



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA
COORDENAÇÃO DE CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO JURÍDICO
AV. GRAÇA ARANHA, Nº 35, SALA 801, CENTRO, CEP 20.030-002, RIO DE JANEIRO-RJ
TELEFONES: (21) 3037-6352/6096 ENDEREÇO ELETRÔNICO: PROCURADORIA@ANCINE.GOV.BR

PARECER n. 00049/2017/CCAJ/PFEANCINE/PGF/AGU

NUP: 01416.016434/2017-69

INTERESSADO: AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE.

ASSUNTO: AQUISIÇÃO DE CONTROLE UNITÁRIO DA TIME WARNER INC. (TIME WARNER) PELA AT&T INC. (AT&T).

I. Aquisição da totalidade do controle da Time Warner pela AT&T. Repercussões no Brasil. II. Análise de ato de concentração no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Solicitação de informações técnicas à Agência Nacional do Cinema (ANCINE). III. Dever de colaboração entre os entes públicos e de harmonia na atuação. IV. Competência da ANCINE para regular e fiscalizar o mercado audiovisual, inclusive as atividades de produção e empacotamento. Artigos 7º e 9º da Medida Provisória nº. 2228-1/2001 e artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº. 12.485/2011. V. No mercado regulado pela ANCINE há indícios de violação ao artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011. Dever de fiscalizar desta Agência, apurando infração à Lei e às demais normas regulatórias.

Ilmo. Procurador-Chefe,

1. Trata o presente encaminhamento de solicitação da Superintendência de Análise de Mercado (SAM) a fim de que a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional do Cinema (PF-ANCINE) manifeste-se a respeito da aquisição do controle total da Time Warner pela AT&T e sua repercussão no mercado do audiovisual interno à luz da legislação brasileira, em especial da Lei nº. 12.485/2011.

2. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no âmbito do Ato de Concentração nº. 08700.001390/2017-14, que se refere à aquisição do controle da Time Warner pela AT&T, fez a solicitação de informações técnicas à Agência Nacional do Cinema (ANCINE).

3. Em resposta, a SAM encaminhou àquele Conselho a Nota Técnica nº. 03/2017/SAM, dando ciência prévia ao colegiado desta Agência. Ato contínuo, houve a divulgação da correspondente versão pública (doc.0451563), onde resume e contextualiza o caso da seguinte forma:

“3.1 - Em 03 de abril de 2017, a Superintendência Geral do Cade encaminhou o Ofício nº 1786/2017/Cade, solicitando manifestação da Ancine acerca do Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 que consiste na aquisição do controle unitário do grupo Time Warner pela AT&T, por aproximadamente US\$ 85,4 bilhões, não incluindo a dívida líquida da empresa adquirida. Na oportunidade, esclareceu que o ato de concentração será analisado apenas sob os aspectos da Lei 12.529/2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Esclareceu ainda que não será considerado na análise o artigo 5º da Lei 12.485/2011, pois considera-se que esse artigo trata de aspectos regulatórios que não são de competência da autarquia.

3.2 - O Cade também solicitou posicionamento da Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações – por meio do Ofício nº 1785/2017/CADE, de 03 de abril de 2017. Até o momento foram publicados dois documentos com a análise da questão, i.e., o informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP da Superintendência de Competição, de 19 de abril de 2017, e, posteriormente, o Parecer nº 00302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, de 4 de maio de 2017. Antes de serem encaminhados ao Cade, dentro do trâmite interno da Anatel, tais documentos serão encaminhados ao Conselho Diretor da agência para deliberação.

3.3 - Em 03 de maio de 2017, a Superintendência de Análise de Mercado da Ancine solicitou ao Cade dilação de prazo para apresentar sua manifestação sobre o Ato de Concentração. Na oportunidade, para subsidiar a análise dessa Agência, com base no Acordo de Cooperação nº 30/2015, celebrado entre a Ancine e o Cade, solicitou acesso aos dados de audiência dos canais de programação da TV por assinatura apresentados no bojo do processo.

3.4 - Em 03 de maio de 2017, a Coordenação-Geral de Análise Antitruste 4 deferiu o pedido de dilação de prazo e encaminhou os dados de audiência levantados pelo IBOPE, segmentados por canal de TV por assinatura, referente ao período de 2013 a 2016.

3.5 - A holding AT&T atua no setor de comunicações. Suas subsidiárias e afiliadas prestam serviços nos EUA e também em outros países. A AT&T é uma fornecedora global de serviços de telecomunicações e entretenimento digital. Recentemente, adquiriu o grupo DIRECTV, e se tornou uma operadora de televisão por assinatura na América Latina. No Brasil, esse grupo atua por meio da operadora Sky, que fornece serviços de TV por assinatura via satélite (DTH), bem como, de maneira limitada, de serviços de banda larga fixa. O grupo AT&T obteve um faturamento mundial de cerca de US\$ 146,8 bilhões de dólares em 2015.

3.6 - A Time Warner, por sua vez, é uma empresa de mídia e assim como as suas subsidiárias e afiliadas (em torno de 900), compõe o "Grupo Time Warner". O faturamento bruto do grupo atingiu a marca de US\$ 28,1 bilhões. Os negócios globais do grupo estão classificados nas seguintes três divisões operacionais:

- i) Turner, consiste principalmente em canais básicos de TV por assinatura e propriedades de mídia digital;
- ii) Home Box Office, Inc. (HBO), consiste principalmente em canais premium de televisão por assinatura e outros serviços de programação de vídeo nos EUA, e canais premium e básicos de TV por assinatura e outros serviços de programação de vídeo internacionalmente; e
- iii) Warner Bros., consiste precipuamente em produção e distribuição de televisão, filmes vídeos para entretenimento doméstico e jogos.

3.7 - A Ancine, por meio da Superintendência de Análise de Mercado (SAM) – que tem como atribuição, segundo o Regimento Interno da agência, realizar estudos concorrenciais no âmbito do setor audiovisual – apresentará suas considerações sobre o os efeitos do ato de concentração entre a AT&T e a Time Warner no mercado brasileiro de televisão por assinatura. Para tanto, percorrerá os caminhos da análise concorrencial clássica, com foco nas atividades de programação e empacotamento, características desse mercado. Deste modo, serão considerados, para cada uma das duas atividades, a rivalidade das empresas que aí atuam e as barreiras à entrada existentes, assim como os possíveis efeitos negativos da operação."

