



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Parecer Técnico nº /2004/DF COGSE/SEAE/MF

Em 5 de março de 2004

Referência: Ofício n.º 080/FOM/CADE, de 19 de fevereiro de 2004.

Assunto: Medida Cautelar nº 08700.00018/2004-18.

Representante: Associação Nacional de Investidores do Mercado de Capitais - ANIMEC.

Representadas: Telecom Itália International N.V., Techold Participações S/A, Timepart Participações Ltda. e Solpart Participações Ltda.

Recomendação: Deferimento da medida cautelar requerida.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica solicita à SEAE, nos termos do Artigo 5º da Resolução nº 28/2002 do CADE, parecer técnico referente à Medida Cautelar nº 08700.00018/2004-18.

1. DAS PARTES

1.1 Da Representante

1. A Associação Nacional de Investidores do Mercado de Capitais (“ANIMEC”), sociedade civil sem fins lucrativos que representa os interesses dos acionistas minoritários do mercado de capitais brasileiro, tem sede no Estado e na cidade de São Paulo, à rua Joaquim Floriano, nº 871, 6º andar, conj. 63/64, no bairro do Itaim Bibi.

1.2 Das Representadas

1.2.1 Telecom Itália International, N.V.

2. A Telecom Itália International, N.V. (“Telecom Itália”), empresa com sede na Holanda, na cidade de Amsterdã, “Atrium”, Strawinskylaen, 6º andar, 10772X, atua mundialmente, por meio de suas subsidiárias, no setor de telecomunicações. No Brasil, a Telecom Itália detém participação indireta no capital social da Brasil Telecom S/A (“Brasil

Telecom”) - empresa autorizada a prestar, dentre outros, o serviço telefônico fixo comutado (STFC) e o serviço móvel pessoal (SMP) - e da TIM Celular S/A (“TIM”) - empresa autorizada a prestar o SMP.

1.2.2 Techold Participações S/A

3. A Techold Participações S/A (“Techold”), empresa com sede à Av. Presidente Wilson, nº 231, 28º andar, no Estado e na cidade do Rio de Janeiro, detém participação indireta (por meio da Solpart Participações S/A) no capital social da Brasil Telecom, pertencendo ao bloco de controle desta empresa. Os acionistas da Techold, por sua vez, são os fundos Sistel, Previ, Petros, Telos e CVC/Opportunity, dentre outros.

1.2.3 Timepart Participações Ltda.

4. A Timepart Participações Ltda. (“Timepart”), empresa com sede à SAL, quadra 3, bloco C, nº 22, sala 1.319, na cidade de Brasília, Distrito Federal, detém participação indireta (por meio da Solpart Participações S/A) no capital social da Brasil Telecom, pertencendo ao bloco de controle desta empresa. Os acionistas da Timepart, por sua vez, são a Telecom Holding S/A, a Teleunion S/A e a Privtel Invest S/A.

1.2.4 Solpart Participações S/A

5. A Solpart Participações S/A (“Solpart”), empresa com sede à Av. Presidente Wilson, nº 231, 28º andar, no Estado e na cidade do Rio de Janeiro, detém participação indireta (por meio da Brasil Telecom Participações S/A) no capital social da Brasil Telecom, pertencendo ao bloco de controle desta empresa.

2. DA REPRESENTAÇÃO

6. A presente Representação é interposta pela ANIMEC em face do possível retorno da Telecom Itália ao bloco de controladores da Brasil Telecom - retorno que, segundo a Representante, limitaria gravemente a competição no setor de telecomunicações no Brasil, pelas razões expostas na petição inicial e transcritas na seção 2.2 (“Das

alegações”). Contudo, antes de se expor tais razões, faz-se necessário apresentar, ainda que de forma resumida, o contexto em que se insere a presente Representação.

2.1 Contexto

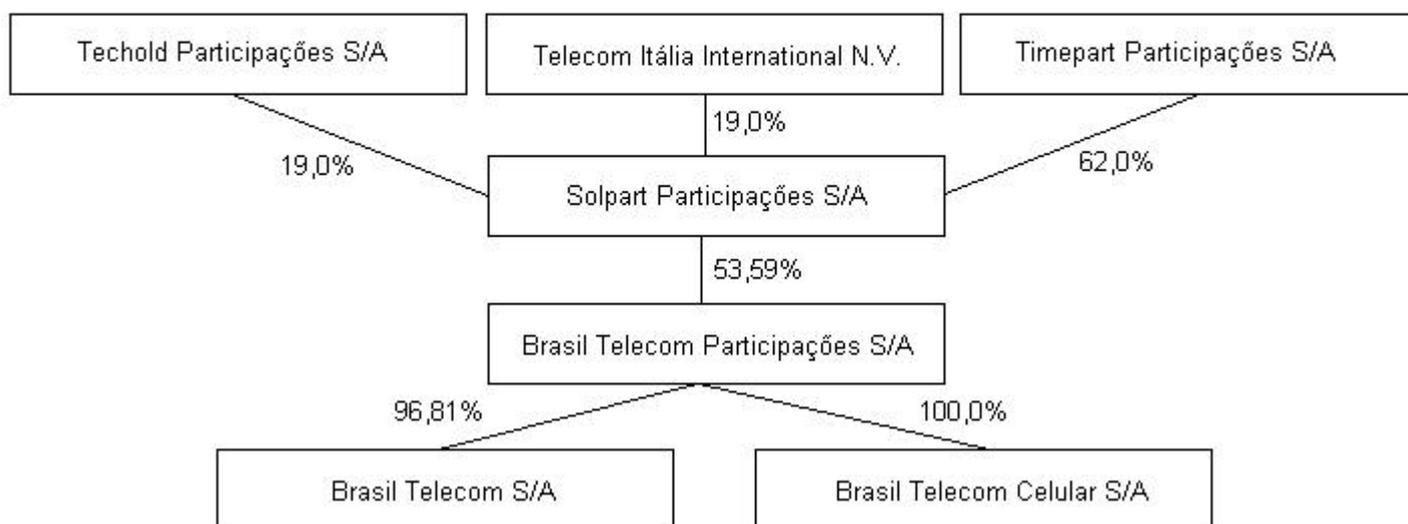
7. A estrutura societária do grupo Brasil Telecom compreendia, à época da privatização do sistema Telebrás, os seguintes acionistas: Telecom Itália, Techold e Timepart, os quais controlavam o grupo Brasil Telecom por meio da *joint venture* Solpart, por sua vez controladora da Brasil Telecom Participações S/A. Em 2001, desejou a Telecom Itália iniciar a exploração, no Brasil, de licenças de SMP (serviço móvel pessoal), por meio da participação nos leilões realizados pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Desta forma, a Telecom Itália adquiriu, em inícios de 2001, autorizações para explorar esse serviço em todo o Brasil, por meio de suas subsidiárias indiretas Blucel S/A, Unicel S/A e Starcel S/A, hoje incorporadas na TIM. Ocorre que o Plano Geral de Autorizações do SMP (Resolução/ANATEL nº 268/2001) dispõe que:

