
A ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO E PROCESSOS DE CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES COM O ADVENTO DA LEI 12.529, DE 2011

*ANALYSIS OF MERGER ACTS AND OF ANTI-COMPETITIVE
CONDUCTS IN THE TELECOMMUNICATION SECTOR AFTER THE
ENFORCEMENT OF LAW NO. 12.529 OF 2011*

Cristina Campos Esteves

Doutora pela Universidade de Campinas – Unicamp. Especialista em Administração Pública de Minas pela Escola de Minas de Paris – Paristech, Especialista em Direito da Concorrência pela Faculdade Getúlio Vargas – FGV, Procuradora Federal em exercício na Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE de outubro/2009 a dez/2012. Procuradora Federal atualmente em exercício na Procuradoria Federal Especializada junto à ANATEL

SUMÁRIO: Introdução; 1 Das alterações realizadas pela Lei 12.529/2011 no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; 2 Mudanças Estruturais; 3 Mudanças na análise de atos de concentração - implementação da análise prévia; 4 Mudanças na análise das condutas em face da ordem econômica; 5 Da abrangência das competências da

ANATEL e do CADE na vigência da Lei 8.884, de 1994; 6 Da absorção das Competências Instrutórias da ANATEL pela Superintendência-Geral do CADE no âmbito da Lei 12.529 de 2011; 7 Da hermenêutica sistemática da Lei Geral de Telecomunicações e da nova lei antitruste em relação ao Sistema de Análise Prévia de Atos de Concentração no mercado de telecomunicações; 8 O procedimento a ser adotado quanto a atos de concentração, processos administrativos de infração à ordem econômica e averiguações preliminares cuja operação tenha sido notificada ao Estado até o dia 19 de junho de 2012; 9 harmonização dos artigos da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que permanecem vigentes, com a Lei n. 12.529/2011; 10 Competência Instrutória; 11 Competência para análise dos Atos de Concentração no Mercado de Telecomunicações – Competência Regulatória; 12 O procedimento a ser adotado internamente pela ANATEL ante as demandas que eventualmente receber do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para instrução dos processos que envolvam o setor de telecomunicações; 13 Conclusões; Referências.

RESUMO: Este artigo trata das alterações introduzidas na análise dos atos e concentração e condutas anticompetitivas no setor de telecomunicações tendo em vista a publicação da Lei 12.529, de 2011. Inicialmente abordaremos as principais alterações estruturais trazidas pela nova Lei Antitruste. Em um segundo momento, apontaremos as principais alterações ocorridas nos processos dos atos de concentração e apuração de condutas no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ao final, analisaremos as competências da Anatel e do Cade no que tange ao controle de concentrações e condutas na esfera antitruste, tendo em vista a harmonização da LGT e da nova lei Antitruste.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste. Telecomunicação. Anatel. Cade.

ABSTRACT: This article describes the alterations introduced by the publication of Law 12.529, of 2011, in the analysis of the merges acts and of anti-competitive conducts in the telecommunication area. We are first going to discuss the main structural changes brought by the new Antitrust Law. In a second moment, we'll show the main

alterations that happened in the processes of mergers acts and anti-competitive conducts analysis in the Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (Antitrust Council). In the end, we'll analyze CADE's and ANATEL's competencies concerning the control of mergers acts and anti-competitive conducts in the antitrust area, considering a conciliation between General Telecommunication Law and the new Antitrust Law.

KEYWORDS: Antitrust. Telecommunication. Anatel. Cade.

INTRODUÇÃO

A Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, conhecida como nova Lei Antitruste é resultado de extensos debates realizados na esfera legislativa em torno do Projeto de Lei 3.937/2004¹. O novo diploma legal trouxe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência mudanças robustas tanto na estrutura, como nas competências e procedimentos relativos aos processos de análise de atos de concentração e apuração de condutas.

Com as mudanças aludidas, o legislador buscou dotar a Administração Pública de maior eficiência em atenção ao princípio constitucional de mesmo nome, previsto no *caput* do art.37 da CR de 1988, tendo sempre em vista o respeito às garantias e direitos constitucionais. Sabe-se que o direito Antitruste é um dos instrumentos de que dispõe o Estado para fins de intervenção no mercado e que a análise *a posteriori* dos atos de concentração prevista na Lei 8.884, de 1994, trazia alto grau de insegurança ao mercado, razão pela qual era condenada pelas melhores práticas internacionais².

As alterações introduzidas no sistema jurídico pela Lei 12.529, de 2011, aplicam-se a todos os mercados de bens e serviços sem exceção, donde se conclui que suas normas aplicam-se também o mercado de Telecomunicações regulado pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.

Este artigo visa debater algumas das alterações trazidas pela nova Lei Antitruste ao mercado de telecomunicações, considerando as normas da Lei Geral de Telecomunicações – LGT, Lei 9.472, de 1997.

1 CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. Revista dos Tribunais: 2011. p.31.

2 Idem, p.37.

1 DAS ALTERAÇÕES REALIZADAS PELA LEI 12.529/2011 NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Para adequada compreensão das mudanças implementadas no SBDC pela Lei 12.529, de 2011, passamos a analisá-las separadamente em relação às instituições que integram o sistema (mudanças estruturais) e, posteriormente, as alterações materiais introduzidas nas análises dos atos de concentração e condutas contra a ordem econômica.

