

MEMORANDO

Interessado: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert)

Assunto: Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 (Requerentes: AT&T e Time Warner)

Objetivo da análise: possibilidade de aplicação dos arts. 5º e 6º da Lei do SeAC no âmbito da análise do Ato de Concentração pelo Cade

INTRODUÇÃO

1. Em 07 de março de 2017, AT&T Inc. (“AT&T”) e Time Warner Inc. (“Time Warner”) notificaram junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) o Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 (“Ato de Concentração”), que tem por objeto o Contrato e Plano de Fusão entre as sociedades.

2. A notificação gerou questões acerca da aplicabilidade do art. 5º da Lei nº 12.485/2011 (Lei do Serviço de Acesso Condicionado - SeAC) ao caso. O dispositivo estabelece limites à integração vertical entre produtores e programadores do SeAC, de um lado, e prestadores do serviço de telecomunicações de interesse coletivo, de outro. Ocorre que a AT&T é detentora de licenças de Serviço de Comunicação Multimídia, prestado por sua subsidiária AGNS, e Serviço de Acesso Condicionado, prestado por sua subsidiária Sky, enquanto o grupo Time Warner produz e programa o SeAC por meio de seus canais em operação no país, tais como HBO e Warner Channel.

3. Assim, logo que publicado o Edital do referido Ato de Concentração no Diário Oficial da União, no dia 03 de abril de 2017, a Superintendência-Geral (“SG”) oficiou a Agência Nacional de Telecomunicações (“Anatel”) e a Agência Nacional do Cinema (“Ancine”) para que estas se pronunciassem acerca da operação. Nesta oportunidade, o Cade afirmou que analisaria o Ato de Concentração apenas sob os aspectos da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da

Concorrência - LDC) e que não consideraria na análise o art. 5º da Lei do SeAC, uma vez que esse artigo trataria de aspectos regulatórios que não seriam de sua competência.

4. Em 15 de maio de 2017, a Ancine respondeu ao ofício oferecendo análise quanto aos aspectos concorrenciais e regulatórios. Com relação a estes, afastou o argumento da territorialidade, segundo o qual o artigo 5º não seria aplicável por restringir-se às empresas com “sede no Brasil”. Para tal, trouxe à baila o art. 9º da mesma lei e o art. 2º da Instrução Normativa nº 100 da Ancine, que conjuntamente estabelecem que, independentemente do país sede da programadora, ela estará sujeita às leis brasileiras quando seus atos ou operações gerarem efeitos no Brasil. Desse modo, afirmou entender que caso a operação fosse efetivada, resultaria em violação ao art. 5º da Lei do SeAC.

5. Em 02 de junho de 2017, a Anatel enviou ao Cade resposta final ao citado ofício. Importante salientar que, antes disso, no Informe nº 15/2017, a Área Técnica da Agência utilizou-se do argumento da territorialidade para afastar a incidência do art. 5º da Lei do SeAC. Em contraposição, a PFE-Anatel manifestou-se afirmando haver indícios de violação ao dispositivo. Assim, diante dos posicionamentos díspares, a manifestação final da Anatel, feita por seu Conselho, foi no sentido de que, caso a operação fosse aprovada no Cade, seria necessária a instauração de processo administrativo junto à Superintendência da Competição da Anatel para apurar a eventual contrariedade aos dispositivos da Lei do SeAC. Em sede desse eventual processo, deveria ser realizada “interpretação sistemática dos artigos da Lei do SeAC” e “complementação da instrução processual acerca das atividades de produção realizadas pelas subsidiárias da Time Warner”.

6. Diante do cenário acima descrito, indaga a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (“Abert” ou “Consulente”) se o Cade tem competência para levar em consideração o Art. 5º da Lei do SeAC na sua análise do Ato de Concentração AT&T e Time Warner.