4. Em apertada síntese, a citada manifestação técnica identificou possíveis efeitos negativos nos segmentos

de mercado estudados e concluiu, caso concretizada a operação, que serão agravados os problemas decorrentes de concentração nas atividades em questão, bem como pela existência de indícios para potencial violação ao artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011.

5. Ao tomar conhecimento da aludida Nota Técnica a Diretoria Colegiada da ANCINE proferiu a Resolução nº. 825-E/2017 (doc.0438717) com o seguinte teor:

“A Diretoria Colegiada toma conhecimento do teor da Nota Técnica apresentada e, tendo em vista os indícios de que, uma vez concretizada a operação, haveria infração ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011, decide pela adoção das providências de apuração cabíveis, fazendo-se necessária a pronta comunicação dos agentes econômicos envolvidos, dando-lhes ciência das conclusões técnicas da Agência, da legislação de regência e das sanções correspondentes.”

6. Nesse cenário, houve o envio do caso a esta PF-ANCINE para contextualização jurídica.

É o relatório. Passo a opinar.

7. Preliminarmente, salienta-se que os valores envolvidos na operação, que são da ordem de US\$ 85 bilhões, e a escala global de atuação dos grupos econômicos envolvidos dão conta de anunciar a relevância e a complexidade da aquisição em questão.

8. No Brasil, a operação fora notificada formalmente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que, por sua vez, cientificou as entidades responsáveis pela regulação dos mercados possivelmente afetados - Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e ANCINE -, solicitando informações.

9. No que se refere ao mercado audiovisual, as competências da ANCINE, em linhas gerais, estão delineadas na Medida Provisória nº. 2228-1/2001 e na Lei nº. 12.485/2011. Especificamente no tocante ao presente caso, parece significativo o disposto no artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº. 12.485/2011, *in verbis*:

“Art. 9º (...)

Parágrafo único. As atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela Agência Nacional do Cinema - Ancine no âmbito das competências atribuídas a ela pela Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.” (original sem grifos)

10. Ao cotejar o dispositivo em destaque com a apresentação contida na Nota Técnica nº. 03/2017/SAM (doc.0451563), não é difícil, desde logo, perceber que a operação em tela e seus desdobramentos alcançam o mercado setorial regulado e fiscalizado pela ANCINE.

11. Trecho inicial da Exposição de Assunto nº. 2-E/2017-SAM (doc.0437323), submetida à Diretoria Colegiada da ANCINE, ilustra a conclusão:

“I. Descrição

(...) aquisição do controle unitário do grupo Time Warner pela AT&T. As duas empresas têm atuação em vários países, inclusive no Brasil, onde participam do mercado de televisão por assinatura com as empresas Sky, empacotadora e distribuidora, e várias programadoras, tais como a HBO e a Turner. Deste modo, a fusão tem potenciais impactos concorrenciais nesse mercado.”

12. Seguindo na leitura do marco setorial - *Lei n.º. 12.485/2011* -, logo se colhe indicativos de que serão tocadas também as competências do CADE (artigo 8º) e da ANATEL (artigo 29, parágrafo único).
13. A despeito da futura conclusão do caso, desde essa primeira abordagem, parece salutar que os entes estatais, cujas competências são atingidas pela operação em foco, dialoguem e interajam com harmonia.
14. Com efeito, se a Constituição Federal orienta harmonia entre os Poderes da União (artigo 2º), com maior razão essa deve ser a tônica na condução das manifestações estatais proferidas por entes acomodados na estrutura de um mesmo Poder, o Executivo.
15. Neste sentido é o Decreto Lei n.º. 200/1967, ao orientar a coordenação das atividades da Administração Federal, *in verbis*:

"Art . 8º As atividades da Administração Federal e, especialmente, a execução dos planos e programas de govêrno, serão objeto de permanente coordenação.

(...)

§3º Quando submetidos ao Presidente da República, os assuntos deverão ter sido previamente coordenados com todos os setores neles interessados, inclusive no que respeita aos aspectos administrativos pertinentes, através de consultas e entendimentos, de modo a sempre compreenderem soluções integradas e que se harmonizem com a política geral e setorial do Govêrno. Idêntico procedimento será adotado nos demais níveis da Administração Federal, antes da submissão dos assuntos à decisão da autoridade competente." (original sem grifos)

16. O órgão da Procuradoria Geral Federal atuante junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PF-CADE), ao tecer comentários a respeito de possível conflito entre as competências do CADE e da ANATEL, em outra oportunidade, parece ter sintetizado esta afinção com parcimônia em breve trecho:

"CADE e ANATEL exercem nichos distintos de competência, sem grau de importância ou hierarquia, malgrado seja premente a harmonia na atuação dos entes para a satisfação do interesse coletivo". (ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de; e BADIN, Arthur Sanchez. Conflito entre normas do CADE e ANATEL, Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência, Brasília, 2011, p.47)

17. No tema em discussão, aliás, a atuação das entidades envolvidas parecem convergir, eis que, na hipótese examinada, o legislador preocupou-se em expressar, na legislação específica dos setores regulados, restrições que se complementam e que, em última análise, têm finalidade comum: *prevenir ou conter o abuso do poder econômico*. O que, por sua vez, afina-se com as regras gerais de proteção à ordem econômica.

18. Desse modo, além do objetivo geral de atendimento aos fundamentos e valores da ordem econômica que compartilham todos os entes envolvidos, o legislador fez previsão de regra específica, com viés também concorrencial, relativa à proibição de verticalização e restrição à propriedade cruzada (artigo 5º da Lei n.º. 12.485/2011).

19. Portanto, as normas e os objetivos regulatórios e concorrenciais aqui convergem.

20. Nessa toada, mostra-se salutar a notificação e solicitação de informações endereçadas pelo CADE à ANCINE, parecendo recomendável que esta Agência não só colabore com aquele Conselho, como também solicite informações a todos os entes estatais afetados para formar seu convencimento; conduzir sua atuação; e proferir decisões conclusivas em sua esfera de competência.