2 MUDANÇAS ESTRUTURAIS

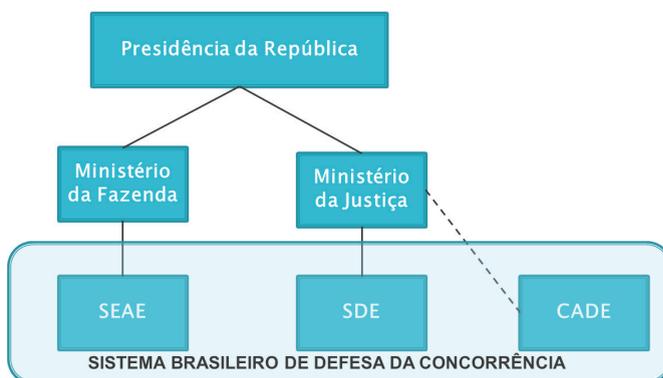
No que tange à estrutura da Administração Pública no setor antitruste, a principal alteração introduzida pela nova lei foi a consolidação das funções de investigação e julgamento dos atos de concentração e condutas de infração da ordem econômica no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

No sistema que esteve vigente durante a Lei 8.884, de 1994, as competências relativas à instrução de processos de atos de concentração e apuração de condutas anticompetitivas eram realizadas pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), respectivamente. Posteriormente, ambos os tipos de processos, uma vez instruídos, eram encaminhados ao Cade para fins de julgamento.

Da forma como desenhado, o sistema da Lei 8.884, de 1994, permitia a sobreposição de funções durante a instrução, impedindo, por exemplo, que servidores especializados na análise de determinado mercado utilizassem sua experiência em ambos os tipos de processos (atos de concentração e apuração de condutas).

Além disso, o diálogo entre SEAE e SDE era dificultado pelo fato de a primeira integrar a estrutura do Ministério da Fazenda, enquanto a segunda encontrava-se no âmbito do Ministério da Justiça. Essa fragmentação da máquina pública no que tange à instrução dos processos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dificultava o intercâmbio de experiências e informações.

Em termos estruturais, na Lei 8.884, de 1994, o organograma do SBDC apresentava-se da seguinte forma:



Com a entrada em vigor da Lei 12.529, de 2011, as competências relativas à instrução dos processos e atos de concentração e apuração de condutas são consolidadas no âmbito do Cade. A SDE do Ministério da Justiça é extinta e suas competências são transferidas a um órgão criado no âmbito do Cade (Superintendência-Geral) para realização da instrução dos processos relativos tanto aos atos concentração quanto de apuração de condutas.

No que tange à SEAE, esta perde sua competência instrutória em relação aos atos de concentração, o que também passa a ser realizado pela Superintendência-Geral do Cade, mantendo apenas as competências relativas às funções de advocacia da concorrência.

No âmbito do novo modelo institucional, o Cade passa a ser formado por duas grandes estruturas: o Tribunal Administrativo, órgão judicante, e a Superintendência-Geral, órgão responsável pela instrução dos processos.

A nova estrutura do SBDC implementada pela Lei 12.529, de 2011, pode ser representada da seguinte forma:



A nova estrutura do SBDC congrega em um único órgão as competências de instrução e julgamento dos processos de atos de concentração, bem como daqueles que apuram eventuais infrações contra a ordem econômica, possibilitando à Administração utilizar a expertise de seus servidores em todos os processos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC materializando, em maior grau, o princípio da eficiência.

3 MUDANÇAS NA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO – IMPLEMENTAÇÃO DA ANÁLISE PRÉVIA

A principal alteração introduzida pela Lei 12.529, de 2011, em relação à análise dos atos de concentração, foi a implementação do sistema de análise prévia com alteração dos critérios de notificação e do prazo para aprovação desses atos pelo Estado.

Na vigência da Lei 8.884, de 1994, as fusões, incorporações e aquisições eram apresentadas ao Estado posteriormente à sua concretização pelas partes, desde que se enquadrassem em uma dentre duas hipóteses, quais sejam:

- (i) da operação resultasse concentração igual ou superior a 20% no mercado relevante ou,
- (ii) um dos grupos envolvidos na operação tivesse apresentado faturamento bruto igual ou superior a R\$ 400 milhões no ano anterior ao da operação no Brasil³.

3 Art.54. Os atos, sob qualquer forma manifestados que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I – tenham por objetivo, *cumulada ou alternativamente*,

a) aumentar a produtividade

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou

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

II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (destacamos)

Esse modelo trazia sérias dificuldades ao Cade em ambas as fases do processo: conhecimento da operação e seu julgamento. Na fase de conhecimento apresentavam-se, por exemplo, questões relativas à abrangência do termo mercado relevante em razão de sua subjetividade, fato que tornava este critério de difícil aplicação. Por hora do julgamento, não raras vezes o Cade se deparava com dificuldades na imposição de remédios para proteção da livre concorrência no mercado envolvido, em razão de esta já se encontrar materializada na realidade, muitas vezes fruto de negociações longas e complexas entre as empresas⁴.