1. CARACTERÍSTICAS DA ATUAÇÃO DO CADE: FUNÇÃO JUDICANTE

7. A atuação do Cade na tutela da concorrência é bastante diversa da atuação típica de outros órgãos da administração pública federal. Com efeito, diferente do que ocorre com entes aos quais cabe uma função mais planejadora e indutora com relação a determinados setores econômicos, a atuação do Cade mostra-se sempre reativa, eventual e residual. Com isso quero dizer que o Conselho não decide qual será a estrutura de um setor em abstrato, ele opera de forma pontual, quando provocado – por isso eventual. Mais que isso, a autoridade antitruste intervém apenas quando há uma operação econômica em curso ou quando ocorre alguma infração à ordem econômica – em outras palavras, reativamente aos movimentos do mercado, e não preventivamente ou por solicitação do poder público. Por fim, é uma atividade que se restringe ao espaço da operação ou da conduta em análise, ainda que o efeito da decisão no caso concreto possa impactar o setor como um todo (o que de fato ocorre com frequência) – residual, portanto, pois visa a, primordialmente, resolver as discrepâncias causadas pela operação em análise.

8. Por esse prisma, o direito da concorrência pode ser descrito como uma espécie de regulação econômica geral e adjudicatória. Não por acaso, a Lei de Defesa da Concorrência define o Cade como uma entidade judicante com jurisdição em todo território federal (art. 4º). Tanto essas características específicas da regulação concorrencial como a natureza judicante do Cade (segundo a própria definição legal) impactam de maneira significativa o *modus operandi* do Conselho. Afinal, como já decidiu o próprio Cade, ao atuar de forma reativa, eventual e residual, sua atuação no exercício dessa função judicante se aproxima muito da atuação do próprio poder judiciário:

O CADE, ao aplicar a lei 8.884/94 em atos de concentração desempenha função judicante e não função administrativa. É certo, pois, que sua função muito mais se assemelha com a função judicante jurisdicional stricto sensu (ou judicial), exercida com exclusividade pelo poder judiciário, do que com a função administrativa própria, mas não exclusiva do poder executivo. (...) A rationale que estrutura o sistema de normas e princípios que organizam a atividade judicante judicial é muito mais adequada à inteligência e compreensão da atividade judicante administrativa do CADE. A razão é óbvia. O que define a

função judicante não é o mero pertencimento a um dos poderes do estado, mas a essência da própria atividade de julgar. (AI 0080/2000, j. 7/11/2001)

9. Sem pretender aqui esgotar as discussões em torno desse tema, o fato é que a consideração da natureza judicante do Cade é um elemento importante para entender a competência do Conselho para decidir com base em dispositivos normativos, para além da própria LDC, que sejam relevantes para a análise dos casos concretos que se colocam para sua apreciação. Afinal, o que se espera de um juiz é que ele conheça e aplique o direito.

10. Pressuposto essencial que orienta a aplicação do direito é a impossibilidade de consideração de norma jurídica isolada. O ordenamento jurídico, que o juiz interpreta e aplica ao caso concreto, deve ser compreendido como sistema coerente e unitário de normas¹. Evidência disso está no fato de que, embora a competência de zelar pela Constituição seja preponderantemente exercida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 102 da Constituição Federal, também deve o juiz de primeiro grau realizar o chamado controle de constitucionalidade difuso², uma vez que não é possível separar a Constituição das demais normas no exercício da atividade jurisdicional. Nesse sentido expõe Eros Grau:

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços (...). O significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema.³

11. Outra evidência está na definição de jurisdição. Embora, por conveniência de trabalho, repartam-se competências por matéria entre diferentes juízos, a

¹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Polis, 1989.

² “Do juiz estadual recém-concurado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição”. BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

³ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. Pp. 86-87.

jurisdição é una, e a distribuição de processos segundo esse critério não implica ser possível isolar completamente uma relação jurídica de outra⁴. Nesse sentido, nos casos em que o juízo penal não tenha decidido categoricamente sobre a existência ou autoria do fato⁵, caberá ao juízo civil, por exemplo, analisar a ocorrência de fato tipificado como crime e a incidência de excludentes de ilicitude para decidir sobre indenização. Conclui-se, portanto, ser impossível a criação de divisões estanques dentro do ordenamento, cabendo àquele que exerce função jurisdicional ou judicante aplicar o direito em sua inteireza.

