



# ANÁLISE

NÚMERO  
003/99

DATA  
03/02/1999

## CONSELHEIRO RELATOR

**LUIZ TITO CERASOLI**

### 1. SOLICITAÇÃO

Proposta de aprovação do Regulamento de Apuração de Controle e Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações.

### 2. REFERÊNCIAS

- 2.1. Matéria para Apreciação do Conselho Diretor nº 001 de 25/01/1999 da PBGEM/PBAE/SPB;
- 2.2. Parecer nº 044/99, de 02 de fevereiro de 1999, emitido pela Procuradoria da Anatel;
- 2.3. Proposta de texto do Regulamento de Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações;
- 2.4. Minuta da Resolução aprovando o Regulamento.
- 2.5. Parecer do Advogado Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto
- 2.6. Relatório de Análise das Contribuições da Consulta Pública nº 086 sobre o regulamento de Apuração de Controle e Transferência;

### 3. PARECER

#### 3.1. DOS FATOS

##### Da Origem da Proposta

O Conselho Diretor da Anatel, deliberou por meio do Circuito Deliberativo nº 56, realizado em 10 de dezembro de 1998, submeter à consulta pública, até 17 hs. do dia 5 de Janeiro de 1999, proposta de Regulamento de Apuração de Controle e Transferência de Controle de Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações.

As Superintendências de Serviços Públicos e de Serviços Privados elaboraram Relatório de análise das contribuições recebidas em resposta à Consulta Pública. Na elaboração do relatório consideraram os pareceres, solicitados pela Anatel, do professor Livre-docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, o Dr. Fábio Ulhoa Coelho, sobre o conceito de controle de sociedades anônimas, no contexto da aprovação da Lei 9.472/97 e do advogado Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto.

Compõem a presente proposta a Matéria nº 001 de 28/01/1999 apresentada pelo SPB para apreciação do Conselho Diretor, a minuta do texto do Regulamento de Apuração de Controle e Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, o modelo de Resolução para aprovação do Regulamento, o Parecer da Procuradoria da Anatel, o Parecer do advogado Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e o Relatório de análise das contribuições recebidas.

## Da Legislação e Normativa Pertinente

- **Lei nº9.472 de 16 de junho de 1997** - Lei Geral de Telecomunicações.

*Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.*

*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.*

*(...)*

*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:*

*XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;*

*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;*

*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. 96. A concessionária deverá:*

*I - prestar informações de natureza técnica, operacional, econômico-financeira e contábil, ou outras pertinentes que a Agência solicitar;*

*(...)*

*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.*

*(...)*

*Art. 98. O contrato de concessão poderá ser transferido após a aprovação da Agência desde que, cumulativamente:*

*III - a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.*

*Art. 136. Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.*

*§ 2º As prestadoras serão selecionadas mediante procedimento licitatório, na forma estabelecida nos arts. 88 a 92, sujeitando-se a transferência da autorização às mesmas condições estabelecidas no art. 98, desta Lei.*

*(...)*

*Art. 140. Em caso de prática de infrações graves, de transferência irregular da autorização ou de descumprimento reiterado de compromissos assumidos, a Agência poderá extinguir a autorização decretando-lhe a caducidade.*

*(...)*

*Art. 168. É intransferível a autorização de uso de radiofrequências sem a correspondente transferência da concessão, permissão ou autorização de prestação do serviço a elas vinculada.*

*(...)*

*Art. 202. A transferência do controle acionário ou da concessão, após a desestatização, somente poderá efetuar-se quando transcorrido o prazo de cinco anos, observado o disposto nos incisos II e III do art. 98 desta Lei.*

*(...)*

*Art. 209. Ficam autorizadas as transferências de concessão, parciais ou totais, que forem necessárias para compatibilizar as áreas de atuação das atuais prestadoras com o plano geral de outorgas.*

- **Lei nº8.884, de 11 de junho de 1994 .**

*Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.*

*Parágrafo Único - A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos esta Lei.*

*Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:*

*I - limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;*

*II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;*

*III - aumentar arbitrariamente os lucros;*

*IV - exercer de forma abusiva posição dominante.*

*§ 1º. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.*

*§ 2º. Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.*

*§ 3º. A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia..*

*Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:*

*I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;*

*II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;*

*IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;*

*V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;*

*VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;*

*VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgações de publicidade nos meios de comunicação de massa;*

*VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;*

*IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços;*

*X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou*

*prestação de serviços ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;*

*XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços e revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;*

*XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;*

*XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;*

*XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;*

*XV - destruir, inutilizar ou açambarcar, sem justificada necessidade, matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;*

*XVI - açambarcar ou impedir a livre exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;*

*XVII - abandonar, sem justa causa comprovada, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações;*

*XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;*

*XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário do Código Antidumping e subsídios do GATT;*

*XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;*

*XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades de empresa sem justa causa comprovada;*

*XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;*

*XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;*

*XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.*

*Parágrafo único - Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do*

*aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:*

*I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidades;*

*II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;*

*III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;*

*IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.*

*(...)*

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

- **Anexo V da Resolução do CADE nº 15, de 19 de agosto de 1998**, que disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

#### *“1 DEFINIÇÕES*

*1.2. GRUPO DE EMPRESAS Conjunto de empresas sujeitas a um controle comum.*

*1.3. CONTROLE Poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais e/ou o funcionamento da empresa.”*

- **Lei nº6.404, de 15 de dezembro de 1976**, que dispõe sobre as sociedades por ações – Lei das S.A.

*Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:*

*a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e*

*b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.*

*Parágrafo único: O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela*

*trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.*

*Art. 244. É vedada a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas ou controladas.*

*Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.*

*§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.*

*§ 2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no art. 244.*

- **Regulamento do Serviço Móvel Celular aprovado pelo Decreto nº2.056, de 4 de novembro de 1996**, que dispõe sobre o Serviço Móvel Celular, instituído pela Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996.

*Art. 10 Em licitação para outorga de concessão para exploração do Serviço Móvel Celular serão desconsideradas propostas, para uma mesma área de concessão, de pessoas jurídicas que:*

*I - consorciadas, participem através de mais de um consórcio ou também isoladamente;*

*II - sejam coligadas a outra participante;*

*III - sejam exploradoras do Serviço Móvel Celular em área ou parte de área de concessão objeto da licitação; ou*

*IV - sejam coligadas, controladoras ou controladas de entidade exploradora de Serviço Móvel Celular em área ou parte de área de concessão objeto da licitação.*

*§ 1º Para os fins deste Regulamento, uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se uma detiver, direta ou indiretamente, pelo menos, 20% (vinte por cento) de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em, pelo menos, 20% (vinte por cento) por uma mesma pessoa natural ou jurídica. Caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, deve-se calcular o valor final da participação por intermédio da composição das frações percentuais de controle em cada pessoa jurídica da linha de encadeamento.*

*§ 2º O Ministério das Comunicações poderá estabelecer, em normas complementares ou em edital de licitação, outras condições para participação em processo de outorga de concessão para exploração do Serviço Móvel Celular.  
(...)*

*Art. 39 A transferência da concessão ou do controle societário da concessionária somente poderá ser autorizada após o decurso do prazo de 60 (sessenta) meses, contado a partir do início da operação comercial do serviço.*

- **Norma Geral de Telecomunicações – NGT nº20.**

1. **OBJETIVO**

*Esta Norma tem por objetivo regular as condições gerais para a exploração do Serviço Móvel Celular (SMC) em ambiente de justa competição entre as concessionárias do serviço, dispondo, além disso, sobre os direitos e obrigações das Concessionárias de SMC, Concessionárias de Serviço Telefônico Público (STP), Empresa Exploradora de Troncos Interestaduais e Internacionais, assinantes e usuários em geral.*

*(...)*

3. **DEFINIÇÕES**

*Para os fins desta Norma são adotadas as seguintes definições:*

*3.21. Pessoa Jurídica Coligada: uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se uma detiver, direta ou indiretamente, pelo menos, 20% (vinte por cento) de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos 20% (vinte por cento) por uma mesma pessoa natural ou jurídica. Caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, deve-se calcular o valor final da participação por intermédio da composição das frações percentuais em cada pessoa jurídica da linha de encadeamento.*