De modo a diminuir as incertezas provocadas no mercado pelo sistema de análise posterior dos atos de concentração, no sistema de análise prévia inaugurado pela Lei 12.529, de 2011, as partes devem apresentar ao Estado a operação que pretendem realizar antes de esta se concretizar de fato, facilitando, dessa forma, a imposição de eventuais restrições necessárias à defesa da livre concorrência que se façam necessárias para proteção do ambiente concorrencial sadio.

Outro ponto positivo trazido pela nova lei foi a extinção do critério subjetivo de notificação. No novo sistema, são de apresentação obrigatória ao SBDC as fusões, incorporações e aquisições em que um dos grupos partícipes da operação tenha registrado balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país no ano anterior ao da operação equivalente ou superior a R\$ 750 milhões e o outro grupo envolvido tenha o mesmo faturamento equivalente ou superior a R\$ 75 milhões de reais⁵⁻⁶.

4 Com fins de assegurar a possibilidade de desfazimento de operações em caso de sua reprovação pelo CADE, mantendo inalteradas as condições de mercado e prevenindo a materialização de medidas posteriormente irreversíveis, o Regimento Interno da Autarquia então vigente (artigos 139 a 141), previa a possibilidade de as empresas envolvidas na operação firmarem um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação – APRO com o Plenário do Cade

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

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

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

§ 1o Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

6 Os valores originalmente previstos pela Lei 12.529, de 2011, são de R\$ 400 milhões e R\$ 30 milhões, tendo sido alçados a R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões pela Portaria Interministerial do Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda nº 94, de 30 de maio de 2012.

O aumento dos valores relativos ao faturamento para fins de conhecimento da operação pelo Cade teve o condão de excluir da esfera de análise do Estado operações que, em razão de introduzirem pouca ou pequena mudança no ambiente concorrencial, ou envolverem sociedades empresárias muito pequenas, não acarretam qualquer risco ao ambiente concorrencial. Anteriormente à mudança, essas operações de pequeno porte assoberbavam a Administração Pública impedindo que parte substancial dos servidores se dedicassem à análise de casos relevantes.

Assim, conforme afirmado no início deste artigo, as alterações trazidas pela Lei 12.529, de 2011, no SBDC, tiveram o condão de dotar não só a estrutura do governo, mas também a forma de análise dos processos, de maior eficiência na defesa da livre concorrência.

Nesse sentido o entendimento do ex-Presidente do Cade Olavo Chinaglia:

A instituição do regime de análise prévia dos atos de concentração econômica, somada à mudança nos critérios legais de notificação, visa, fundamentalmente, à promoção de maior efetividade no controle de estruturas, por meio da redução no número de casos analisados (ou, de forma mais precisa, por meio do direcionamento de recursos públicos e privados para casos que tenham, de fato, algum potencial anticompetitivo) e da inversão da estrutura de incentivos aos agentes econômicos⁷⁻⁸.

Na nova sistemática, os atos de concentração deverão ser analisados e julgados pelo Cade no prazo de até 240 dias contados do protocolo da petição das partes na Autarquia ou de sua emenda⁹. O prazo para julgamento dos atos de concentração poderá ser prorrogado em duas hipóteses, quais sejam, por 60 (sessenta) dias em caso de requerimento das partes ou 90 (noventa) dias em caso de decisão fundamentada do Plenário do Cade.

7 ANDERS, Eduardo Caminati; LEOPOLDO, Pagotto; VICENTE, Bagnoli. *Nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012, prefácio.

8 Por inversão dos incentivos econômicos entende-se o fato de que na nova lei Antitruste, à medida que a concretização dos atos de concentração depende do pronunciamento do Estado, interessa às partes prover o CADE, com a maior eficiência e brevidade possíveis, de todas as informações e dados necessários à análise cabal dos impactos da operação nos mercados analisados para sua aprovação.

9 Art.88, parágrafo 2º, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

4 MUDANÇAS NA ANÁLISE DAS CONDUTAS EM FACE DA ORDEM ECONÔMICA

No que tange à apuração de condutas, a principal mudança trazida pela Lei 12.529, de 2011, ao Sistema Antitruste, foi a alteração dos critérios para aplicação das multas aos infratores da Ordem Econômica.

Enquanto na Lei 8.884, de 1994, as multas poderiam variar de 1% a 30% do valor do faturamento bruto da empresa, na Lei 12.529, de 2011, as sociedades empresárias passam a poder ser apenadas em 0,01% a 20% do faturamento bruto registrado pela empresa, *grupo ou conglomerado no ramo de atividade afetado pela conduta anticompetitiva* no ano anterior ao início das investigações.

No que tange às pessoas físicas, a lei também alterou os critérios para aplicação de multa reduzindo o percentual antigo de 10 a 50% do *valor aplicável à empresa* para 1 a 20% do mesmo valor efetivamente *aplicado à empresa*. A troca da base de cálculo, *in casu*, dota o sistema de maior razoabilidade em razão de limitar a penalidade da pessoa física a percentual sobre o que de fato foi aplicado à pessoa jurídica no caso concreto, impedindo eventual falta de correlação entre a pena aplicada a uma empresa e à pessoa física desta mesma em empresa em relação a uma mesma conduta.

A Lei 12.529, de 2011, introduziu no sistema antitruste, além das alterações substanciais acima elencadas, alterações procedimentais que aumentam a racionalidade do modelo de análise. Ao lado das duas formas de processos administrativos existentes na Lei 8.884, de 1994: Averiguações Preliminares e Processos Administrativos, a nova lei trouxe o Procedimento Preparatório.