21. No setor sujeito à regulação da ANCINE, além das implicações fáticas, técnicas e mercadológicas

levantadas pela área técnica, forçoso reconhecer, sob o ângulo jurídico, que a aquisição da Time Warner pela AT&T, considerando os seus intrincados contornos, toca, em nosso ordenamento jurídico, a própria Constituição Federal (CRFB) e, necessariamente, a Lei nº. 12.485/2011.

22. Nesse sentido, primeiramente, salienta-se que está consignado em nossa Constituição o seguinte:

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

(...)

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

23. Na organização do texto constitucional, a norma em destaque situa-se no Título VII, reservado à Ordem Econômica e Financeira, mais especificamente, onde se dispõe sobre os princípios gerais da atividade econômica, encartando, assim, a repressão ao *“abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”* como mandamento geral de proteção à ordem econômica.

24. Interessante observar, nesse particular, que a repressão do abuso do poder econômico tem como pano de fundo, no sistema de valores constitucionais, a promoção da livre concorrência (artigo 170, IV, da CRFB), a proteção ao consumidor (artigo 5º, XXXII e 170, V, da CRFB) e, ainda, a realização de uma sociedade livre e justa (artigo 3º, I), onde a liberdade de iniciativa é permeada por valores sociais (artigo 1º, IV), conforme adverte a doutrina:

“Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo poder.’ É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social.

(...)

“A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art.173, §4º).

“Os dois dispositivos se completam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.” (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, 1996, Malheiros Editores, 11ª edição, p.726/727)

25. Como se não bastasse, também no Título VIII relativo à Ordem Social, o Constituinte preocupou-se em deixar registrado que os meios de comunicação social não fossem objeto de monopólio ou oligopólio, *in verbis*:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.” (originais sem grifo)

26. A previsão específica em Título destinado à Ordem Social, mais exatamente, como parágrafo de artigo onde se proíbe restrição à liberdade de pensamento, criação, expressão e informação, sem dúvida, tem o intuito de consagrar a manifestação ampla e diversificada das mesmas liberdades. Nessa linha, levando em conta a estreita relação entre os parágrafos e a cabeça do artigo na técnica legislativa e na hermenêutica, não parece demais dizer que o §5º do 220 incorpora norma que não só protege a ordem econômica, mas que também tutela a diversidade de fontes e o pluralismo, tão caros às liberdades expressadas na cabeça do dispositivo.

Nessa direção, parece vir apontando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina mais atenta ao tratar do preceito constitucional aqui realçado:

"(...) O §5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monoplização no setor (§5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado 'poder social da imprensa' (...)." (STF, Rel. Min. Ayres Brito, ADPF nº.130/DF, DJe 06-11-2008)

"Uma outra norma constitucional que merece realce neste ponto está contida no art. 220, § 5º, que proíbe a sujeição dos meios de comunicação social – sejam eles impressos ou eletrônicos – de forma direta ou indireta, a monopólio ou oligopólio. Tal norma se harmoniza perfeitamente com o princípio do pluralismo e tem por propósito de evitar o controle do 'mercado de ideias' por um ou alguns poucos grupos econômicos." (BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, nº. 5, fev/mar/abr, 2006, p.13)

27. O legislador, por sua vez, iluminado pelos mandamentos constitucionais supracitados (artigos 1º, *caput*, I, II, IV e V; 173, §4º; e 220, §5º), ponderou em abstrato, de um lado, a livre iniciativa (artigo 1º, IV e 170, *caput*, da CRFB) e, de outro, a livre concorrência (artigo 170, IV, da CRFB) e a proteção ao consumidor (artigo 5º, XXXII e 170, V, da CRFB), para fixar previamente, no setor regulado, parâmetro para caracterizar o abuso do poder econômico e a concentração tida como excessiva e ilegal para esse mercado em específico, o que deu origem, entre outros dispositivos, ao artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011, que dispõe:

"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. (Vigência)

§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.”

28. Dessa forma, não parece aqui o fórum adequado para se discutir a possibilidade (ou não) de verticalização e/ou de propriedade cruzada nos setores de audiovisual e telecomunicações, uma vez que a regra já está posta. De fato, essas práticas são expressamente restringidas nesses mercados específicos, como se depreende do dispositivo legal em destaque. O legislador efetuou a escolha, em abstrato, deixando explicitado na Lei a proibição e os parâmetros que devem ser observados nos ditos mercados. A discussão da matéria pertence à fase pré-legislativa, portanto.

29. De todo modo, acredita-se que o processo de criação da norma não é desimportante para sua interpretação e, conseqüentemente, em sua aplicação. Nesse sentido, aliás, pede-se licença para lançar mão de dois dos pareceres proferidos durante o processo legislativo:

Parecer da Comissão de Defesa do Consumidor às Emendas ao Substitutivo do Relator Deputado Vital do Rêgo Filho

“Participação cruzada de capital entre empresas de telecomunicações e do audiovisual.

*Um dos principais argumentos que embasaram a demanda por uma nova disciplina na comunicação audiovisual eletrônica por assinatura consistiu na verificação da necessidade de ampliar o número de atores nesse segmento, com vistas a fomentar a competitividade e, por consequência, elevar a penetração e a qualidade dos serviços. **Ao longo dos debates acerca do assunto, contudo, consolidou-se, de forma quase unânime, a compreensão de que a abertura indiscriminada do mercado poderia ter efeitos nefastos, dada, principalmente, a potencialidade de ingresso de competidores com excessivo poder de mercado. Nessa linha, para assegurar um aumento prudente dos atores e a manutenção de condições equilibradas de concorrência na futura formatação do mercado, decidiu-se pela imposição de restrições na participação cruzada entre os setores de telecomunicações e de audiovisual.”***

Parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática ao Substitutivo ao Projeto de Lei nº 29, de 2007

“9. Restrições cruzadas na cadeia de valor

(...)