*5.2.6.1. Para uma mesma subfaixa de frequências, conforme subitem 7.1, uma mesma pessoa jurídica só pode explorar o SMC em, no máximo, duas Áreas de concessão, sendo uma delas dentre as Áreas de 1 a 6 e a outra dentre as Áreas de 7 a 10.*

*5.2.6.1.1. O disposto em 5.2.6.1 é válido por 5 (cinco) anos a contar da data de início de operação comercial associada à Concessão da pessoa jurídica que, por último, iniciou a operação comercial do serviço.*

*5.2.6.2. Para uma mesma subfaixa de frequências, conforme subitem 7.1, Pessoas Jurídicas Coligadas entre si só podem explorar o SMC em, no máximo, duas Áreas de concessão, sendo uma delas dentre as Áreas de 1 a 6 e a outra dentre as Áreas de 7 a 10.*

*5.2.6.2.1. O disposto em 5.2.6.2 é válido por 5 (cinco) anos a contar da data de início de operação comercial da Pessoa Jurídica Coligada que, como Concessionária de SMC, iniciou, por último, a operação comercial do serviço.*

- **Plano Geral de Outorgas aprovado pelo Decreto n.º2.534, de 02 de abril de 1998.**

*Art. 7º. Após a desestatização de que trata o art. 187 da Lei nº 9.472, de 1997, e de acordo com o disposto no art. 209 da mesma Lei, só serão admitidas transferências de concessão ou de controle societário que contribuam para a*



*compatibilização das áreas de atuação com as Regiões definidas neste Plano Geral de Outorgas e para a unificação do controle societário das concessionárias atuantes em cada Região.*

*Parágrafo único. Os contratos de concessão, além do disposto na Lei nº 9.472, de 1997, em especial no seu art. 93, devem observar as determinações deste Plano Geral de Outorgas e conter, em atenção ao que dispõe o art. 209 da referida Lei, dispositivos e condicionamentos relativos à transferência de concessão ou de controle societário, visando ao cumprimento do disposto no caput deste artigo.*

*Art. 9º. A desestatização de empresas ou grupo de empresas, citadas no art. 187, da Lei nº 9.472, de 1997, implicará, para a respectiva Região, a imediata instauração, pela Agência Nacional de Telecomunicações, de processo licitatório para:*

*I - relativamente às Regiões I, II e III, expedição, em cada Região, para um mesmo prestador, de autorizações para exploração do serviço local e do serviço de longa distância nacional de âmbito intra-regional;*

*II - relativamente à Região IV, expedição, para um mesmo prestador, de autorizações para exploração do serviço de longa distância nacional de qualquer âmbito e do serviço de longa distância internacional.*

*§ 1º. Uma mesma empresa poderá deter autorizações em mais de uma região dentre as previstas no inciso I deste artigo.*

*§ 2º. Fica vedada a qualquer empresa, sua coligada, controlada ou controladora, deter qualquer autorização dentre as previstas no inciso I simultaneamente com aquelas referidas no inciso II deste artigo.*

*§ 3º. A obtenção de autorização prevista neste artigo por concessionária do serviço a que refere o art. 1º, sua coligada, controlada ou controladora implicará a obrigatória transferência do seu contrato de concessão a outrem, no prazo máximo de 18 meses, contado a partir da data de expedição da autorização.*

*Art. 10. A partir de 31 de dezembro de 2001, deixará de existir qualquer limite ao número de prestadores do serviço a que se refere o art. 1º, ressalvado o disposto nos arts. 68 e 136 da Lei nº 9.472, de 1997.*

*§ 1º. A prestação do serviço, a que se refere o art. 1º, objeto de novas autorizações, por titular de autorização conferida em atendimento ao art. 9º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2002 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se a autorizada houver cumprido integralmente as obrigações de expansão e atendimento que, segundo o compromisso assumido em decorrência da licitação, deveria cumprir até 31 de dezembro de 2002.*

*§ 2º. A prestação de serviços de telecomunicações em geral, objeto de novas autorizações, por titular de concessão de que trata o art. 6º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se todas as concessionárias da sua Região houverem cumprido integralmente as*

*obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003.*

*Art. 14. A obtenção de concessão em determinada Região por empresa já concessionária do serviço a que se refere o art. 1º, sua coligada, controlada ou controladora implicará a obrigatória transferência a outrem, de contrato de concessão detido em outra Região, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de obtenção da concessão.*

*Art. 15. Para fins deste Plano Geral de Outorgas, uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se uma detiver, direta ou indiretamente, pelo menos, vinte por cento de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em, pelo menos, vinte por cento por uma mesma pessoa natural ou jurídica.*

*Parágrafo único. Caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, deve-se calcular o valor final da participação por intermédio da composição das frações percentuais de controle em cada pessoa jurídica na linha de encadeamento.*

- **Edital de Licitação nº001/96 – SFC/MC do Serviço Móvel Celular de 10 de Janeiro de 1997.**

*5.2 No Subconjunto 1.1, a Proponente deverá provar sua Habilitação Jurídica com a apresentação de:*

*5.2.1 Ato constitutivo, estatuto ou contrato social e suas alterações, devidamente arquivados ou registrados no órgão competente, onde conste dentre seus objetivos ou, quando for o caso, sua atividade principal, a prestação de serviços de telecomunicações, ressalvado o disposto em 5.2.1.1. No caso de sociedade por ações, deverá ser apresentada, também, a ata de eleição de seus atuais administradores e a relação de acionistas detentores de mais de 5% do capital social total, da qual conste a quantidade, o valor e o tipo de ações de cada acionista, bem como a composição acionária do controle societário.*

*Cláusula 40ª. É admitida a transferência da concessão, nos termos previstos na Lei nº8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no Decreto nº 2.056, de 04 de novembro de 1996, após o início da exploração comercial do serviço, mediante prévia e expressa autorização do CONCEDENTE e, pagamento de Taxa de Fiscalização da Instalação - TFI.*

*§1º Será considerada transferência indireta da concessão a mudança de controle societário, por qualquer forma de alienação de ações dele representativas, ou ainda, quando decorrente de aumento de capital social da CONCESSIONÁRIA, que dependerá, igualmente, de prévia e expressa autorização do CONCEDENTE.*

- **Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de uso de Serviços de Telecomunicações e de Autorização de Radiofrequência , aprovado pela Resolução nº65 de 25 de outubro de 1998.**

*Art. 48. Para os fins e efeitos deste Regulamento considera-se:*

*I - coligada, uma pessoa jurídica que detiver, direta ou indiretamente, pelo menos,*

*20% (vinte por cento) de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido direta ou indiretamente, em, pelo menos, 20 % (vinte por cento), por uma mesma pessoa natural ou jurídica;*

*II - controladora, a pessoa natural ou jurídica ou ainda o grupo de pessoas, que detiver, isolada ou conjuntamente, o poder de controle sobre pessoa jurídica; e,*

*III - controlada, a sociedade que, diretamente ou através de outras controladas, esteja sob o controle do licitante.*

*§ 1º. Entende-se por controle, o poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou funcionamento da empresa.*

*§ 2º. Para fins da definição contida no parágrafo anterior, entende-se que o funcionamento da empresa compreende, entre outros aspectos, o planejamento empresarial e a definição de políticas econômico-financeiras, tecnológicas, de engenharia e de mercado, inclusive quanto a preços ou tarifas.*

*§ 3º. Para efeito do cômputo do percentual referido no inciso I deste artigo, caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, calcular-se-á o percentual final de participação por intermédio da composição das frações percentuais de controle em cada pessoa jurídica na linha de encadeamento.*

*§ 4º. Uma empresa será ainda considerada participante do controle de outra, quando verificada uma das seguintes situações:*

*a) pessoa a ela vinculada participa de Conselho de Administração, da Diretoria ou de órgão com atribuição equivalente, da outra empresa controladora;*

*b) a empresa tiver direito de veto estatutário ou contratual em qualquer matéria ou deliberação de outra;*

*c) a empresa possuir poderes suficientes para, por qualquer mecanismo formal ou informal, impedir a verificação de quorum qualificado exigido, por força de disposição estatutária ou contratual, em relação à deliberações da outra, ressalvadas as hipóteses previstas em lei; e,*