Segundo a nova lei antitruste, o procedimento preparatório de inquérito administrativo pode ser instaurado pela Superintendência-Geral nas hipóteses em que existe dúvida acerca da competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para investigação e julgamento de determinada conduta¹⁰. Essa nova norma atende aos ditames do princípio constitucional da Eficiência,

10 Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; [...]

Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica.

§ 1o O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

na medida em que evita a instauração de procedimentos mais complexos sem que, prefacialmente, se tenha como certa a competência do SBDC.

5 DA ABRANGÊNCIA DAS COMPETÊNCIAS DA ANATEL E DO CADE NA VIGÊNCIA DA LEI 8.884, DE 1994

No âmbito dos mercados regulados, dentre os quais se situa o mercado de telecomunicações, o Estado atua por meio de duas instituições que, em regra, exercem competências complementares de regulação e proteção da livre concorrência.

Nesse sentido, a Lei Geral de Telecomunicações – LGT estabeleceu como forma de organizar os serviços de telecomunicações que:

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Como forma de implementar a proteção da concorrência no mercado de telecom, a Lei Geral de Telecomunicações – LGT atribuiu à Anatel as competências pertinentes ao conhecimento e julgamento dos

§ 2º A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei. (destacamos).

atos de concentração, no âmbito dos artigos 71, 97 e 114, todos da LGT¹¹, assim como de repressão às práticas contra a ordem econômica no art.19 do mesmo diploma legal¹².

Antevendo a necessidade de compatibilização entre as normas da Lei Geral de Telecomunicações em matéria antitruste com a então vigente Lei 8.884, de 1994, o Decreto nº 2.338, de 1997, que tem como objeto o Regulamento da Anatel, determinou que os expedientes instaurados pela Anatel que devessem ser conhecidos pelo Cade lhe seriam diretamente encaminhados pela Anatel em observância das normas da então Lei 8.884, de 1994¹³.

Materializando a compatibilização mencionada, a Anatel editou a Resolução nº 195, de 1999, cujo objeto é a Norma nº 7/99 que cuida dos “Procedimentos Administrativos para Apuração e Repressão das Infrações da Ordem Econômica e para o Controle dos Atos e Contratos no Setor de Telecomunicações.”

Reafirmando as competências legais da Anatel previstas na LGT, a Norma nº 7/99, ao compatibilizar este diploma com a então vigente Lei 8.884, de 1994, esclareceu objetivamente que as competências legais da Anatel em matéria antitruste não incluem o julgamento dos processos, limitando-se à instrução dos feitos, senão vejamos:

11 Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

[...]

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

Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.

[...]

Art. 114. A caducidade da concessão será decretada pela Agência nas hipóteses:

I - de infração do disposto no art. 97 desta Lei ou de dissolução ou falência da concessionária; (...).

12 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.

13 Art.18. No exercício das competências em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, que lhe foram conferidas pelos art. 7º. § 2º., e 19, inciso XIX, da Lei nº. 9.472, de 1997, a Agência observará as regras procedimentais estabelecidas na Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994, e suas alterações, cabendo ao Conselho Diretor a adoção das medidas por elas reguladas.

Parágrafo único. Os expedientes instaurados e que devam ser conhecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE ser-lhe-ão diretamente encaminhados pela Agência.

Atos de Concentração

Art. 2.º Sem prejuízo de suas outras atribuições, é de competência da Anatel em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no setor de telecomunicações:

[...]

XII - elaborar parecer sobre os atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei nº 8.884/94, que envolvam prestadora de serviço de telecomunicações.

XIII - determinar o sigilo de documentos e informações, nos casos de instauração de processo administrativo, quando a lei o preveja ou o interesse público o exigir.

Repressão de Condutas contra a Ordem Econômica

Art. 2.º Sem prejuízo de suas outras atribuições, é de competência da Anatel em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no setor de telecomunicações:

II - proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica no setor de telecomunicações, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;

III - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares;

IV - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal cabível, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

V - instaurar, de ofício ou mediante representação, processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;

VI - recorrer de ofício ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;

VII - remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

VIII - celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o à aprovação do CADE, e fiscalizar seu cumprimento;

IX - sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho e fiscalizar o seu cumprimento;

X - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XI - receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE que envolvam prestadora de serviço de telecomunicações e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE;

[...]

Assim, segundo a legislação de Telecom, a competência para julgamento da Anatel restringe-se aos atos relativos a descumprimento ou contratos que tenham como objeto norma de regulação do mercado de Telecom, cuidando à agência, nas demais hipóteses, apenas a instrução dos processos administrativos para posterior envio ao Cade para julgamento¹⁴.

14 Nesse sentido, a Norma nº 7/99 estabelece:

Art. 3.º As condutas, atos ou contratos que implicarem descumprimento de legislação ou regulamentação específica do setor de telecomunicações, de contrato de concessão, de termo de permissão ou de ato ou termo de autorização, serão julgados pela Anatel que aplicará as sanções correspondentes, não cabendo das suas decisões recurso ao CADE, segundo estabelecido pelo inciso XXV, do art. 19, da Lei n.º 9.472/97.