*Considerando a discrepância entre a magnitude dos faturamentos dos setores de telecomunicações e de produção de audiovisual, optamos por acatar a referida emenda. A medida permitirá que sejam evitadas potenciais distorções induzidas por aplicações massivas de capitais transnacionais na produção artística e cultural nacional. Além disso, permitirá que seja mantido o espírito da proposta original, qual seja, **impedir que tanto o segmento das telecomunicações quanto o da radiodifusão controlem toda a cadeia produtiva da comunicação audiovisual de acesso condicionado**.” (originais sem grifos)*

30. Daí, não é difícil extrair dos trechos destacados a finalidade da norma de coibir o ingresso de competidores com excessivo poder de mercado e impedir que tanto o segmento das telecomunicações quanto o da radiodifusão controlem toda a cadeia, tudo com o objetivo de prevenir o abuso do poder econômico, promover a concorrência, proteger o consumidor, garantir a diversidade de opções e a manifestação de novos entrantes. O que observado sob uma perspectiva de sistema, parece fazer todo sentido, quer considerando a Constituição, quer as demais disposições legais, senão vejamos.

31. É consabido que a Constituição está no ápice de nosso sistema jurídico e, conforme já adiantado, a norma

contida no artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011 inspira-se nos mandamentos constitucionais de “*repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência*” (artigo 173, §4º, da CRFB) e de que “*os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio*” (artigo 220, §5º, da CRFB). Nesse diapasão, o dispositivo tem, ainda, em última análise, por finalidade promover a livre concorrência (artigo 170, IV, da CRFB) e proteger o consumidor (artigos 5º, XXXII e 170, V, da CRFB) e, mediatamente, tutelar as liberdades de expressão e informação (artigo 5º, IX, XIV e artigo 220, *caput*, da CRFB), garantir a democracia (artigo 1º, *caput*, da CRFB), os valores sociais (artigo 1º, IV, da CRFB), o pluralismo (artigo 1º, V, da CRFB) e a cidadania (artigo 1º, II, da CRFB). O artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011 acomoda-se, pois, no sistema constitucional.

32. Aliás, ilustrativo, nesse sentido, é o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº. 4.679-DF onde o preceito sob exame teve a sua constitucionalidade questionada e, no entanto, vem sendo mantida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Com efeito, ao cotejá-lo com os preceitos constitucionais, o Ministro LUIZ FUX, Relator do caso, entre outros argumentos, registrou:

“Os pareceres, acostados aos autos por intermédio da manifestação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, dão conta de que a mens legislatoris não foi a de restringir a competição, mas sim promovê-la, evitando que agentes econômicos dotados de significativo poder de mercado pudessem dominar o setor e, ao final, aniquilar a livre concorrência.

Nesse sentido, a restrição à propriedade cruzada (art. 5º, caput e §1º) e a vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II) representariam uma restrição pontual à liberdade de iniciativa de alguns (i.e., aqueles potencialmente dotados de poder de mercado) em proveito da liberdade de iniciativa de todos os demais players do segmento produtivo e, a fortiori, do hígido funcionamento daquele setor.

(...)

Dispõe o Título VII da Constituição da República sobre a “Ordem Econômica e Financeira” assentando suas bases axiológicas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, bem como nos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, dentre outros. Sobressaem desse plexo normativo vetores de sentido aparentemente contraditórios. De um lado, a garantia da livre iniciativa desponta como desdobramento da liberdade individual projetada nos domínios da economia, a erigir verdadeira proteção do indivíduo contra interferências externas que tolham sua autonomia empreendedora. Cuida-se, aqui, de um típico direito negativo ou de defesa, oponível precipuamente ao Poder Público e às suas prerrogativas de autoridade. De outro lado, porém, a proteção da concorrência e a defesa do consumidor exigem uma postura intervencionista do Estado sobre os mercados, de modo a evitar que o poder econômico de um indivíduo possa asfixiar a liberdade dos outros, bem como a impedir que a iniquidade reine nas relações intersubjetivas. Trata-se, portanto, de um dever de atuação do Estado, a que corresponde um direito positivo ou prestacional do cidadão de ver-se tutelado contra o abuso de terceiros. Densificando o conteúdo jurídico e conciliando a eficácia desses princípios constitucionais fundamentais, a Carta de 1988 positivou regras específicas, ao determinar, por exemplo, que a lei reprima o ‘abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’. Particularmente sobre mercado de comunicação audiovisual, a Lei Maior trouxe dispositivo próprio, voltado a proibir a configuração de monopólio ou oligopólio no setor.

(...)

No mercado de produtos audiovisuais, os efeitos deletérios da concentração excessiva de poder econômico suscitam problemas adicionais e de inegável sensibilidade constitucional. Refiro-me aqui aos desdobramentos nocivos da concorrência imperfeita sobre o direito à liberdade de expressão e à liberdade de informação.

(...)

Diante desse quadro fático e jurídico, não me parece que o art. 5º, caput e §1º nem o art. 6º, I e II, ambos da Lei nº 12.485/11, tenham violado qualquer previsão constitucional. Bem ao revés: as regras proibitivas da propriedade cruzada entre os setores de radiodifusão e de

telecomunicações, bem como aquelas impeditivas da verticalização da cadeia de valor do audiovisual nada mais fazem do que, direta e imediatamente, concretizar os comandos constitucionais inscritos no art. 170, §4º e 220, §5º, da Lei Maior, no sentido de coibir o abuso do poder econômico e evitar a concentração excessiva do mercado. Cuida-se, portanto, de regras antitruste que buscam prevenir a configuração de falhas de mercado (monopólios e oligopólios) e a distorção alocativa que lhes é correlata. De forma mediata, as aludidas regras contribuem ainda para promover a diversificação do conteúdo produzido, justamente porque tendem a evitar que o mercado de TV por assinatura se feche, ampliando as fontes de informação disponíveis e o espaço para a manifestação de novos entrantes. Na linha já apontada pela Procuradoria-Geral da República, trata-se de reconhecer que as proibições veiculadas pelo art. 5º, caput e §1º, e pelo art. 6º, I e II, ambos da Lei nº 12.485/11, realizam a dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão e de informação, no que tem destaque o papel promocional do Estado no combate à concentração do poder comunicativo.”
(original sem grifos)

33. No âmbito da mesma ADI, a Procuradoria-Geral da República ao enfrentar a questão a partir dos direitos fundamentais e do art. 220, § 5º da Constituição também manifestou-se pela constitucionalidade da norma:

"16. Na sua perspectiva tradicional, os direitos de liberdade são considerados como direitos de defesa, impondo limitações à atuação do Estado, que deve adotar uma postura absenteísta. Assim ocorre com a liberdade de expressão, cujo exercício é incompatível com medidas de censura e patrulhamento. Por outro lado, na evolução da teoria dos direitos fundamentais, assentou-se o entendimento de que os direitos civis também possuem uma dimensão prestacional, que denota uma atuação comissiva do Estado para a sua promoção.