Art. 16 - A autorização para prestação de SMP a empresa que, diretamente ou por sua controladora, controlada ou coligada, seja concessionária de STFC, somente produzirá efeitos após o cumprimento das obrigações de universalização e expansão nos prazos previstos no art. 10, § 2º do PGO [*Plano Geral de Outorgas*].

Parágrafo único - a outorga de autorização do uso de radiofrequência só será expedida quando da comprovação do cumprimento das metas referidas no *caput*.

8. A Brasil Telecom, contudo, ainda não havia, à época da obtenção das licenças de SMP pela Telecom Itália, cumprido as metas de universalização referidas no dispositivo acima transcrito. Logo, viu-se a Telecom Itália na contingência de: (i) devolver as licenças de SMP adquiridas; ou (ii) abandonar o bloco de controle do grupo Brasil Telecom. Optou então por esta segunda saída, alienando à Timepart e à Techold, em 27 de agosto de 2002, respectivamente 121.847 e 64.511 ações ordinárias da Solpart, representativas de 18,29% do capital votante desta empresa. A estrutura societária do grupo Brasil Telecom passou a ser, então, a seguinte:

Figura 1 - Estrutura societária do grupo Brasil Telecom após a saída da Telecom Itália do bloco de controle



Fonte: elaboração própria a partir de informações prestadas pela Representante.

9. Assim, embora tenha mantido uma participação de 19%, a Telecom Itália deixou de exercer quaisquer prerrogativas que pudessem caracterizar controle sobre a administração do grupo Brasil Telecom, nos termos da Resolução nº 101/99 da ANATEL. Contudo, o termo aditivo firmado entre as partes previa o direito de recompra das ações alienadas pela Telecom Itália, nas seguintes hipóteses:

5.1 Em (i) 1ª de janeiro de 2004; (ii) data da publicação, conforme aplicável, do reconhecimento da ANATEL que a Companhia Operacional pertinente alcançou suas metas de universalização de 31 de dezembro de 2003, ou (iii) se a qualquer momento após o cumprimento da condição estabelecida na seção 7.2 abaixo, de acordo com a lei, regulamento, ordem administrativa ou decisão judicial (incluindo sem limitações ordens e decisões que não sejam definitivas), (A) a TIM for impedida de realizar qualquer serviço SMP em virtude da participação da TII na Companhia ou (B) a TII for impedida de manter os efeitos e a validade da transferência de ações referida na Seção 2 supra deste documento, o que ocorrer em primeiro lugar (“Fato Gerador de Recuperação”), as Seções Suspensas dispostas na Seção 4 supra serão automática e imediatamente restauradas a pleno efeito e vigência sem a necessidade de outra ação pelas Partes aqui representadas, devendo ser a partir de então observadas e reforçadas pelas Partes, seus respectivos diretores, representantes e designados, incluindo sem limitações, o Presidente da Assembléia de Acionistas ou das Reuniões do Conselho de Administração da Companhia, Companhia Controladora ou Companhia Operacional pertinentes.”

10. Tal alienação foi aprovada pela ANATEL por meio do Ato nº 29/190, encontrando-se, porém, ainda sob análise do CADE, na forma do Ato de Concentração nº 53500.005049/2002. Após a saída da Telecom Itália de seu bloco controlador, a Brasil Telecom Participações S/A – por meio de sua subsidiária Brasil Telecom Celular S/A

(“Brasil Telecom Celular”) - obteve da ANATEL, em 19 de janeiro de 2004, a certificação de cumprimento de suas metas de universalização, sendo então autorizada a prestar o SMP em toda a Região II do Plano Geral de Outorgas (aprovado pelo Decreto nº 2.534/98) - composta pelo Distrito Federal e pelos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Rondônia, Acre, Goiás e Tocantins.¹ Desta forma, encontra-se a Brasil Telecom Celular na iminência de iniciar a operação comercial de suas atividades, atualmente ainda em fase de testes. Constituir-se-á, então, uma nova prestadora de SMP na Região II do PGO, a qual já conta com a participação da TIM, da Vivo e da Claro, além de outras prestadoras cuja atuação se restringe ao mercado corporativo.

11. Em 5 de setembro de 2003, a Telecom Itália requereu à ANATEL a aplicação do dispositivo 5.1 do termo aditivo supracitado, pretendendo, assim, reingressar no bloco de controle do grupo Brasil Telecom. De fato, se executado o referido dispositivo, a Telecom Itália deterá, sobre a Solpart (e, também, sobre a Brasil Telecom Participações e sobre a Brasil Telecom), as prerrogativas previstas no Capítulo 4 (“Estrutura da Companhia e reuniões prévias das partes”) do contrato social da Solpart (conforme emendado pelo termo aditivo supracitado), quais sejam:

- (i) a indicação, pela Telecom Itália, de três dos doze membros do Conselho de Administração da Solpart;
 - (ii) a indicação pela Telecom Itália, em conjunto com a Techold, de dois dos doze membros do Conselho de Administração da Solpart;
 - (iii) a indicação, pela Telecom Itália, do Presidente do Conselho de Administração da Solpart, na hipótese de a Techold possuir menos do que determinada quantidade de ações daquela empresa (quantidade esta definida no termo aditivo supracitado);
 - (iv) a indicação, pela Telecom Itália, de diretores da Brasil Telecom e das subsidiárias desta, em quantidade proporcional aos membros indicados pela Telecom Itália ao Conselho de Administração da Solpart;
- e
- (v) a indicação, pela Telecom Itália, dos seguintes diretores da Brasil Telecom e das subsidiárias desta: diretor de operações; diretor técnico; e diretor de marketing e vendas, os quais estarão subordinados unicamente a seus respectivos diretores-presidentes.