§ 1.º As condutas, atos e contratos mencionados neste artigo que configurem hipótese de infração à ordem econômica nos termos dos arts. 20 e 21, da Lei n.º 8.884/94, ou ato previsto no art. 54, da mesma Lei, serão submetidos, por meio da Anatel, também à apreciação do CADE, para julgamento no âmbito de sua competência.

§ 2.º É responsabilidade dos celebrantes de ato previsto no art. 54, da Lei n.º 8.884/94, solicitar, por meio da Anatel, a apreciação do CADE.

6 DA ABSORÇÃO DAS COMPETÊNCIAS INSTRUTÓRIAS DA ANATEL PELA SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE NO ÂMBITO DA LEI 12.529 DE 2011

Conforme aludimos acima, a nova Lei Antitruste extinguiu a Secretaria de Direito Econômico – SDE que integrava a estrutura do Ministério da Justiça criando em seu lugar a Superintendência-Geral – SG no âmbito da estrutura do Cade.

Nos termos da nova Legislação, compete à Superintendência-Geral a elaboração de pareceres em atos de concentração, bem como a instauração e instrução de processos de condutas contra a Ordem Econômica para posterior julgamento do Cade.

Dispõe a Lei 12.529, de 2011, acerca das competências da SG:

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

I - zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório;

V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;

b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei;

c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;

d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal;

e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;

f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de qualquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem;

VII - recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

VIII - remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

IX - propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento;

X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento;

XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XII - receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica;

XIII - orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão;

XVI - exercer outras atribuições previstas em lei;

XVII - prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e

XVIII - adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

Assim, temos que no modelo antitruste adotado pelo legislador no âmbito da Lei 12.529, de 2011, as funções públicas relativas à análise das estruturas e condutas contra a ordem econômica, eventualmente

praticadas no âmbito de todo e qualquer mercado, foram reunidas em uma mesma estrutura – Cade – com fins de potencializar a eficiência do Estado.

Neste contexto, não mais existe razoabilidade ou qualquer fundamento legal em se manter no âmbito da Anatel as competências instrutórias relativas ao controle de estruturas e condutas contra a ordem econômica. O modelo inaugurado pela Lei 12.529, de 2011, indica que estas competências foram integralmente transferidas para a Superintendência-Geral do novo Cade. No item seguinte passamos a discorrer sobre os fundamentos hermenêuticos desta conclusão.

7 DA HERMENÊUTICA SISTEMÁTICA DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES E DA NOVA LEI ANTITRUSTE EM RELAÇÃO AO SISTEMA DE ANÁLISE PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE TELECOMUNICAÇÕES

A compatibilização da LGT e da nova Lei Antitruste, trabalho que reside no campo da hermenêutica jurídica, há de buscar solução que promova o eficiente cumprimento das funções públicas pelo Estado de modo que ambos os diplomas legais – LGT e Lei Antitruste – legitimem a atuação estatal, no que tange às necessárias interferências nas esferas individuais, em respeito aos direitos e garantias individuais.

8 O PROCEDIMENTO A SER ADOTADO QUANTO A ATOS DE CONCENTRAÇÃO, PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA E AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES CUJA OPERAÇÃO TENHA SIDO NOTIFICADA AO ESTADO ATÉ O DIA 19 DE JUNHO DE 2012

A Lei 12.529, de 2011, trouxe em suas disposições transitórias, norma de *vacatio legis*, com a finalidade de disciplinar a transição entre o sistema da Lei 8.884, de 1994, e aquele inaugurado pela nova lei. Nesses termos, a compatibilização entre a LGT e a Lei 12.529, de 2011, há de considerar esses dois momentos, quais sejam, o período de *vacatio legis* e aquele de vigência do novo diploma.

Em razão da importância das mudanças introduzidas pela nova Lei Antitruste e da necessidade de preservar direitos e garantias dos agentes de mercado sem trazer inseguranças desnecessárias ao ambiente concorrencial, o legislador dispôs no art.128 da lei que esta entraria em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

Como forma de disciplinar o assunto, buscando preservar a análise dos atos de concentração materializados na vigência da Lei 8.884, de 1994, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica disciplinou a matéria no âmbito de seu Regimento Interno nos seguintes termos;

Art. 221. Os atos de concentração submetidos à apreciação do Cade durante a vigência da Lei nº 8.884, de 1994, serão analisados conforme os procedimentos previstos naquela Lei.

§1º Deverão ser respeitados os prazos de análise previstos no art. 55 da Lei nº 8.884, de 1994.

§2º Caberá à Superintendência-Geral exercer as competências instrutórias da Secretaria de Direito Econômico – SDE, e da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda previstas na Lei nº 8.884, de 1994, referente à análise de atos de concentração.

§3º Serão considerados como realizados durante a vigência da Lei nº 8.884, de 1994, os atos notificados até 19 de junho de 2012. (destacamos)

Segundo a norma supratranscrita, os atos notificados até 19 de junho de 2012 serão analisados segundo a norma da Lei 8.884, de 1994, razão pela qual o procedimento a ser adotado entre Cade e Anatel não há de sofrer qualquer alteração, preservando-se para estes o procedimento previsto na Norma nº 7/99, segundo a qual os atos de concentração e eventuais processos de apuração de conduta contra a ordem econômica são instruídos pela Anatel e, posteriormente, submetidos ao Cade por esta agência para julgamento.