12. Em outras palavras, as normas que incidem sobre um determinado caso concreto sendo analisado pelo Cade são uma parte da realidade a ser considerada na decisão do caso. Não por outro motivo, a própria LDC estabelece que autoridades federais, dentre as quais as próprias agências reguladoras, são obrigadas a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência (art. 9º, §3º). É dizer, não apenas a própria lei reconhece, de antemão, que o Cade pode ser levado a ter que se posicionar sobre matérias regulatórias que sejam relevantes para o julgamento dos casos concretos sob sua análise, como ainda cria para os entes setoriais respectivos a obrigação de exercer uma função consultiva no âmbito desse processo decisório.

13. Para além disso, independentemente da disponibilidade ou não desse auxílio externo, **o fato é que o Cade não raro é levado a considerar as implicações que normas das mais diversas têm nos casos sob sua análise.** Veja-se, por exemplo, o caso de disposições normativas que expressamente permitem ou impõem a formação de estruturas e a realização de condutas que o Cade poderia eventualmente considerar anticoncorrenciais. Em ambos os

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. P. 158-159.

⁵ Código Civil. Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. Código de Processo Penal. Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

casos, a exemplo do que acontece com outras agências reguladoras ao redor do mundo, o Cade não raro se vê obrigado a aplicar essa legislação, incorporando-a na sua análise, e reconhecer a existência de uma isenção antitruste que limita uma atuação mais efetiva do Conselho (a chamada teoria da *regulated conduct defense*).

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE INCLUSÃO DA APLICAÇÃO DA LEI DO SEAC NA ANÁLISE DO CASO AT&T TIME WARNER

14. A operação AT&T/Time Warner levanta as questões trazidas no item anterior em relação à Lei do SeAC. Mais especificamente, a questão que se coloca é se o Cade deveria levar em consideração o artigo 5º deste diploma normativo em sua análise, o qual estabelece que:

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.

15. A resposta é afirmativa. A conclusão se impõe por conta da lógica concorrencial que permeia o dispositivo da Lei do SeAC e do imperativo de aplicação completa do ordenamento jurídico, que levam a concluir pela complementariedade dos diplomas normativos e pela necessidade de a autoridade antitruste manifestar-se sobre a matéria; e também em face do desenho institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

2.1 Lógica concorrencial do art. 5º da Lei do SeAC

16. Como exaustivamente exposto pela ABERT em suas manifestações anteriores, a regra do corte da cadeia de valor estabelecida na Lei do SeAC possui caráter e objetivo eminentemente concorrenciais.

17. De fato, como comprova o próprio processo legislativo que deu origem à atual Lei do SeAC, o objetivo da regra do corte da cadeia de valor foi evitar condutas discriminatórias e excludentes que pudessem decorrer de estruturas verticalizadas, garantindo a desvinculação entre os segmentos em favor da entrada de novos agentes e da preservação da livre concorrência.

18. Lembre-se que, como discutido, com a revogação da Lei 8.977/95 (Lei do Cabo), reduziram-se significativamente as barreiras à entrada neste mercado, extinguindo-se, por exemplo, a exigência de licitação para a obtenção de outorgas para a prestação do serviço de TV a cabo e abrindo-se o segmento à atuação das prestadoras dos serviços de telecomunicações e às empresas de capital estrangeiro, até então sujeitos a severas limitações impostas pelo referido diploma.

19. Neste contexto, a regra do corte da cadeia de valor se fez fundamental para garantir a livre concorrência neste mercado que agora começaria a se expandir – de fato, considerando o poder financeiro dos *players* que passariam a entrar nesse mercado de distribuição de conteúdo audiovisual, a restrição à verticalização foi a saída encontrada para garantir a manutenção da competitividade dos agentes em atividade no segmento, evitando o abuso de poder econômico que pudesse afetar o mercado em prejuízo do consumidor.

20. Essa natureza concorrencial da regra do corte na cadeia de valor tem sido amplamente reconhecida e apoiada pelos mais diversos agentes envolvidos nos mercados da TV por assinatura brasileira, e foi inclusive confirmada recentemente pelo Ministro Luiz Fux no âmbito da ADI nº 4679/DF. Nesse contexto, temos aqui uma das razões pelas quais o Cade deve necessariamente levar em consideração o artigo 5º em sua análise a respeito da presente operação.