(...)

18. Nesse prisma, mostra-se necessária uma postura dúplice do Estado na sua atuação perante as situações de monopólio e oligopólio nos meios de comunicação. A priori, como destaca Luigi Ferrajoli, na formulação de políticas públicas de distribuição da propriedade das empresa de comunicação e na diversificação do conhecimento e das informações difundidos. E, a posteriori, na promoção da livre iniciativa (art. 170, IV, da CR) e na repressão à concentração e abuso do poder econômico, por meio de medidas corretivas ou sancionatórias, que dependem da edição de lei (art.173, §4º).

19. A segunda vertente é a mais invocada quando se trata de limitações aos meios de comunicação, mas a primeira deve ser privilegiada, por ser voltada à expansão das liberdades de expressão (comunicação e imprensa). A atuação do Poder Público nesse mister deve ser pensada em sentido amplo, como política de estado, de caráter perene e independente em relação à política de governo vigente em cada legislatura, o que somente proporcina intervenções pontuais e insuficientes.

20. Tendo em vista a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, cujos efeitos se espraiam por todo o ordenamento jurídico e incidem inclusive nas relações privadas, revela-se legítima a intervenção do Estado na estruturação e no funcionamento do mercado. Principalmente quando se trata de coibir os excessos da concentração de poderes em determinados grupos econômicos, de modo a se garantir a diversidade de pontos de vista e a prevalência da autonomia individual na livre formação da convicção de cada um.

21. Nos termos do artigo 175 e 223 da CR, a comunicação social tem natureza de atividade econômica em sentido amplo, na modalidade de serviço público, sendo-lhe aplicáveis as restrições incidentes sobre as empresas particulares quando concessionárias ou permissionárias. Observadas as garantias inerentes à liberdade de pensamento, o Estado pode figurar como ente regulador, assim como o faz em outras searas (e.g., energia e telecomunicações), oferecendo balizas aos particulares para que se tenha uma maior amplitude de canais de comunicação, propagando-se pontos de vistas diferentes e atingindo-se cada vez mais pessoas.

"22. As regras legais de restrição à propriedade cruzada e à propriedade vertical (art. 5º e 6º da Lei nº. 12.485/2011) consistem em medidas de implementação da vedação constitucional ao monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação social. (art. 220, §5º, da CR)." (original sem grifos)

34. Se a norma não contradiz a Constituição, também não parece contrariar as concorrenciais de igual hierarquia, afinando-se com o sistema, eis que convergem para o mesmo fim: reprimir o abuso do poder econômico, promover a concorrência livre, proteger o consumidor (artigo 1º da Lei nº. 12.529/2011).

35. Nesse particular, é ilustrativo artigo recente publicado no Jornal Valor Econômico, de autoria do professor VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO, onde o ex-presidente do CADE faz alusão ao artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011, ao que parece, apontando esta sintonia:

"Em linha com tais preocupações, a própria regulação dos setores Audiovisual e de telecomunicações prevê dispositivos para impedir esse tipo de integração. Refiro-me aqui sobretudo ao artigo 5º da Lei no 12.485/2011 (Lei do SeAC) que proíbe a verticalização da cadeia de valor Audiovisual e a propriedade cruzada entre produtoras e programadoras e prestadoras de serviços de telecomunicações. Os debates legislativos em torno dessa vedação apontam que o objetivo foi precisamente o de evitar condutas discriminatórias e excludentes típicas das estruturas verticalizadas. Além disso, não custa ressaltar, que esse dispositivo deve se aplicar a todas as empresas que distribuem seu conteúdo no Brasil. Se a regra não for interpretada desse modo, estaremos diante de manifesta desproporcionalidade e desequilíbrio competitivo entre os agentes no mercado. Essa preocupação com a manutenção da competição por meio da regulação setorial revela a finalidade de contenção do abuso do poder econômico. Ou seja, atrela-se a lógica econômica à proteção de outros valores como a liberdade de expressão e a preservação da diversidade e da pluralidade de ideias. Muitas vezes aspectos da regulação - ou de sua aplicação - em um determinado setor têm impactos negativos na competição, provocando aumentos de preços, perda da qualidade dos produtos ou serviços e, no limite, diminuição da variedade disponível aos consumidores. Não é esse o caso aqui. Estamos diante de um caso de interação positiva entre objetivos regulatórios e concorrenciais. Há uma regra explícita de proibição de integração vertical cujo objetivo primordial é exatamente garantir diversidade, opções de escolha, qualidade e cobranças de valores que são esperadas em um ambiente concorrencialmente sadio. Cumpre às agências competentes e ao Cade trabalhar em conjunto para aplicação dos dispositivos legais que visam proteger, em última instância, o consumidor brasileiro." (AT&T e Time Warner: um desafio à regulação – Valor Econômico – 22/05/2017 - original sem grifos)

36. No próprio Diploma Legal em estudo, não é diferente. A noção de sistema também é fundamental. Consoante já afirmado alhures, a norma não deve ser interpretada em tiras. De fato, o mesmo fio que conduziu ao artigo 5º, passou pelo artigo 6º; pelos artigos 8º, 9º, 10; e assim por diante. A meu juízo, as demais disposições da norma vêm exatamente corroborar a aplicação do artigo 5º aqui analisado.

37. Nesse ponto, parece relevante fazer parênteses para mencionar, particularmente, a sua harmonia com o artigo 9º da mesma Lei, uma vez que, aparentemente, segundo divulgado na imprensa, pretende-se apressadamente afastar a incidência do citado artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011, valendo-se da alegação de que as empresas estrangeiras envolvidas na operação não têm sede no Brasil, e mais, a partir daí intenta-se concluir, como se fosse possível, que seus atos praticados e/ou com efeitos no Brasil não estariam sujeitos às leis brasileiras, em especial ao dispositivo em questão (artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011).