9 A HARMONIZAÇÃO DOS ARTIGOS DA LEI N. 9.472, DE 16 DE JULHO DE 1997 (LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES – LGT), QUE PERMANECEM VIGENTES, COM A LEI N. 12.529/2011

Ultrapassada a aplicação da Lei 8.884, de 1994, aos atos de concentração no setor de telecomunicações notificados ao Estado durante a *vacatio legis* da Lei 12.529, de 2011, resta-nos estudar a compatibilização das normas da Anatel previstas na LGT em face das competências atribuídas ao Cade pela Lei 12.529, de 2011.

10 COMPETÊNCIAS INSTRUTÓRIAS

A questão jurídica aludida situa-se no campo do direito intertemporal, retroativo ou transitório¹⁵ e há de encontrar solução no campo da hermenêutica jurídica de modo a concluir pela revogação ou permanência das competências instrutórias de atos de concentração bem como de apuração de condutas anticompetitivas no mercado de telecomunicações pela Anatel, após o advento da Lei 12.529, de 2011.

Acerca da compatibilização das leis, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB afirma que, não se destinando à vigência temporária, as leis são promulgadas para ter vigência até que outra as modifique ou revogue¹⁶. A forma mais comum de revogação de um diploma legal é a revogação expressa, todavia, isto não ocorreu com qualquer dos dispositivos legais da LGT, uma vez que a Lei 12.529, de 2011, em nenhum de seus artigos traz qualquer norma nesse sentido.

Segundo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, três são os casos de revogação de uma norma por outra, quais sejam:

- i) quando expressamente o declare;
- ii) quando seja com ela incompatível; ou
- iii) quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Conforme vimos, leitura da nova Lei Antitruste esclarece inexistir revogação expressa de qualquer norma da LGT. Da mesma forma, é evidente que a nova Lei Antitruste não regulou inteiramente a matéria tratada na Lei Geral de Telecomunicações de forma que resta também afastada a terceira hipótese legal de revogação.

A segunda hipótese representa a revogação tácita de um diploma legal antigo por aquele mais recente que seja com ele incompatível. Entendemos ser esta a hipótese estudada, na medida em que a Lei 12.529, de 2011, introduziu um modelo sistêmico que reuniu em um mesmo órgão as funções de instrução e julgamento dos atos de concentração e condutas contra a ordem econômica. Assim, deixou de existir fundamento suficiente à manutenção de sistema distinto em relação tão somente

15 MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000, p.389.

16 Art.2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

aos atos de concentração e condutas anticompetitivas no mercado de telecomunicações.

Sobre a racionalidade que sustentou a criação de um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência único e concentrado, posiciona-se a primeira doutrina sobre a Lei 12.529, de 2011, nos seguintes termos:

Para além de uma simples diferença terminológica, acredita-se que a utilização do termo SBDC¹⁷ revele também um reconhecimento formal por parte do legislador de que os órgãos de defesa da concorrência devem formar um sistema coeso, com mecanismos de articulação institucional bem definidos, de maneira que formem um todo coerente, e não partes desarticuladas entre si.

[...]

A exclusão da SDE do SBDC, e a conseqüente incorporação de parte de suas funções pelo CADE, é uma tentativa clara do legislador de reduzir a dispersão de centros decisórios em diferentes órgãos, e, assim, procurar dar maior uniformidade e consistência à ideia de sistema.

[...]

Não obstante as críticas apontadas acima, há que se reconhecer que o novo modelo institucional adotado pela Lei, ao concentrar as principais funções em um único órgão, o CADE, racionalizará as atividades e trará ganhos de eficiência e escala ao SBDC, evitando-se as repetições de funções anteriormente encontradas na Lei 8.884/1994 entre SEAE, SDE e CADE. É de se esperar, portanto, aumentos de intensidade e qualidade na aplicação da Lei a partir dos ganhos que deverão surgir com atuação do “novo-CADE”. Essa é uma das maiores novidades desta Lei.¹⁸ (destacamos)

A incompatibilidade entre os dois sistemas pode ser evidenciada, ainda, se considerarmos as mudanças procedimentais introduzidas nas análises antitrustes pela Lei 12.529, de 2011.

17 Art.3º da Lei 12.529, de 2011 – “O SDBC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.”.

18 ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Método, 2012. p.2 e 15.

Conforme vimos acima, uma das mudanças ocorridas na análise dos atos de concentração foi a introdução do sistema de análise prévia impulsionado por prazos rígidos cujo descumprimento acarreta a aprovação tácita da operação¹⁹. Para que o Estado cumpra as novas regras, foi a estrutura do Cade incrementada com a criação de novos órgãos e cargos²⁰. A estrutura da Anatel não sofreu qualquer incremento de modo a autorizar a conclusão de que ela também daria cumprimento às novas regras e prazos. Da mesma forma, não seria razoável sustentar que os atos de concentração do mercado de telecomunicações, e somente eles, excepcionalmente, não se adequariam ao novo sistema e prazos introduzidos pela Lei 12.529, de 2011, sem norma expressa nesse sentido. Esse raciocínio é de pronto afastado por representar ofensa ao princípio ao princípio constitucional da isonomia.