¹ Cf. Atos de nº 41.770 a 41.780, todos publicados no D.O.U. em 19/01/2004.

12. Em 19 de janeiro de 2004, a ANATEL publicou sua decisão sobre o assunto, autorizando o retorno da Telecom Itália ao bloco controlador da Brasil Telecom, desde que: (i) a sobreposição de outorgas seja eliminada no prazo de 18 meses; e (ii) a Telecom Itália se abstenha de interferir nas deliberações da Brasil Telecom referentes a SMP, LDN ou LDI. Tais restrições, por seu turno, têm origem na regulamentação do setor, sendo vedada a sobreposição de licenças para a exploração de um mesmo serviço, em uma mesma região, por uma mesma empresa ou por empresas societariamente coligadas.² O retorno da Telecom Itália ao bloco controlador da Brasil Telecom, já autorizado pela ANATEL, constitui o ponto fulcral da Representação ora sob análise, como se verá a seguir.

2.2 Das alegações

13. Alega a ANIMEC que o retorno da Telecom Itália ao bloco de controle da Brasil Telecom ensejaria grave limitação da competição no segmento de telefonia móvel, por culminar em sobreposição de outorgas entre a TIM e a Brasil Telecom Celular. Segundo a ANIMEC, a Telecom Itália utilizar-se-ia de sua influência relevante (caracterizada pelas prerrogativas previstas no Capítulo 4 do contrato social da Solpart, conforme emendado termo aditivo firmado entre as partes em 27 de agosto de 2002) sobre a administração da Solpart para prejudicar, limitar ou mesmo impedir o bom funcionamento da operação comercial da Brasil Telecom Celular, de modo a evitar o surgimento - ou ao menos a consolidação - de um novo competidor para a TIM na Região II do PGO.

14. Em resposta à anuência, pela ANATEL, do retorno da Telecom Itália ao bloco controlador da Brasil Telecom, alega a ANIMEC que essa decisão da Agência foi ilegal em face dos arts. 68 da LGT e 8º do PGA-SMP (cf. nota nº 3). Teria a ANATEL, no entender da Representante, anuído com operação que resultará em sobreposição de licenças para a exploração de idêntico serviço, em um mesmo conjunto de localidades, por um mesmo grupo societário - sobreposição esta vedada pelos dispositivos mencionados. Sustenta ainda a Representante que a referida operação não se enquadra

² Cf., dentre outros dispositivos, o art. 68 da Lei nº 9.472/97 (LGT): “É vedada, a uma mesma pessoa jurídica, a exploração, de forma direta ou indireta, de uma mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado, salvo em regiões, localidades ou áreas distintas.” Ou, ainda, o art. 8º do Plano Geral de Autorizações do SMP: “É vedada a uma mesma prestadora, sua controladora, controlada ou coligada, a prestação de SMP, SMC ou ambos por meio de mais de uma autorização ou concessão, em uma mesma área geográfica de prestação de serviço, ou parte dela.”

nos termos do art. 87 da LGT, visto não resultar a sobreposição da eventual obtenção de nova outorga por empresa ou grupo que já detenha igual licença, mas sim de ato de concentração entre empresas autorizadas a explorar idêntico serviço em um mesmo conjunto de localidades.³ Logo, não caberia a aplicação (implícita, pelo prazo de 18 meses estipulado pela agência) daquele dispositivo ao caso concreto ora sob análise. Ademais, contesta a ANIMEC o caráter genérico das restrições formuladas pela Agência, não determinando esta a forma específica pela qual deverá ser equacionado o problema da sobreposição de licenças, deixando às partes a incumbência de o decidirem, sendo que o art. 87, invocado implicitamente pela ANATEL ao conceder o prazo de 18 meses, prevê a devolução da licença anterior - o que, no entender da Representante, significaria a devolução das licenças de SMP da TIM, caso fosse o dispositivo aplicável à operação em comento (hipótese, note-se, não admitida pela Representante). Ainda segundo a Representante, a autorização da ANATEL para o retorno da Telecom Itália ao controle da Brasil Telecom tratar-se-ia, assim, de ato administrativo ilegal, tanto por violar os arts. 68 da LGT e 8º do PGA-SMP, quanto por seu conteúdo indeterminado.

15. Por fim, sustenta a Representante que, além de ilegal pelas razões acima aduzidas, o ato da ANATEL cria um ambiente de incerteza regulatória danoso à realização de novos investimentos, pois havendo o risco de, ao cabo de 18 meses, ser cassada sua licença de SMP, a Brasil Telecom Celular não teria segurança jurídica para dar prosseguimento a seus planos de investimento.

16. Cumpre ainda ressaltar que a Brasil Telecom, em 20 de janeiro de 2004, manifestou ao CADE sua concordância com a substância das posições defendidas pela ANIMEC, consubstanciando o pedido de medida cautelar da Representante.

2.3 Do pedido

17. Culmina a ANIMEC, após expor as razões de fato e de direito que fundamentam sua Representação, por requerer ao CADE o quanto segue:

³ Art. 87 da LGT: “A outorga a empresa ou grupo empresarial que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço, será condicionada à assunção do compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data da assinatura do contrato, transferir a outrem o serviço anteriormente explorado, sob pena de sua caducidade e de outras sanções previstas no processo de outorga.”

[i]. Requer a ANIMEC, inicialmente, nos termos do art. 4º, § 1º, da Resolução nº 28/02 do CADE, seja a presente medida cautelar processada de forma apensada aos autos do Ato de Concentração nº 53500.005049/2002 (doc. 9), em razão da conexão existente entre esse Ato de Concentração e o futuro e eventual Ato de Concentração a ser proferido pela Anatel em face do pedido da TII de reingresso no Grupo de Controle da Brasil Telecom, até mesmo porque na Anatel os autos do pedido de saída da TII do Grupo de Controle da Brasil Telecom (nº 53500.004195/2002) foram apensados ao novo pedido de reingresso da TII no Grupo de Controle da Brasil Telecom (nº 53500.004480/2003).