38. Conclusão tão absurda, posto que atentatória à lógica sistêmico-jurídica, não resiste a fraco sopro, senão vejamos.

39. O próprio artigo 9º da Lei nº. 12.485/2011 desautoriza a tese pretendida, como se vê, *in verbis*:

“Art. 9º As atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

Parágrafo único. As atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela Agência Nacional do Cinema - Ancine no âmbito das competências atribuídas a ela pela Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.”

40. Ora, a partir da literalidade do artigo 9º, *caput*, da Lei nº. 12.485/2011, seria possível extrair a seguinte conclusão: se as atividades de produção, programação e empacotamento não são exercidas por sociedades empresárias constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País, não seriam livres, não seriam possíveis, não seriam regulares. É ao que conduziria a interpretação literal do preceito. Dito de outra forma: ou as empresas se encaixam nesse dispositivo; ou não podem exercer as ditas atividades de forma regular no País.

41. Se alguma dúvida ainda persiste, basta uma leitura ao artigo 10, *caput*, da Lei, posto que nele fica consagrada a aderência da atividade de programação no Brasil à legislação vigente. Na lógica do dispositivo abaixo transcrito, pouco importa seja a programação gerada, disponibilizada e transmitida diretamente do exterior para o Brasil - *programação internacional* - ou a partir do território brasileiro - *programação nacional* -, uma vez que a responsabilidade pelo conteúdo programado deve necessariamente tocar o território nacional, não por outra razão senão à sujeição à legislação vigente:

“Art. 10. A gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos.

§1º As programadoras e empacotadoras deverão depositar e manter atualizada, na Ancine, relação com a identificação dos profissionais de que trata o caput deste artigo, os documentos e atos societários, inclusive os referentes à escolha dos dirigentes e gestores em exercício, das pessoas físicas e jurídicas envolvidas na sua cadeia de controle, cujas informações deverão ficar disponíveis ao conhecimento público, inclusive pela rede mundial de computadores, excetuadas as consideradas confidenciais pela legislação e regulamentação, cabendo à Agência zelar pelo sigilo destas. (...)” (original sem grifos)

42. O que aconteceu no setor audiovisual é que a ANCINE, ao interpretar teleologicamente o artigo 9º, *caput*, da Lei nº. 12.485/2011, fez a devida consideração das peculiaridades dos mercados regulados, das demais normas em vigor (artigo 1º, XIV, da Medida Provisória nº. 2.228-1/2001, artigos 2º, XX, 10 e 12 da Lei nº. 12.485/2011, por exemplo) e a finalidade do próprio dispositivo, para entender possível que tais atividades fossem exercidas do exterior para o Brasil também por meio de uma empresa constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no País, vale dizer, que aquelas sociedades empresárias, mesmo as estrangeiras, deveriam se sujeitar às leis e foro brasileiro, bem como constituir representante único no País com poderes para resolver quaisquer questões e para receber notificações administrativas ou judiciais, o que parece razoável, considerando a finalidade da exigência.

43. Nesse espírito é que foram editadas as Instruções Normativas ANCINE nº. 100/2012 e nº. 102/2012, onde se lê:

“Art. 2º As atividades de produção, programação e empacotamento no Brasil são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país. (Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)

§1º O exercício da atividade de programação do exterior para o Brasil somente será permitido às programadoras estrangeiras que se sujeitarem às leis e foro brasileiro, quanto aos atos ou operações praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, incluindo as obrigações previstas na Lei nº 12.485/2011, nos mesmos termos em que se aplicam às empresas com sede

no Brasil. (Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)

§2º Em observância ao disposto no §1º, e sem prejuízo da possibilidade de relação comercial direta, as programadoras estrangeiras deverão firmar contratos em português, sob regime jurídico brasileiro e com foro estabelecido no Brasil, quanto aos atos ou operações praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, inclusive em suas relações comerciais com agentes econômicos brasileiros. (Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)

§3º Em observância ao disposto no §2º, os instrumentos contratuais devem ser firmados em moeda brasileira. (Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)

§4º A programadora estrangeira que exerça atividade de programação do exterior para o Brasil está obrigada a manter, permanentemente, representante único no país, com poderes para resolver quaisquer questões e receber intimação e notificação administrativa e citação judicial em nome da empresa estrangeira. (Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)

§5º O representante de que trata o §4º deverá ser empresa constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, a qual deverá assumir em nome e no interesse da programadora estrangeira, suas responsabilidades e obrigações legais perante a ANCINE. (Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)

§6º O representante deverá, ainda, figurar como anuente nos contratos de produção, programação e empacotamento firmados pela programadora estrangeira com agentes econômicos brasileiros, nos quais devem constar, em favor do anuente os poderes descritos nos §§ 4º e 5º. (Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)

§7º A comercialização ou o licenciamento, no exterior, de canais de programação destinados ao empacotamento para oferta em território brasileiro será caracterizada como exercício da atividade de programação do exterior para o Brasil, à exceção dos canais não adaptados ao mercado brasileiro. (Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)” (original sem grifos)

44. Não se vislumbrou naquela oportunidade qualquer ilegalidade na interpretação teleológica do artigo 9º, *caput*, da Lei nº. 12.485/2011, nos moldes expostos na norma regulatória. De mais a mais, restou consignado expressamente nas mencionadas normas infra-legais a sujeição de todos os atores, inclusive aqueles que exercem a atividade do exterior para o Brasil, à Lei nº. 12.485/2011, especialmente ao seu artigo 5º - *e não poderia ser diferente.*

45. Aceitar a tese de que as sociedades empresariais em questão não estariam sujeitas às leis brasileiras, em especial ao referido artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011, significa dizer que o legislador, por meio do dispositivo em foco, pretendeu coibir o abuso do poder econômico nesse mercado específico apenas por parte das empresas nacionais, mas permitiu às estrangeiras fazê-lo sem qualquer problema.

46. Aliás, conforme já mencionado em parágrafos anteriores, dentre as razões que inspiraram a norma, estavam exatamente as de impedir o ingresso de competidores com excessivo poder de mercado e o abuso do poder econômico, e, nessa linha, realmente, soa absurdo imaginar que se conferiu salvo conduto, exclusivamente, às empresas estrangeiras nesse particular.