2.2 Complementariedade de dispositivos e completude do ordenamento jurídico

21. Além disso, se, como visto, o Cade desempenha atividade judicante e esta atividade é balizada por alguns parâmetros, entre eles a necessidade de consideração do ordenamento jurídico como um todo e impossibilidade de exclusão de dispositivos legais diretamente relevantes para a análise do caso concreto; e também que a autoridade concorrencial não está adstrita à análise de outras agências sobre a lei, sendo sua tarefa fazer a melhor interpretação do quanto relevante para a investigação concorrencial, o artigo 5º da Lei do SeAC precisa ser incorporado no escopo decisório da Superintendência-Geral.

22. Aqui, temos um caso em que a disposição legal determina o parâmetro da análise concorrencial. Quando o art. 5º, §1º da Lei do SeAC diz que participação superior a 30% de concessionárias e permissionárias de radiodifusão e de produtoras e programadoras não pode ser detida por prestadoras de serviços de telecomunicação, a lei circunscreve a atuação do Cade a um cenário específico e explicita que as considerações de mérito concorrencial devem ocorrer dadas estas balizas.

23. É dizer, qualquer análise sobre sobreposição horizontal, mercado relevante ou eficiências decorrentes da operação só faz sentido caso a operação não esbarre nessa proibição anterior do ordenamento jurídico. Se essa conclusão já é possível quando se permite uma maior restrição à concorrência, como visto no item 1 acima, ela é ainda mais evidente quando o efeito é aumentar o grau de competitividade do mercado, como ocorre neste caso concreto.

24. O efeito da aplicação do dispositivo é garantir ausência de integração vertical. Observe-se que, caso a norma não existisse, o Cade teria que investigar o mérito da operação para concluir se ela deveria ou não ser aprovada, com ou sem a imposição de remédios, e se a integração revelaria algum risco para o ambiente competitivo. Nada disso se impõe, no entanto, porque a decisão já foi tomada *ex ante* pelo legislador, como destacou a Ancine em sua resposta ao

ofício enviado pela SG⁶. Neste mercado, ainda que fosse em abstrato possível levantar argumentos que revelem alguma eficiência do arranjo, a decisão já está tomada. O objetivo da norma, portanto, é plenamente complementar a e indissociável do que persegue o Cade.

2.3 Desenho institucional e análise *ex ante*

25. A conclusão pela necessidade de consideração do art. 5º da Lei do SeAC é reforçada por dois outros pontos: o desenho institucional do SBDC e o fato de que, neste caso concreto, não existe uma agência reguladora que, por lei, deva necessariamente aprovar o Ato de Concentração antes de sua consumação.

26. Como é sabido, uma das principais modificações trazidas pela Lei de Defesa da Concorrência é a análise *ex ante* dos atos de concentração. No regime anterior, da Lei nº 8.884/1994, tal análise era levada a cabo apenas depois de consumada a operação. Como exaustivamente demonstrado na doutrina – e reforçado por órgãos internacionais como a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico e a International Competition Network – este arranjo apresentava diversos problemas.⁷

27. A estrutura de incentivos criada era perversa e fazia com que as empresas apresentassem informações incompletas à autoridade. Mais importante, a capacidade de a autoridade antitruste em mitigar os problemas criados pela operação era reduzida – não existia um *status quo* a que se pudesse retornar, pois a consumação já havia ocorrido. O máximo que a autoridade conseguia alcançar era uma reversão que gerava um novo cenário, diferente tanto do *status quo ante*, quanto da situação de aprovação sem restrições.

28. A mudança no SBDC veio resolver esta questão. A análise agora é feita pela Superintendência-Geral e pelo Tribunal Administrativo antes da

⁶ “8.1. Entendeu o legislador brasileiro que, no mercado de televisão por assinatura nacional os eventuais efeitos negativos da concentração econômico-empresarial precisariam ser mitigados, *ex ante*” (p. 73 da Resposta da Ancine ao Cade).

⁷ No Annual Report on Competition Policy Developments in Brazil, submetido à OCDE em 2012, esse aspecto foi ressaltado pelo Cade.

consumação da operação, o que aumenta a capacidade do Cade mitigar efeitos anticompetitivos, como de fato tem-se observado concretamente.