[ii]. Estando demonstrado o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, requer a ANIMEC, nos termos do art. 4º, § 2º, da Resolução nº 28/02 do CADE, se digne o Conselheiro Relator de deferir, sem a oitiva das empresas participantes do ato de concentração, a medida cautelar para impedir a prática de ato por qualquer uma delas que limite ou prejudique a concorrência, inclusive sem limitar-se ao retorno da TII ao bloco de controle da Brasil Telecom, declarando a ineficácia para tal fim do “aditamento do acordo de acionistas”, em especial a Cláusula 5.1 abaixo reproduzida, assegurando à Brasil Telecom e à Brasil Telecom Celular o pleno exercício do seu direito de explorar as licenças do SMP, LDN e LDI, preservando, assim, o *status quo* do mercado de telecomunicações e os direitos já incorporados nessa empresa após a saída da TII do seu Grupo de Controle, até que seja julgado o mérito, por esse Conselho, do ato de concentração a ser formalizado na Anatel, relativo ao pedido da TII de retorno ao Grupo de Controle da Brasil Telecom:

[transcrição da cláusula 5.1 do termo de aditamento anteriormente reproduzido]

[iii]. Na hipótese de já ter sido praticado qualquer ato ilegal por parte da ANATEL ou dos representados, requer a ANIMEC que esse Conselho suspenda sua eficácia para não permitir que a TII retorne ao Grupo de Controle da Brasil Telecom, assegurando à Brasil Telecom e à Brasil Telecom Celular o pleno exercício do seu direito de explorar as licenças do SMP, LDN e LDI, preservando, assim, o *status quo* do mercado de telecomunicações e os direitos já incorporados nessa empresa após a saída da TII do seu Grupo de Controle.

[iv]. Nos termos do art. 5º da Resolução nº 28/02 do CADE, requer a ANIMEC seja a ANATEL intimada para prestar esclarecimentos quanto aos procedimentos em curso naquela Agência, determinando-se, inclusive, a remessa de cópias dos atos processuais para esse Conselho.

[v]. A decisão cautelar haverá de prevalecer não apenas até que esse Conselho julgue o Ato de Concentração nº 53500.005049/2002 - relativo à saída da TII do Grupo de Controle da Brasil Telecom - mas, sim, e principalmente, até o julgamento do Ato de Concentração que decorrerá da decisão da ANATEL a ser proferida no processo que lá tramita, relativa ao pedido da TII de reingresso no Grupo de Controle da Brasil Telecom (nº 53500.004480/2003), nos termos do art. 6º da Resolução nº 02/2002 do CADE, que a ANIMEC confia haverá de ser deferido.

3. DA ANÁLISE

3.1 Análise preliminar da operação

18. Condição necessária para a análise do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* do pedido de medida cautelar em comento é a investigação, ainda que em caráter preliminar, de quais seriam as prováveis conseqüências, para o(s) mercado(s) relevante(s) afetado(s), do retorno da Telecom Itália ao bloco controlador da Brasil Telecom. Embora

não trate este parecer, especificamente, do ato de concentração referente a tal reingresso, é mister investigar se há ao menos a possibilidade de que o ato seja de alguma forma prejudicial à ordem econômica, pois em caso negativo não se justificará conhecer do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

3.1.1 Da caracterização da influência dominante

19. Deve-se considerar, primeiramente, que a ANATEL condicionou a operação ao afastamento da Telecom Itália das deliberações relativas a SMP, LDN e LDI.⁴ Assim, a Telecom Itália ficaria, em princípio, impedida de tomar quaisquer ações que pudessem vir a prejudicar a operação da Brasil Telecom Celular, concorrente na Região II da TIM Celular. Contudo, a Agência manteve, em todo o resto, as prerrogativas previstas no Capítulo 4 do contrato social da Solpart, conforme emendado pelo termo aditivo firmado pelas partes em 27 de agosto de 2002, na forma que segue:

4.2 As Partes concordam que a COMPANHIA [Solpart] será administrada por um Conselho de Administração formado por 12 (doze) membros. Os membros do Conselho de Administração serão nomeados com a renúncia expressa do Artigo 141 da Legislação Societária Brasileira, como segue: a TII [Telecom Itália] elegerá e substituirá 3 (três) membros do Conselho; a TECHOLD elegerá e substituirá 7 (sete) membros do Conselho de Administração; e a TII e a TECHOLD, em conjunto, elegerão e individualmente exonerarão 2 (dois) membros do Conselho de Administração. Caso a TECHOLD ou a TII decidam unilateralmente substituir quaisquer dos membros eleitos em conjunto, a TII e a TECHOLD tomarão, prontamente, todas as medidas necessárias para a exoneração do(s) referido(s) membro(s) e para a nomeação conjunta do(s) membro(s) substituto(s). O Presidente do Conselho no nível da COMPANHIA, bem como da COMPANHIA CONTROLADORA [Brasil Telecom Participações S/A] e das Companhias Operacionais [subsidiárias operacionais - diretas ou indiretas - da Solpart], deverão ser eleitos dentre os membros do Conselho de Administração eleitos exclusivamente pela TECHOLD. Desde que a TECHOLD detenha, no mínimo, a Quantia Liminar, a TECHOLD terá o direito exclusivo de nomear, dentre os candidatos indicados apenas por ela, o candidato a Presidente do Conselho de Administração, que deterá os poderes conforme o disposto no Estatuto Social das referidas companhias, do Acordo de Acionistas de 2002 e das leis aplicáveis. No caso da TECHOLD deter menos que toda Quantia Liminar, o Presidente do Conselho de Administração será nomeado através de um sistema de rodízio de três anos, primeiro a partir dos membros nomeados pela TII e, depois, alternadamente a cada três (3) anos entre (i) os membros eleitos pela TECHOLD e (ii) os membros eleitos pela TII.

