicamente a operação, comparando os mercados (anterior e posterior) e verificando se a pretensão das partes pode ou não ser autorizada sob o aspecto concorrencial apenas.

12. Este é o *core business* do Cade: por determinação legal e infralegal as partes devem submeter determinadas pretensões de operação à análise do órgão, pagando para tanto uma determinada taxa. A autoridade analisa e se pronuncia apenas quanto aos aspectos concorrenciais e aprova (com ou sem restrições) ou reprova a pretensão. Neste caso (reprovação), a operação não pode ser consumada. Já no primeiro caso (aprovação) a operação poderá ser posteriormente consumada ou não, seja por iniciativa das partes envolvidas (afinal, eles podem desistir do negócio) ou seja por uma vedação legal ligada a questões extra-concorrenciais, como as questões regulatórias.

13. A propósito, e confirmando este entendimento, a própria Lei nº 9.472/97, que "Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais" e que instituiu a ANATEL (artigo 19), previu como uma de suas competências:

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

(...)

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

(grifo não original)

14. A prescrição contida no artigo 5º da Lei nº 12.485/11, admitida como de fundo concorrencial (por óbvio, em princípio como toda norma regulamentar, conforme acima exposto), parece encaixar-se perfeitamente ao dispositivo, que estabelece a competência do órgão regulador.

15. Caracterizam-se portanto, como dito acima, em esferas de atuação diversas e complementares.

16. Por fim, o argumento de que o sistema de submissão prévia garante maior efetividade à proteção concorrencial e regulatória (se fosse atribuída esta inflação de competência do Cade) é tentador, mas o raciocínio esbarra na ausência de previsão legal de um procedimento para tais questões regulatórias, instituindo-se por uma interpretação extensiva. Vedado expressamente pelo princípio da legalidade estrita que fundamenta dos atos da Administração Pública (artigo 37 da Carta Magna de 1988 e consenso doutrinário).

17. Esta inflação de competência, ademais, distanciará a autoridade antitruste de seu dever institucional e acabaria por impactar, ou mesmo colocar em risco, a efetividade do próprio sistema de controle prévio em termos temporais (lembrando que o controle de concentração possui prazos legalmente determinados - §§ 2º e 9º do artigo 88 da Lei nº 12.529/11). Isto demandaria o Conselho para uma revisão dos limites mínimos de submissão de operações (§ 1º do mesmo dispositivo), já que possui estrutura finita de recursos para desenvolvimento de suas atividades, potencialmente diminuindo a abrangência do controle antitruste prévio em vários mercados relevantes, em prejuízo à concorrência e, em última análise, à sociedade.

### III. CONCLUSÃO

18. Por todo o exposto, esta Procuradoria Federal Especializada opina pela ausência de competência do Cade para aplicar o artigo 5º da Lei 12.485/2011 na análise do Ato de Concentração em epígrafe, cabendo à ANATEL a sua aplicação/interpretação.

19. É o parecer, salvo melhor juízo.

À consideração superior.

**RODRIGO ABREU BELON FERNANDES**

**COORDENADOR DE ESTUDOS E PARECERES**

De acordo.

Aprovo o Parecer e o adoto nos autos do presente processo.

À Superintendência Geral.

**FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA**

PROCURADOR ADJUNTO DO CADE



Documento assinado eletronicamente por **Fernando Barbosa Bastos Costa, Procurador(a) Chefe-Adjunto(a)**, em 12/07/2017, às 18:26, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.cade.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0361599** e o código CRC **1F177BD8**.

Referência: Processo nº 08700.001390/2017-14

SEI nº 0361599