29. Corre em paralelo a isso o fato de diversos serem os casos em que o AC, além de aprovação do Cade, precisa também de chancela regulatória para a consumação. Nessas situações, a relação entre regulação e concorrência tem se dado, historicamente, de forma complementar e com postura proativa do Cade, principalmente em se tratando de setores em que a própria regulação busca preservar, de antemão, a concorrência no setor, como ocorre no caso em tela.

30. A título de exemplo, destaca-se a fusão entre Telemar Norte Leste S.A. ("Oi") e Brasil Telecom S.A. ("BrT"), que suscitou preocupações com estruturas verticalizadas e incentivos à restrição da concorrência no setor de telecomunicações. Ao aprovar os Atos de Concentração 08012.005789/2008-23 e 53500.012477/2008, entre Oi e BrT, o Cade atuou complementarmente à Anatel, exigindo a assinatura de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) que visava a aperfeiçoar os mecanismos colocados em prática pela Anuência Prévia emitida pela agência e pelo regramento do setor em dispositivos como o Regulamento Geral de Interconexão – Resolução nº 410/2005. A referida atuação não foi entendida como usurpação da competência da agência reguladora.

31. Em casos de omissão do órgão regulador incumbido de atuar, o Cade tem estabelecido sua autonomia para decidir. Na fiscalização de infrações à ordem econômica, encontram-se exemplos de ocasiões em que o Cade se antecipou a decisões de agências reguladoras quando entendeu necessário. No Processo Administrativo n. 53500.005770/2002, também relativo ao setor de telecomunicações, houve denúncia de discriminação de acesso feita pela Embratel contra a Telesp. Em clara demonstração de autonomia, o Cade, ainda durante a instrução do feito pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), adotou medida preventiva a pedido da Embratel visando a sanar a falta de posicionamento do regulador. Ao conceder a medida, o Cade frisou não ser "racional nem lógico, quando convencido da necessidade de se adotar a medida preventiva, tivesse o Conselheiro-Relator que aguardar o pronunciamento do

órgão regulador, não sendo lógico supor que a demora do regulador impedisse o Cade de avaliar e deferir uma solicitação de medida preventiva"⁸.

32. No Processo Administrativo 08012.005660/2003-19, envolvendo o setor portuário, investigou-se abuso de posição dominante por parte de operadores do Porto de Santos na cobrança de tarifa para a liberação de contêineres de terminais retroalfandegados. O Cade entendeu pela necessidade de intervenção e, à época, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) ainda não havia se manifestado sobre a possibilidade ou não da cobrança da taxa objeto de questionamento. A ausência desse pronunciamento não foi tida como impeditivo da atuação do Conselho.

33. O caso AT&T/Time Warner não só impõe o entendimento explicitado no item 2.1 – de que a Lei do SeAC circunscreve o contexto da análise concorrencial, como agrava o cenário, pois inexistente outra autoridade competente para aprovar a operação antes da consumação. Como ressaltado pela Anatel⁹, a agência não analisará a compra da Time Warner antes da consumação, mas tão somente se houver aprovação. O mesmo aplica-se para a Ancine.

34. Em outras palavras, a não aplicação de uma norma expressa no ordenamento jurídico, que delimita o espaço para a análise do mérito da operação, implicará em não observância da lei e poderá, a depender das conclusões do Cade sobre os problemas competitivos, implicar em aprovação de uma operação que *per se* é vetada pelo direito brasileiro. A única solução para o problema seria seu desfazimento *ex post*, ou seja, um retorno ao modelo superado da Lei nº 8.884/94, que, como dito, apresentava problemas consideráveis e não por outro motivo foi eliminado do SBDC.

⁸ Processo Administrativo n. 53500.005770/2002. Despacho de Medida Preventiva, Conselheiro-Relator Cleveland Prates.

⁹ “5.1.2. Quanto aos aspectos regulatórios, caso a operação seja aprovada pelo CADE, determinar à Superintendência de Competição - SCP que instaure processo específico com o fito de apurar se o arranjo societário decorrente contraria a Lei do SeAC e os dispositivos regulatórios afetos à competência da Anatel, inclusive:

a) realizar uma interpretação sistemática dos artigos da Lei do SeAC para averiguar se resulta controle societário cruzado vedado pelo referido diploma legal, **caso aprovada seja a operação**” [grifos meus]

35. O Cade está em posição privilegiada para intervir no caso concreto e, considerando a completude do ordenamento jurídico, decidir da maneira pretendida pelo legislador. Inclusive, não foi de outra forma que a autarquia se posicionou em casos anteriores.