4.3 As Partes concordam que em todas as instâncias, cada qual dos Acionistas poderá designar, eleger e substituir um número de diretores no Conselho de Administração da COMPANHIA CONTROLADORA e Companhias Operacionais proporcionalmente à quantidade de membros do Conselho de Administração da Companhia que os referidos Acionistas terão o direito de eleger, ressalvado desde que a TII detenha, no mínimo, a Quantia Liminar, será assegurando o direito de

⁴ Art. 10 - Estabelecer que, enquanto permanecerem as superposições das mencionadas outorgas, a TELECOM ITÁLIA INTERNATIONAL N.V., direta ou indiretamente, fica impedida de participar, em todas as instâncias decisórias, das deliberações sobre matérias relacionadas a estas outorgas.

designar, eleger e substituir, no mínimo, um membro do Conselho de Administração de cada COMPANHIA CONTROLADORA e Companhias Operacionais, independentemente da quantidade de membros que componham o conselho em qualquer época.

[...]

4.4 Na medida em que a TII possuir, no mínimo, a Quantia Liminar, a TII terá o direito exclusivo de nomear no nível da COMPANHIA, da COMPANHIA CONTROLADORA e das Companhias Operacionais os executivos chave abaixo relacionados (“Representantes Nomeados da TII”), que assumirão a posição mais alta, imediatamente abaixo do diretor-presidente da referida entidade. O Conselho de Administração selecionará os executivos em questão a partir dos indivíduos nomeados pela TII. A TECHOLD poderá sugerir ao Conselho de Administração que qualquer indivíduo nomeado pela TII não seja selecionado somente se a TECHOLD acreditar, de boa fé, com base em comprovação objetiva e razoável, que o referido indivíduo não é qualificado para o cargo em questão. Não obstante a referida sugestão, o Conselho de Administração terá o direito de nomear o indivíduo indicado pela TII. Caso o Conselho de Administração não nomeie o indivíduo indicado pela TII, a TII terá o direito de indicar outros indivíduos para o referido cargo executivo até que o Conselho de Administração selecione um dos tais indivíduos.

- (a) Diretor de Operações
- (b) Diretor Técnico
- (c) Diretor de Marketing e Vendas

[...]

20. Percebe-se, portanto, que a restrição da ANATEL, em face das prerrogativas acima, torna-se pouco efetiva, pois seria, na prática, inconcebível que os três principais diretores de cada empresa do grupo Brasil Telecom se abstenham de deliberar sobre assuntos referentes a SMP, LDN e LDI. Ainda que possamos supor, por mero exercício dialético, que esses diretores não tenham qualquer poder de deliberação (o que seria difícil, senão mesmo impossível de se operacionalizar no plano do concreto), o mero fato de que terão acesso às informações relativas, por exemplo, às estratégias de investimento e marketing da Brasil Telecom Celular já coloca esta empresa em situação de competição desigual relativamente à TIM. Tampouco o afastamento da Telecom Itália da administração direta da Brasil Telecom sanaria o problema, visto que a participação do grupo italiano na Solpart, controladora de todo o grupo Brasil Telecom, já seria suficiente, por si só, para, **no mínimo**, franquear à TIM informações cruciais a respeito de uma concorrente sua, impondo sérios riscos à operação e mesmo à sobrevivência desta última.

21. Ademais, conforme se depreende da cláusula 4.8.6 do contrato social da Solpart, a Telecom Itália deterá, sobre a Solpart, sobre a Brasil Telecom Participações e sobre as

subsidiárias operacionais desta, o direito de veto em determinadas questões, na forma que segue:

4.8.6 Cada ação com direito a voto do capital da EMPRESA corresponderá a um voto na Reunião Prévia das Partes em relação às questões a serem deliberadas na Assembléia de Acionistas da EMPRESA [Solpart], da EMPRESA HOLDING [Brasil Telecom Participações] ou de uma Empresa Operacional. Sempre que uma Parte for representada por dois representantes, os dois deverão votar em conjunto em nome da Parte que representam, sem discrepância nem desacordo entre si. As resoluções deverão ser tomadas por maioria absoluta dos votos assim representados na Reunião Prévia das Partes, desde que, porém, a TII tenha o direito de veto de quaisquer Questões de maioria substancial conforme estabelecido no Acordo de Acionistas de 2002.

4.8.6.1 A TII exercerá seus direitos de veto em uma Reunião Prévia das Partes apenas quando a TII (i) considerar a questões substancial; (ii) considerar a questão em benefício e nos melhores interesses da EMPRESA, da EMPRESA HOLDING ou das Empresas Operacionais; e (iii) a questão objeto de deliberação for um dos itens relacionados na Seção 5.2 (Questão de maioria substancial) do Acordo de Acionistas de 2002.

4.8.6.2 No caso dos representantes da TII exercerem os direitos de veto da TII em uma Reunião Prévia das Partes, e os representantes da TECHOLD ou TIMEPART questionarem qualquer um dos requisitos da Seção 4.8.6.1 acima no que diz respeito à questão objeto de veto, então a Reunião Prévia das Partes será suspensa e os Srs. Daniel Valente Dantas (em nome da TECHOLD e da TIMEPART) e Marco Tronchetti Provera (em nome da TII) deverão, dentro de 24 horas, consultar-se reciprocamente por telefone para determinar em conjunto, conforme for o caso, se tal questão é ou não substancial; e/ou se tal questão é ou não em benefício e nos melhores interesses da EMPRESA, da EMPRESA HOLDING ou das Empresas Operacionais, e/ou se trata-se ou não de questão sujeita à Seção 5.2 do Acordo de Acionistas de 2002. Se, dentro de tal prazo, tais pessoas (i) chegarem a um acordo, então a Reunião Prévia das Partes suspensa será concluída a tempo e a Assembléia de Acionistas correspondente ou a Reunião do Conselho de Administração da EMPRESA, da EMPRESA HOLDING ou das Empresas Operacionais ocorrerá conforme programado originalmente; ou (ii) se não chegarem a um acordo sobre as questões, então os Srs. Daniel Valente Dantas e Marco Tronchetti Provera deverão reunir-se imediatamente e pessoalmente para resolvê-las em não mais que 4 (quatro) dias a partir de conversa telefônica para chegarem a uma solução de comum acordo.