Do mesmo modo, as alterações introduzidas nos procedimentos de apuração de condutas, como a criação do procedimento de inquérito administrativo, justificam que esta atribuição seja exercida com exclusividade pela Superintendência-Geral do Cade. Raciocínio em sentido contrário criaria uma exceção desautorizada em relação às condutas anticompetitivas situadas no mercado de telecomunicações em relação aos demais mercados.

Assim, no que tange aos atos de concentração notificados ao Estado depois de 19 de junho de 2012, assim como condutas perpetradas na vigência da nova Lei Antitruste, encontram-se revogadas as competências instrutórias da Anatel, com fundamento na Lei 12.529, de

19 Nesse sentido consultar Parecer nº 17/2012/PROCADE/PGF/AGU da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade.

20 Nesse sentido, a Lei 12.529, de 2011, prevê: Art. 121. Ficam criados, para exercício na Secretaria de Acompanhamento Econômico e, prioritariamente, no Cade, observadas as diretrizes e quantitativos estabelecidos pelo Órgão Supervisor da Carreira, 200 (duzentos) cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental, integrantes da Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, para o exercício das atribuições referidas no art. 1º da Lei no 7.834, de 6 de outubro de 1989, a serem providos gradualmente, observados os limites e a autorização específica da lei de diretrizes orçamentárias, nos termos do inciso II do § 1º do art. 169 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Ficam transferidos para o Cade os cargos pertencentes ao Ministério da Justiça atualmente alocados no Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico, bem como o DAS-6 do Secretário de Direito Econômico. (Vide Decreto nº 7.738, de 2012)

Art. 122. Os órgãos do SBDC poderão requisitar servidores da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional para neles ter exercício, independentemente do exercício de cargo em comissão ou função de confiança.

Art. 124. Ficam criados, no âmbito do Poder Executivo Federal, para alocação ao Cade, os seguintes cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS: 2 (dois) cargos de natureza especial NES de Presidente do Cade e Superintendente-Geral do Cade, 7 (sete) DAS-6, 16 (dezesseis) DAS-4, 8 (oito) DAS-3, 11 (onze) DAS-2 e 21 (vinte e um) DAS-1.

2011 em conjunto com o art. 2º, parágrafo 1º, do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

11 COMPETÊNCIA PARA ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE TELECOMUNICAÇÕES – COMPETÊNCIA REGULATÓRIA

A Lei Geral de Telecomunicações criou a Anatel com fins de regular o setor de telecomunicações em atenção à Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995. Nestes termos, dotou a Agência de uma série de competências específicas no sentido de que a nova entidade fosse capaz de organizar e disciplinar o mercado de telecomunicações.

Dentre as competências vinculadas à sua atividade finalística, compete à Anatel:

Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

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

Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.

A competência legal para aprovação prévia dos atos de concentração no mercado de telecomunicações acima transcrita em nada conflita com a competência genérica do Cade de apreciar os atos de concentração. Em verdade, essas competências se complementam, uma vez que enquanto o Cade conhece e julga os atos de concentração com fundamento na Lei Antitruste, buscando preservar a livre concorrência de mercado, a Anatel concederá ou não análise prévia para um ato de concentração tendo em vista aspectos regulatórios do setor de telecomunicações.

Nestes termos, o advento da Lei 12.529, de 2011, em nada altera a complementariedade das análises de um ato de concentração materializadas paralelamente pela Anatel – art.97 da LGT – e pelo Cade – art.88 da Lei Antitruste – uma vez que essas análises constituem, em

verdade, formas complementares de participação do Estado no mercado de telecomunicações no sentido de preservar sua dinâmica como um todo em benefício da sociedade.

Reforça este entendimento o art. 114 da LGT que prevê a decretação de caducidade do ato de concentração realizado no mercado de telecomunicações em caso de não ser concedida a aprovação prévia da Anatel²¹. Falecendo ao Cade competência para fins de concessão de direitos de exploração de telecomunicações, não poderia este, da mesma forma, pretender a decretação de sua extinção, competência que toca privativamente à Anatel nos termos do art.19 da LGT²² na condição de entidade regulatória do setor.

Ressalte-se, por oportuno, que a complementariedade entre as competências da Anatel e do Cade já era o entendimento adotado pela agência antitruste nos termos demonstrados pelo seguinte julgado:

EMENTA: Ato de Concentração. Hipótese de subsunção prevista no art.54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 – faturamento. Aquisição, pela DR Empresas de Distribuição e Recepção de TV Ltda. (“DR”), pertencente ao Grupo Net, da totalidade do capital social da Antenas Comunitárias Brasileiras Ltda., conhecida pelo nome de fantasia Blumenau TV a Cabo (“BVT”). Taxa processual recolhida. Setor envolvido. Serviços Essenciais de Infraestrutura, Telecomunicações. Mercado de TV por assinatura em Blumenau/SC. *Operação ocorrida em 2000 e notificada ao SBDC em 2006, por determinação do CADE após processo administrativo. Competência do CADE. Operação intempestiva. Prescrição da multa por intempestividade. Obrigatoriedade de notificação e análise pelo CADE imprescritível. Decisão da ANATEL pela aprovação com restrições consubstanciadas na cisão e alienação da firma fusionada. Utilização de dados da época da operação. Alteração do cenário concorrencial desde 2000. Ausência de prejuízos atuais à concorrência superiores aos patamares pré-operação. Alterações legais e regulatória visando uma maior abertura do mercado de TV por assinatura. Aprovação sem restrições. (destacamos)²³*

21 Art. 114. A caducidade da concessão será decretada pela Agência nas hipóteses:

I - de infração do disposto no art. 97 desta Lei ou de dissolução ou falência da concessionária; [...]