47. Ora, a interpretação deve ser dotada de racionalidade e razoabilidade e, naquele aventado sistema de ideias absurdas, seria possível beneficiar sociedades empresárias estrangeiras, sem qualquer justificativa ou critério; estimular que todas as demais empresas não tenham mais sede no Brasil para obter esse suposto privilégio; permitir que as ditas sociedades interpretem a legislação, inclusive para não se sujeitem à legislação brasileira e à fiscalização pelo órgão competente, como e quando lhes aprouverem, desfrutando sempre de seus bônus, driblando os ônus e, assim, podíamos seguir, nadando pelas raias do absurdo, a largas braçadas.

48. É cediço que o direito deve ser interpretado de modo que não conduza a absurdos, conforme, aliás, há muito já assinalava consagrada doutrina:

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um

absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.”
(MAXIMILIANO, Carlos. Interpretação e Aplicação do Direito, 2ª edição, Livraria Globo, 1933, p.183)

49. Neste contexto, afigura-se igualmente falaciosa a tese de que a simples revogação do artigo 2º da Instrução Normativa ANCINE nº. 100/2012 afastaria a aplicação do artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011. Puro engano, tal revogação apenas implicaria significativo impacto regulatório às demais programadoras internacionais, sem qualquer efeito no caso em exame. Vale dizer, uma eventual empreitada em detrimento da norma regulatória da ANCINE traria nada além da necessidade de mudanças gerenciais e administrativas por parte das programadoras internacionais, sem qualquer alteração da sua situação de sujeição à legislação brasileira.

50. Dito isso, é preciso deixar bem vincado que a interpretação literal dos artigos 5º e 9º da Lei nº. 12.485/2011 é ainda mais rigorosa que aquela sistemática e teleológica acolhida pela ANCINE para o exercício da atividade de programação do exterior para o Brasil. Ao contrário do que tentam fazer crer aqueles que pretendem, a partir da leitura apressada do artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011, afastar a incidência da norma aí fixada às sociedades empresárias estrangeiras, a compreensão literal da expressão “*com sede no Brasil*” tornaria o exercício da atividade pelas mesmas empresas irregular à luz do artigo 9º, *caput*, do mesmo Estatuto.

51. Enfim, não há dúvidas de que o artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011 dialoga com a Constituição e, nos microsistemas do audiovisual, telecomunicações e concorrencial, com as demais disposições legais, o que não deixa de ser reconhecimento de sua adequada posição no ordenamento jurídico, em interpretação racional, sistemática, teleológica e histórica, em consonância com o que ensina abalizada doutrina:

“A interpretação, portanto, deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica)”. (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 1ª edição - 3ª tiragem, São Paulo, Saraiva, 2009, p.291.)

52. No presente caso, a análise técnica, consubstanciada na Nota Técnica nº. 03/2017/SAM (doc.0451563), parece indicar certa concentração nos mercados analisados, fazendo, inclusive, alusão a estudo anterior efetuado em conjunto com a ANATEL nesse sentido, o que seria aumentado pelo ato em foco, com potencial para provocar impactos concorrenciais negativos no mercado regulado pela ANCINE. O agravamento da concentração e, ainda, o seu potencial para dificultar a entrada e permanência de outras firmas, por si só, parecem ir na contra-mão das razões que inspiraram o marco setorial (Lei nº. 12.485/2011) e dos mandamentos constitucionais de proibição do abuso do poder econômico com vistas à dominação dos mercados (artigo 173, §4º, da CRFB), de vedação ao monopólio ou oligopólio do poder comunicativo (artigo 220, §5º, da CRFB), de promoção da concorrência (artigo 170, IV, da CRFB), de proteção ao consumidor (artigos 5º, XXXII e 170, V, da CRFB), de pluralidade (artigo 1º, IV e V, da CRFB) e de democratização dos meios de comunicação (artigo 1º, *caput* e I, da CRFB). Nesse sentido, a aquisição em tela parece significar retrocesso à luz das diretrizes setoriais e dos preceitos constitucionais, o que *prima facie* conta em seu desfavor no ambiente jurídico.

53. Além disso, forçoso reconhecer que a mesma análise técnica aponta, caso concretizada a operação, potencial impacto concorrencial negativo, que submete-se ao referido artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011 e, nesse ponto, apresenta-se indícios de violação ao mesmo, como evidenciam os trechos a seguir de sua versão pública:

“9.5 - A Lei nº 12.485/2011, no art. 5º, estabelece no âmbito do exercício das atividades que compõe o serviço de televisão por assinatura (serviço de acesso condicionado, conforme terminologia da Lei) limites à integração vertical entre as atividades de programação, na camada do audiovisual, e de distribuição, na camada de telecomunicações. Dessa forma, a anunciada aquisição da totalidade do controle da Time Warner pela AT&T, controladora da empacotadora Sky, se efetivadas, resultará na violação ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011.

9.6 - A aprovação no Brasil do Ato de Concentração entre a Time Warner e a AT&T e a

consequente integração vertical entre dois dos principais grupos econômicos nos elos de programação e de empacotamento tem grande potencial de resultar em efeitos anticompetitivos no segmento de TV por assinatura brasileiro.

(...)

9.7 - Na Nota Técnica Conjunta Anatel-Ancine “Aspectos Econômicos e Comerciais do Serviço de acesso Condicionado”, as duas agências com ascendência regulatória sobre o segmento de TV por Assinatura, concluíram que: “No mais, há que se considerar que a manutenção das relações de dominância nos elos de programação e de empacotamento e distribuição, marcadas por grandes grupos com grande poder de barganha, tende a perpetuar o status quo do mercado de TV por assinatura como um todo, diminuindo a possibilidade de contestação das posições dominantes em cada elo, o que tende a culminar em maior distanciamento do bem estar do consumidor de seu ponto ótimo.

9.8 - A integração vertical entre os dois grupos aprofundará os problemas decorrentes da concentração já existente nessas atividades. Isso porque a imposição de restrições verticais, como discriminação de preço no licenciamento de canais e limitação do acesso às programadoras concorrentes aos pacotes de TV por assinatura, tornar-se-á economicamente mais vantajosa se o grupo atuar nos dois elos da cadeia, pois eventuais perdas de receita no mercado de programação poderiam ser compensadas pelo aumento de vendas no mercado de bens finais – o que poderia aumentar o incentivo pra que as empresas venham a adotar esse tipo de conduta.