4.8.6.3 No caso de ser necessária uma reunião pessoal de acordo com a Seção 4.8.6.2 acima, então as Partes e seus representantes nos órgãos empresariais da EMPRESA, da EMPRESA HOLDING e/ou Empresas Operacionais suspenderão ou adiarão a respectiva Reunião Prévia das Partes, a Assembléia de Acionistas e/ou a Reunião do Conselho de Administração, e tal suspensão ou adiamento não durará mais de um dia útil após o prazo limite descrito na Seção 4.8.6.2 acima, ao final do qual a Assembléia de Acionistas ou a Reunião do Conselho Administração ocorrerá e as questões sujeitas a discussão na Reunião Prévia das Partes serão deliberadas.

4.8.6.4 Qualquer uma, e todas as soluções acordadas de acordo com a Seção 4.8.6.2 acima pelos Srs. Daniel Valente Dantas (em nome da TECHOLD e TIMEPART) e Marco Tronchetti Provera (em nome da TII) em conjunto, serão incorporadas nas atas da respectiva Reunião Prévia das Partes.

22. Logo, a despeito da restrição estipulada pela ANATEL, resta demonstrado que a Telecom Itália exercerá, após a operação, influência dominante sobre a Solpart, bem como sobre as subsidiárias desta. Contudo, tal condição - i.e., a existência de influência

dominante sobre a administração da empresa adquirida - não constitui, *per se*, motivo suficiente para a suspensão da operação. Há, ainda, que investigar se a operação é potencialmente danosa à concorrência, a ponto de compensar os custos envolvidos no deferimento de uma medida cautelar suspensiva. Assim, embora trate este parecer exclusivamente do pedido de medida cautelar formulado pela Representante, é mister saber, preliminarmente, se a operação poderia de alguma forma limitar, prejudicar ou mesmo impedir competição no(s) mercado(s) por ela afetado(s).

3.1.2 Dos prováveis efeitos da operação sobre a ordem econômica

23. O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1ª de agosto de 2001, estabelece as seguintes etapas para a investigação de atos que envolvam sobreposição horizontal entre as atividades das requerentes (caso em que se enquadra a operação em comento): (i) definição do mercado relevante; (ii) investigação da possibilidade de exercício (unilateral ou coordenado) de poder de mercado pelas requerentes, como decorrência do ato; (iii) investigação da probabilidade de exercício (unilateral ou coordenado) de poder de mercado pelas requerentes, como decorrência do ato; e (iv) investigação das eventuais eficiências derivadas do ato. Contudo, dado referir-se este parecer unicamente ao pedido de medida cautelar formulado pela Representante, serão esboçadas aqui apenas as etapas iniciais da análise, em prol da necessária celeridade. Em decorrência, as conclusões aludidas ao final desta seção serão apenas prováveis, só podendo ser consubstanciadas quando da análise completa do ato de concentração.

24. Quanto à primeira etapa - definição do mercado relevante -, entende esta Secretaria que a dimensão produto do mercado relevante envolvido na presente operação é o mercado de SMP - Serviço Móvel Pessoal. Alguns estudiosos sustentam que a telefonia celular tem se tornado, cada vez mais, um substituto efetivo para a telefonia fixa, sendo argumentado que o crescimento da base de usuários de telefonia celular, nos últimos anos, significaria que já não faz mais sentido segmentar os mercados em telefonia fixa e móvel, havendo apenas um mercado global de telefonia.⁵ De fato, é sabido que muitos usuários que não conseguem ou não desejam arcar com o custo da assinatura básica de uma linha fixa têm migrado para o celular, em especial para os modelos pré-

⁵ No Brasil, o total de telefones celulares em operação já supera o de telefones fixos.

pagos. Contudo, a despeito de tais tendências, as tarifas de telefonia móvel ainda são, via de regra, significativamente maiores que as de telefonia fixa: enquanto o minuto de uma chamada local fixo-fixa gira em torno de R\$ 0,035 (considerando o valor do pulso - que equivale a aproximadamente 4 minutos - como sendo de R\$ 0,14), o valor médio de uma chamada local móvel-móvel varia entre R\$ 0,36 e R\$ 0,95 e o de uma chamada local móvel-fixa, entre R\$ 0,55 e R\$ 1,40.⁶ Caso celulares e linhas fixas pudessem ser considerados substitutos (do ponto de vista antitruste), tal diferença observada nas tarifas de uma e outra tecnologia não faria sentido, pois ninguém contrataria o mesmo serviço por um preço entre 1.000% e 5.000% maior do que o preço do serviço concorrente (substituto). O “prêmio” embutido nas tarifas de telefonia móvel deve refletir, portanto, uma funcionalidade extra ou simplesmente diferente do serviço, em relação à telefonia fixa. Logo, embora haja indícios de que, no futuro, a telefonia celular e a telefonia fixa possam vir a constituir um único mercado relevante, sob a ótica antitruste ainda se configuram como mercados distintos e como tal serão considerados na presente análise. Quanto à dimensão geográfica do mercado relevante, considera-se aqui o conjunto das localidades compreendidas na Região II do PGO, pois: (i) é a região onde haverá sobreposição de atividades entre a Brasil Telecom Celular e a TIM; e (ii) o usuário de telefonia móvel precisa, necessariamente, utilizar-se da rede de uma operadora localmente presente.

25. Definido o mercado relevante, cumpre indagar sobre a possibilidade de exercício de poder de mercado pelas requerentes⁷. A rigor, seria necessário calcular o *market share* das operadoras de telefonia móvel em cada localidade compreendida na Região II do PGO. Contudo, dado o caráter preliminar desta análise, tomar-se-á como base o *market share* nacional de cada concorrente:

⁶ Considerando-se as tarifas para celulares pré-pagos.

⁷ Note-se que, no contexto desta análise preliminar do ato de concentração, o termo “requerentes” refere-se à Brasil Telecom Celular e à TIM (e não à ANIMEC, que aqui é “Representante”).

Quadro 1 - *Market share* nacional das operadoras de telefonia móvel (em dez/2003)

operadora	market share (em %)
Vivo	45,15
Claro	20,43
TIM	17,92
Oi	8,36
Telemig/Amazonas Celular	7,28
CTBC Celular	0,70
Sercomtel	0,16
Brasil Telecom Celular	0,0 ⁸
Total	100,0

Fonte: ANATEL.