22 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:

[...]

V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público; [...].

23 AC nº 53500.028086/2006. Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

Nestes termos, a Anatel manteve a competência para a instrução e decisão dos pedidos de anuência prévia, de cunho prioritariamente regulatório após o advento da nova Lei Antitruste, permanecendo ambas as agências a atuarem de forma complementar em busca da manutenção do equilíbrio do mercado de telecomunicações.

Ao final deste item, vale ressaltar que, considerando que ambas as agências – Anatel e Cade – possuem competências para análise de questões concorrenciais relativas ao mercado de Telecomunicações, é importante que os procedimentos de anuência prévia da Anatel e julgamentos dos atos de concentração pelo Cade sejam objeto de coordenação em algum grau, de modo a diminuir a fragmentariedade da atuação estatal impedindo a emissão de decisões contraditórias no âmbito da Administração Pública.

Vale ressaltar, sob este aspecto, que a nova Lei Antitruste prevê em seu art.65, inc.I²⁴, que da decisão de aprovação de um ato de concentração em mercado regulado pela Superintendência-Geral do Cade, é possível a interposição de recurso para o Tribunal por parte da Agência Reguladora, prerrogativa que será melhor exercida em prol da tutela coletiva no mercado relevante de Telecom, por meio da integração dos procedimentos.

12 O PROCEDIMENTO A SER ADOTADO INTERNAMENTE PELA ANATEL ANTE AS DEMANDAS QUE EVENTUALMENTE RECEBER DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE) PARA INSTRUÇÃO DOS PROCESSOS QUE ENVOLVAM O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

No intuito de dotar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica de instrumentos que permitam o exercício eficiente de suas competências legais nos exíguos prazos assinados para ultimação das análises concorrenciais, a Lei 12.529, de 2011, previu:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

[...]

²⁴ Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei:

I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora; [...].

XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e

“Art. 11. Compete aos Conselheiros do Tribunal:

[...]

III - requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidos sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias;“

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

[...]

VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções; (destacamos).

Assim, caso entenda necessário à instrução dos processos relativos aos atos de concentração e apuração de conduta em face da ordem econômica, poderá o Plenário do Tribunal, qualquer dos Conselheiros do Tribunal ou a Superintendência-Geral do CADE, requisitar informações da Anatel. Para que cumpram sua finalidade, por óbvio tais informações não de ser prestadas pela Anatel em prazo hábil a permitir sua utilização a tempo e modo pelo Cade.

Nesse sentido, é salutar que Cade e Anatel iniciem diálogo no sentido de estabelecer qual seria o prazo razoável para que a segunda agência encaminhe à primeira eventuais informações solicitadas. Contudo, reitera-se que ambas as agências devem acordar este e outros pontos relativos aos procedimentos necessários à quebra da fragmentariedade da máquina pública.

13 CONCLUSÃO

A publicação da Lei 12.529, de 2011, conhecida como nova lei antitruste trouxe mudanças robustas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com reflexos em todos os mercados relevantes de bens e serviços, dentre os quais o mercado de telecomunicações.

Cuidando-se o mercado de TSeicom de ambiente regulado, Cade e Anatel atuam de forma complementar materializando, dessa forma, a participação do Estado autorizada pela Constituição no artigo 174. O sistema da complementariedade não sofreu qualquer alteração com o advento da Lei 12.529. Assim, ambas as agências guardaram sua competência regulatória na esfera concorrencial. Todavia, enquanto Cade possui competência genérica para preservação da livre concorrência de mercado e julgamento de práticas anticompetitivas, a Anatel irá autorizar previamente os atos de concentração e julgar práticas anticompetitivas no setor de telecomunicações tendo em vista o direito regulatório do setor.

Considerando-se que a Lei 12.529 de 2011 foi publicada para entrar em vigor tão somente 180 dias após sua publicação oficial, é importante que até a data de entrada em vigor da nova lei sejam mantidos os procedimentos anteriormente utilizados entre Cade e Anatel para julgamento dos atos de concentração e condutas anticompetitivas no setor de telecom. Assim, permanecem vigentes a Norma nº 7/1999 objeto da Resolução nº 195/1999 para os atos de concentração e condutas materializados na vigência da Lei 8.884, de 1994. No que tange aos processos relativos a atos de concentração e condutas praticados na vigência da nova Lei Antitruste, deixa a Anatel de ser competente para a instrução dos processos anteriormente ao julgamento do Cade em razão da consolidação de ambas as funções – instrução e julgamento – na segunda agência em decorrência da criação da Superintendência-Geral.

REFERÊNCIAS

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CORDOVIL, Leonor; DE CARVALHO, Vinícius Marques. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo. *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: A lei 12.529/2011 comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 dez 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 4657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 27mar. 2013.