36. No Ato de Concentração nº 08012.003267/2007-14, que teve como Requerentes GTI S.A. e VRG Linhas Aéreas, ocorreu situação semelhante. Tratava-se da aquisição da Varig pela Gol e a decisão do Cade debateu a sua competência para impor restrições à operação - consubstanciadas na devolução de slots pela Varig à ANAC. A questão se apresentou por conta da sobreposição que a operação implicava nas rotas do aeroporto de Congonhas, em São Paulo. As Requerentes afirmavam que o Cade não poderia impor a devolução de slots pela VRG à ANAC, pois este direito teria sido adquirido devidamente por meio de decisão da agência reguladora e representaria aplicação de norma regulamentar pela autarquia.

37. O Conselheiro Luis Carlos Delorme Prado posicionou-se em sentido contrário e teve seu entendimento acolhido pelo Plenário. Ele afirmou que o Cade poderia, uma vez verificada tal necessidade, “condicionar a aprovação de um dado ato de concentração à ‘devolução’ de certa quantidade de slots por parte de um dos participantes da operação, ficando à cargo da ANAC redistribuir esses slots posteriormente”. (fls. 1210)

38. Conforme destacou o Conselheiro Luis Fernando Rigato, a imposição de restrições à operação na forma de devolução de slots à ANAC não seria invasão de competência do Cade em matéria regulatória, mas mero cumprimento do quanto determinado pelo ordenamento jurídico.

39. No julgamento do Ato de Concentração nº 08012.013152/2007-20, que teve como Requerentes DBG Logística e Fernando Chinaglia Distribuidora, levantou-se a questão sobre aplicabilidade do art. 220, §5º da Constituição, o qual contém regra *per se* nos seguintes termos: “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.”

40. Naquela ocasião, o Parecer da PFE-Cade caminhou no sentido de reconhecer a necessidade de tal aplicação, entendimento este adotado inclusive pelo plenário do Cade, por meio de voto do Conselheiro-Relator Paulo Furquim de Azevedo:

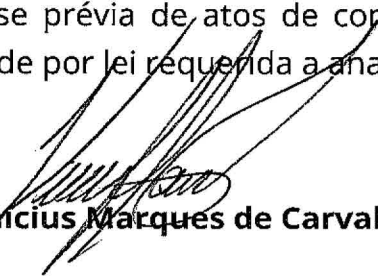
Nesse sentido, evidencia-se que a operação, da forma como apresentada não pode ser aprovada, por expressa disposição constitucional. Mais do que isso, a situação revelada nos autos, de oligopólio se transformando em monopólio, justificaria, ainda, a adoção de medidas comportamentais e estruturais por esse E. Conselho para fazer valer a disposição constitucional e gerar algum tipo de incentivo à entrada no mercado de distribuição.

41. O aspecto essencial a ser aqui ressaltado é o fato de tratar-se de uma vedação expressa do ordenamento jurídico. O Cade não poderia deixar de levar em consideração tal norma, como de fato não fez, porque ela delimita o âmbito da análise concorrencial, da mesma forma que ocorre no caso aqui em análise. Não por outro motivo, houve imposição de remédios estruturais e comportamentais consideráveis, a fim de cumprir o quanto disposto no artigo.

CONCLUSÃO

42. Em vista do quanto exposto, é premente concluir que o Cade deve, em sua análise da operação entre AT&T e Time Warner, considerar o quanto previsto na Lei do SeAC, mais especificamente seu artigo 5º, §1º, determinando assim que, por conta de disposição expressa, não é possível aprovar a ato de concentração.

43. Tal conclusão se impõe tendo em vista a completude do ordenamento jurídico e o próprio desenho do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com seu método de análise prévia de atos de concentração, reforçado pela ausência de outra autoridade por lei requerida a analisar *ex ante* a operação.


Vinicius Marques de Carvalho