26. Pelo quadro acima, vê-se que: (i) a participação somada das requerentes é de 17,92% - abaixo, portanto, do limite de 20% previsto no art. 36, alínea (a), da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001, o que afastaria a possibilidade de exercício unilateral de poder de mercado como resultado da operação; e (ii) a operação não altera a estrutura do C4, que já era superior a 75% antes da operação, o que afastaria a possibilidade de exercício coordenado de poder de mercado como resultado da operação, de acordo com o art. 36, alínea (b), da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001. Tal análise, contudo, deixa de captar determinados aspectos do ato que, embora não guardem relação com o *market share* das requerentes, são de suma importância para o ambiente concorrencial do mercado relevante envolvido. Em especial, tem-se que a Brasil Telecom Celular, embora ainda não esteja operando comercialmente, está na iminência de ingressar no mercado relevante, constituindo-se então como um competidor da TIM – relação de competição que, confirmado o retorno da Telecom Itália ao controle da Brasil Telecom, certamente não se concretizará.

27. No caso sob análise é inequívoca a caracterização da Brasil Telecom Celular como um entrante efetivo, visto que: (i) já adquiriu a licença regulatória necessária à prestação do serviço, mediante o Ato/ANATEL nº 41.780, publicado no Diário Oficial da União em 19 de janeiro de 2004; (ii) encontra-se atualmente em fase de teste de suas operações; e (iii) o grupo Brasil Telecom já divulgou publicamente seus planos de investimento e expansão da Brasil Telecom Celular, conforme o demonstra o prospecto anexo a este parecer (Anexo nº 01) e as notícias arroladas no Anexo nº 02. Logo, deverá constituir-se, no curto prazo (segundo declarações à imprensa, até o final de 2004), como um concorrente

⁸ Ainda não iniciou sua operação comercial.

efetivo às outras operadoras atuantes na Região II do PGO - quais sejam, Vivo, Claro e TIM.

28. Ademais, outros fatores agravantes estão presentes, pois: (i) o mercado-alvo é altamente concentrado, com as quatro maiores operadoras controlando 91,86% de *market share*;⁹ (ii) a Brasil Telecom Celular é, no momento, a única firma que pode ser considerada como entrante efetiva no mercado-alvo, não havendo outra empresa que, cumulativamente: (a) já detenha a licença para operar o SMP; (b) já tenha realizado investimentos da ordem de milhões de reais na construção da infra-estrutura necessária à prestação do serviço; e (c) já esteja em fase de testes de suas operações; e (iii) por fim, a operação não é pró-competitiva, visto que o retorno da Telecom Itália ao controle da Brasil Telecom implicaria impedir o surgimento de um novo competidor no mercado de telefonia móvel na Região II do PGO.

29. Desta forma, dados: (i) o conflito de interesses (entre a Brasil Telecom Celular e a TIM) que decorreria de um eventual retorno da Telecom Itália ao controle do grupo Brasil Telecom; (ii) o fato de que não haveria qualquer racionalidade, para a Telecom Itália, em resolver esse conflito de interesses em favor da Brasil Telecom Celular, uma vez que a TIM já está em operação, tendo consolidado sua marca e detendo atualmente cerca de 18% do mercado nacional; (iii) a influência dominante, caracterizada anteriormente, que a Telecom Itália passaria a exercer sobre a administração do grupo Brasil Telecom; (iv) o caráter indeterminado das restrições impostas pela ANATEL, sem indicação clara de como deverá ser resolvido o conflito de interesses supracitado, e ainda, que o afastamento da Telecom Itália dos assuntos da Brasil Telecom referentes a SMP, LDN e LDI seria, na prática, de difícil – senão mesmo impossível – implementação, sendo de qualquer forma medida inócua; (v) os benefícios (na forma de menores tarifas/maior oferta de produtos e serviços) que seriam desfrutados pelos consumidores de serviços de telefonia móvel da Região II a partir do surgimento de um concorrente das operadoras já instaladas; e finalmente (vi) o fato de que a entrada da Brasil Telecom Celular no mercado relevante não é apenas provável, mas certa; conclui esta Secretaria que a operação em comento é potencialmente danosa à ordem econômica. Desta forma, analisados preliminarmente os prováveis efeitos do ato, seguir-se-á com a apreciação do pedido de

⁹ Tomando-se como base as participações em nível nacional. Especificamente para as localidades que compõem a Região II do PGO – que são, em conjunto, o mercado geográfico da presente operação -, o C4 deve ser praticamente 100,0%, pois estão presentes apenas a Vivo, a Claro e a TIM.

medida cautelar formulado pela Representante, no que tange ao *periculum in mora* e ao *fumus boni juris*.

3.2 Do *fumus boni juris*

30. Note-se que o direito fundamental a ser protegido com a suspensão da operação até o julgamento do mérito pelo CADE é o bem-estar econômico dos consumidores. Conforme entendimento já manifestado anteriormente por esta Secretaria,¹⁰ o art. 83 da Lei nº 8.884/94 determina a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Civil aos processos administrativo e judicial previstos nesta lei. Ao disciplinar sobre o Processo Cautelar, o Código de Processo Civil dispõe que sempre que o julgador vislumbrar riscos de danos, em razão da demora do julgamento do Processo, poderá determinar medidas cautelares para evitar que uma parte, antes do julgamento, cause ao direito de outras lesões graves ou de difícil reparação, podendo autorizar ou vedar a prática de determinados atos. Esse é o poder geral de cautela, em que o julgador, por cuidado e para evitar danos em razão da demora, adota medidas suficientes garantindo a integridade do direito e bom andamento do processo. O poder cautelar é corolário necessário do poder de decidir.

31. A aplicação do poder geral de cautela não é estranho à Lei nº 8.884/94; pelo contrário, a prevenção está contemplada de forma genérica, ampla e expressa no art. 9º, incisos III e IV, ao conferir aos ilustres Conselheiros do CADE competência para determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções, bem como adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento. Tais dispositivos legais conferem ao Conselheiro o poder geral de cautela para preservar as relações de mercado até a decisão final do Processo, garantindo a perfeita instrução do feito a se realizada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pela Secretaria de Direito Econômico, ou por outros órgãos instados pelo Conselheiro a apresentar seus posicionamentos.