9.9 – Dessa forma, em um contexto de oligopólio em produtos diferenciados, no qual as Requerentes contam com poder de mercado, espera-se que a firma integrada seja capaz de impor desvantagens aos seus competidores, dificultando a entrada de novas firmas e a permanência de firmas já estabelecidas, tanto no mercado de empacotamento, quanto no mercado de programação.

9.10 – Considerando todos os possíveis efeitos negativos no mercado de televisão por assinatura, a análise do ato de concentração aqui procedida sob a perspectiva concorrencial vai ao encontro dos preceitos estabelecidos no art. 5º da Lei nº 7 12.485/2011. (...)”

54. Desse modo, considerando o disposto na manifestação técnica em destaque, em princípio, parecem existir indícios de que a operação em foco é potencialmente violadora do disposto no artigo 5º da Lei nº. 12.485/2011.

55. Por derradeiro, nesse aspecto, registra-se ainda, que o órgão da Procuradoria Geral Federal atuante junto à Agência Nacional de Telecomunicações (PF-ANATEL), por meio do PARECER n. 00302/2017/PFEANATEL/PGF/AGU, chegou a conclusão similar, de onde se extrai breve trecho:

“49. Ora, as empresas subsidiárias da Warner são brasileiras, atuam no Brasil, possuem CNPJ e auferem receita no Brasil. Dessa Maneira, o simples fato de serem controladas por pessoa jurídica com sede em outro país não afasta, repita-se, a aplicação do art.5º, nem de qualquer dispositivo da Lei do SeAC. Elas se submetem plenamente à Lei do SeAC tal qual qualquer empresa com sede no Brasil. Vale dizer: tais empresas ao serem constituídas na forma da legislação brasileira, informaram aos órgãos competentes as suas respectivas sedes no Brasil, o que implica a possibilidade de elas serem demandadas no Brasil e a sujeição às leis brasileiras, independentemente do domicílio de seus proprietários e de suas atividades estarem sujeitas à direção de uma pessoa jurídica estrangeira.

50. Em suma, o art. 9º da Lei nº 12.485/2011 determina expressamente que ‘as atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País’. O que a ANCINE fez foi simplesmente autorizar que tais atividades fossem exercidas do exterior para o Brasil também por meio de uma empresa constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, considerando, então, que tal empresa é que está exercendo as atividades. O fato, então, é que a necessidade de observância ao art. 5º da Lei nº12.485/2011 ocorre em ambas as situações.

51. Dessa feita, esta Procuradoria entende que, caso a operação seja concretizada, há indícios de

violação ao art. 5º da Lei do SeAC, devendo a Anatel tomar as providências necessárias para garantir que o dispositivo seja cumprido.” (original sem grifos)

56. Dessa forma, alinhando-se com o parecer jurídico citado, no âmbito do mercado audiovisual, recomenda-se que a ANCINE, oportunamente, adote “as providências necessárias para garantir que o dispositivo seja cumprido”.

57. Nessa linha, observa-se que a Diretoria Colegiada da ANCINE, ao tomar conhecimento da Nota Técnica nº. 03/2017/SAM (doc.0451563), proferiu a Resolução nº. 825-E/2017 (doc.0438717) para que, diante dos “indícios de que, uma vez concretizada a operação, haveria infração ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011”, fossem adotadas providências para apurar o caso, comunicando prontamente os “agentes econômicos envolvidos, dando-lhes ciência das conclusões técnicas da Agência, da legislação de regência e das sanções correspondentes”.

58. Parece salutar, em princípio, para o acompanhamento e condução do caso, a decisão da Diretoria Colegiada da ANCINE de informar os agentes envolvidos a respeito desta primeira análise técnica, permitindo que se manifestem, desde logo, se quiserem, apresentando os elementos que entenderem pertinentes para elucidar os fatos da melhor forma possível, sendo, por óbvio, facultado a esta Agência solicitar as informações complementares que sejam necessárias às decisões a serem proferidas no âmbito de sua competência regulatória.

59. No mesmo fio, parece recomendável, conforme afirmado no início deste parecer, que esta Agência Reguladora dialogue com os demais entes estatais afetados, solicitando e compartilhando informações, na construção das decisões que serão proferidas no âmbito de sua competência.

60. Por último, parece igualmente recomendável, sobretudo a considerar que o presente caso pode ensejar atuação de diferentes áreas desta Agência, que as decisões de mérito relativas ao mesmo sejam acompanhadas e submetidas, oportunamente, à deliberação da Diretoria Colegiada da ANCINE.

61. Ante o exposto, acredita-se ter respondido à consulente.

À consideração superior.
Rio de Janeiro, 30 de maio de 2017.

LUIZ VICENTE SANCHES LOPES
PROCURADOR FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01416016434201769 e da chave de acesso 71949f4a

Documento assinado eletronicamente por LUIZ VICENTE SANCHES LOPES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 46197043 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUIZ VICENTE SANCHES LOPES. Data e Hora: 31-05-2017 14:46. Número de Série: 13542947. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA
COORDENAÇÃO DE CONSULTORIA E ACESSORAMENTO JURÍDICO
AV. GRAÇA ARANHA, Nº 35, SALA 801, CENTRO, CEP 20.030-002, RIO DE JANEIRO-RJ
TELEFONES: (21) 3037-6352/6096 ENDEREÇO ELETRÔNICO: PROCURADORIA@ANCINE.GOV.BR

DESPACHO n. 00346/2017/PROC-CHEFE/PFEANCINE/PGF/AGU

NUP: 01416.016434/2017-69

INTERESSADO: AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE.

ASSUNTO: AQUISIÇÃO DE CONTROLE UNITÁRIO DA TIME WARNER INC. (TIME WARNER) PELA AT&T INC. (AT&T).

Aprovo o **PARECER n. 00049/2017/CCAJ/PFEANCINE/PGF/AGU** em anexo.
Encaminhe-se ao interessado.

Rio de Janeiro, 31 de maio de 2017.

ALEX BRAGA MUNIZ

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01416016434201769 e da chave de acesso 71949f4a

Documento assinado eletronicamente por ALEX BRAGA MUNIZ, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 48509816 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALEX BRAGA MUNIZ. Data e Hora: 31-05-2017 15:26. Número de Série: 1224859. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v4.