32. De resto, encontra-se a concessão da medida cautelar requerida, no que tange à suspensão da operação até o julgamento do mérito, amparada, ainda, nos seguintes dispositivos da Resolução/CADE nº 28/2002:

Art. 1º - A medida cautelar poderá ser deferida de ofício, pelo Relator ou pelo Plenário, ou em virtude de requerimento escrito e fundamentado da SEAE, SDE Procuradoria do CADE ou qualquer legítimo interessado no ato de concentração analisado.

[...]

Art. 2º - O Conselheiro-Relator, ao apreciar a medida cautelar, poderá tomar as medidas que julgar adequadas para preservar a reversibilidade do ato de concentração apresentado ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Parágrafo único. Dentre as medidas a serem adotadas, inclui-se, sempre que cabível, a determinação de que as requerentes mantenham o status concorrencial anterior à assinatura do(s) contrato(s) e se abstenham, até o julgamento do ato de concentração, de praticar quaisquer novos atos decorrentes do contrato já realizado no que tange a:

I - qualquer alteração de natureza societária;

[...]

Art. 3º - A concessão de medida cautelar ocorrerá, fundamentadamente, nas situações em que estiverem presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, face à tutela da defesa da concorrência.

33. Desta forma, conclui esta Secretaria que o pedido da Representante, no que tange à suspensão da operação até o julgamento do mérito, encontra-se amparado em fundamentado *fumus boni juris*.

3.3 Do *periculum in mora*

34. O retorno da Telecom Itália ao bloco controlador da Brasil Telecom constitui, portanto, a eliminação de um concorrente no mercado de telefonia móvel (SMP - serviço móvel pessoal), na Região II do PGO. Perde-se, assim, a oportunidade de se promover a desconcentração de um mercado oligopolizado, caracterizado, atualmente, por apenas três empresas - Vivo, Claro e TIM. Dada a celeridade necessária e o aspecto preliminar das considerações aqui realizadas, não é possível, no âmbito desta análise (que se refere ao pedido de medida cautelar da ANIMEC - e não ato de concentração em si), mensurar os benefícios líquidos que seriam desfrutados pelos consumidores a partir da constituição da Brasil Telecom Celular. É razoável supor, no entanto, que tais benefícios não seriam desprezíveis, principalmente devido ao fato da empresa já encontrar-se na iminência de iniciar suas operações. Pode-se considerar, deste modo, que o retorno da Telecom Itália ao bloco controlador da Brasil Telecom - com todo o prejuízo à Brasil Telecom Celular que decorreria de tal ato de concentração, dado o acesso da TIM a informações confidenciais de sua concorrente e às possibilidades de utilização, pela Telecom Itália, de suas prerrogativas como controladora da Solpart para prejudicar ou mesmo impedir a atuação

¹⁰ Cf. requerimento de medida cautelar formulado pela SEAE ao CADE, em face do ato de concentração nº

da Brasil Telecom Celular - implicaria a redução do bem-estar econômico dos consumidores - situação claramente condenada pela Lei nº 8.884/94, sendo perfeitamente passível de contestação pela autoridade antitruste, ao menos até o julgamento do mérito do ato de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

35. Como visto anteriormente, a ANATEL já autorizou, por meio de Ato publicado no Diário Oficial da União em 19 de janeiro 2004, o retorno da Telecom Itália ao bloco de controle da Brasil Telecom. A concretização desse retorno encontra-se, agora, na dependência de decisão a ser proferida pelo juiz da 4ª Vara Comercial do Rio de Janeiro, em processo movido pela Telecom Itália contra os demais acionistas da Solpart, requerendo a implementação da autorização já concedida pela ANATEL.¹¹ Tal decisão, note-se, pode ser proferida a qualquer momento e, caso favorável à Telecom Itália, encontrar-se-á esta em condições de concretizar seu retorno ao bloco controlador da Brasil Telecom. Nessa hipótese, estará a Telecom Itália, tão logo readquiridas suas prerrogativas previstas no Capítulo 4 do contrato social da Solpart (conforme emendado pelo termo aditivo firmado pelas partes em 27 de agosto de 2002), em condições de franquear à sua subsidiária TIM informações críticas - e de outra forma confidenciais - relativas ao início das atividades e aos planos de investimento, marketing, etc., da Brasil Telecom Celular, em claro prejuízo à concorrência.

36. O que importa destacar aqui é que uma eventual reversão do ato, uma vez imitada a Telecom Itália no exercício das atribuições que pleiteia, poderá ser tarde demais, pois ainda que seja a Telecom Itália posteriormente afastada do controle da Solpart, as informações acima referidas poderão já estar em mãos da TIM, sendo então irreparável o dano causado à livre e justa competição no mercado relevante.

37. Desta forma, conclui esta Secretaria que o pedido da Representante, no que tange à suspensão da operação até o julgamento do mérito, encontra-se amparado em fundamentado *periculum in mora*.

4. DA RECOMENDAÇÃO

38. Recomenda-se ao CADE, dadas as razões de fato e de direito anteriormente expostas, o quanto segue:

- que suspenda, até o julgamento do mérito do ato de concentração consistente no retorno da Telecom Itália ao controle da Brasil Telecom, a aplicação das Seções 5 (“Recuperação de determinadas seções suspensas do acordo de acionistas de 2002 e determinadas obrigações das partes”) e 6 (“Opções de compra e venda”) do termo aditivo firmado em 27 de agosto de 2002.

À apreciação superior

THIAGO VEIGA MARZAGÃO

Assistente Técnico

MÁRIO SÉRGIO ROCHA GORDILHO JÚNIOR

Coordenador de Serviços de Mídia e Convergência Digital

MARCELO DE MATOS RAMOS

Coordenador-Geral de Comércio e Serviços

JOSÉ TAVARES DE ARAUJO JUNIOR

Secretário de Acompanhamento Econômico

¹¹ Processo nº 2004.001.008666-0.