*d) a empresa detiver, direta ou indiretamente, ações ordinárias da outra, de classes tais que assegurem o direito de voto em separado a que se refere o art. 16, III, da lei 6.404/76, ou cotas com as mesmas características.*

*§ 5º. O instrumento convocatório poderá contemplar outros critérios ou indicadores da existência de controle, complementares aos estabelecidos nesse artigo.*

*Art. 49. O instrumento convocatório poderá vedar a participação simultânea numa mesma licitação, disputando o mesmo objeto ou lote do objeto, de empresas sob o mesmo controle direto ou indireto.*

- **Lei n.º8.987, de 13 de fevereiro de 1995**, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art.175 da Constituição Federal, e da outras providencias.

*Art. 27 A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem previa anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.*

*Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata o "caput" deste artigo o pretendente deverá:*

*I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e*

*II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.*

### **Do Parecer da Procuradoria**

Este processo foi encaminhado a Procuradoria, e esta, através do Parecer nº 044/99, concordou com a aprovação do Regulamento nos moldes proposto, tendo observado ainda que:

*“Entretanto, cabe salientar que o art. 249, da Lei das S/A, outorgou competência à Comissão de Valores Mobiliários para expedir normas sobre a natureza do controle, incluindo o externo.*

*Cumpra averbar, demais disto, que a proposta de Regulamento de Controle não constitui novidade no ordenamento administrativo, bastando que se traga à colocação a Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998, baixada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.”*

## **3.2. DA ANÁLISE**

### **Das contribuições recebidas à Consulta Pública nº 86/98 do dia 10 de Dezembro de 1998.**

Em resposta à Consulta Pública Nº 86/98, foram recebidos comentários que envolveram sugestões de inclusão ou alteração, parcial ou total, de dispositivos constantes da proposta original, encaminhados pelas seguintes empresas e escritórios de advocacia:

- Escritório de Advocacia Barbosa, Müssnich & Aragão, que anexou ao seu documento os seguintes pareceres: i) Advogado Caio Tácito; ii) Advogado Alfredo Lamy Filho e iii) Advogado José Luiz Bulhões Pedreira;
- Globo Comunicações e Participações S/A – GLOBOPAR
- MetroREDE Telecomunicações Ltda.;
- BCP S/A;
- DR Empresa de Distribuição e Recepção de TV Ltda.;
- ALGAR S/A;
- A PRIORI- Consultoria e Negócios Ltda.
- SAMCOM Consultoria;
- Portugal Telecom;
- Escritório de Advocacia Mundie & Advogados;
- TELE BRASIL SUL Participações;

- NEXTEL, e
- Pinheiro Neto Advogados.

### **Da análise das contribuições recebidas como resposta à Consulta Pública nº 86/98**

As questões de fundo presentes na maioria das contribuições recebidas por ocasião da Consulta Pública nº 86/98 referem-se a três aspectos: i) a suposta ilegalidade no estabelecimento pela ANATEL “*de conceito de controle distinto e exorbitante àquele constante da Lei 6.404/76*”; ii) a alegada exorbitância de poderes da ANATEL na edição do regulamento em apreço ao exercer competência que não possuiria; iii) a suposta irretroatividade do regulamento, no sentido de que suas disposições não seriam aplicáveis aos atos jurídicos já perfeitos, sugerindo que nestes estariam as transferências já perpetradas.

Para análise destes aspectos é conveniente remeter-se ao parecer emitido, por solicitação da Anatel, pelo advogado Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. Em particular, em relação à suposta ilegalidade no estabelecimento pela ANATEL “*de conceito de controle distinto e exorbitante àquele constante da Lei 6.404/76*”, conclui dito parecer:

- i) não há base jurídica para se sustentar que a ANATEL esteja adstrita à definição de controle acionário constante da Lei 6.404/76 ao exercer sua competência para editar normas de proteção à competição no setor de telecomunicações;
- ii) a Lei 6.404/76, de outro bordo, não contém definição de controle, limitando-se a definir o que entende por controlador para fins de proteção dos direitos dos acionistas minoritários;
- iii) as regras da lei das SA's e aquelas constantes da legislação de direito econômico, embora se imbriquem no ordenamento jurídico, não são automaticamente aplicáveis porquanto, muita vez, alvitram finalidades distintas e por vezes incompatíveis;
- iv) é absolutamente lícito e legal que sejam utilizados conceitos de controle distintos no âmbito do direito societário e do direito econômico, haja vista que os bens jurídicos tutelados por um e por outro ramo do direito são díspares;
- v) tal postura já é adotada de há muito pelo CADE, sendo certo que a definição de controle adotada pela ANATEL é exatamente aquela que o CADE utiliza na sua atuação de órgão regulador geral da ordem econômica, função de cuja competência compartilha com a ANATEL no setor de telecomunicações;
- vi) no contexto do sistema jurídico introduzido pela LGT, a ANATEL sequer precisaria editar regulamento próprio para se utilizar da concepção de controle própria do direito econômico, já que existe norma do CADE neste sentido;
- vii) o conceito de controle externo longe de ser írrito ao ordenamento jurídico vigente, encontra lastro na legislação, mesmo na Lei 6.404/76, sendo a doutrina absolutamente firme no sentido de que esta concepção deve ser adotada, mormente em sede de direito econômico.

Quanto à alegada exorbitância da ANATEL na sua competência de editar normas, conclui o citado parecer:

i) não há exorbitância na competência regulamentar da ANATEL simplesmente porque não há a colidência entre a norma infra-legal (regulamento) e a norma legal (Lei 6.404/76) já porque esta Lei não se aplica à situação e as finalidades do texto em Consulta;

ii) não está a atividade regulamentar do setor de telecomunicações adstrita aos conceitos da lei das SA's, tanto que no seu âmbito já se consolidou definição de empresa coligada (Cf. Regulamento do SMC e PGO) diverso do constante no art. 243, § 1º da Lei 6.404/76) sem que isso fosse questionado;

iii) sobra competência para a Agência regular a matéria objeto do Regulamento e na forma e abrangência como está fazendo, existindo tanto competências gerais (LGT, art. 19, incisos IV e X) quanto específicas (LGT, art. 19, XIX e art. 71);

iv) o art. 71 da LGT determina expressamente que a ANATEL poderá (v.g. deverá) estabelecer restrições, condicionamentos e limites a empresas e grupos empresariais inclusive no tocante à transferência de concessões, autorizações e permissões, o que só por si já faz absolutamente legal o disposto no regulamento em Consulta;

v) por fim, a alusão de desvio de poder é afastada pelo fato de que o art. 7º da LGT já faz aplicáveis as normas de proteção da ordem econômica, sendo certo pois que a definição de controle ora questionada, sendo a mesma que adota o CADE pela Resolução nº 15 -- norma geral de direito econômico -- já é portanto aplicável à atividade da ANATEL.

Finalmente, quanto à suposta irretroatividade das normas constantes do regulamento, cabe destacar que a versão ora submetida à aprovação do Conselho, esclarece no seu artigo 8º que poderão ser admitidas transferências de controle “em condições distintas das previstas neste regulamento” desde que suportadas por instrumentos jurídicos celebrados com data anterior à publicação desse Regulamento. Mesmo assim, cabe ainda sintetizar as conclusões, sobre esta matéria, do parecer do advogado Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto:

i) o regulamento em tela não cria regra nova, apenas explicitando conceitos e procedimentos já vigentes e aplicáveis ao setor, descabendo portanto discutir retroatividade, irretroatividade ou ultratividade de sua disposições;

ii) as regras que efetivamente cerceiam direitos dos particulares não são aquelas contidas no regulamento em apreço e sim aquelas que vedam ou limitam a transferência ou concentração de controle de prestadoras de serviços de telecomunicações e que vêm previstas na LGT, no PGO, nos editais ou regulamentos pré existentes;

iii) ainda que coubesse falar em irretroatividade, ela só teria lugar para preservar as transferências de controle já consumadas, validamente, antes da vigência do regulamento;

iv) por fim, tendo em vista o caráter intrinsecamente *intuitu personae* dos

contratos de concessão e das autorizações precedidas de licitação, a transferência é a exceção, sendo insustentável que haja direito adquirido dos particulares a negociação em torno do controle das empresas, o que, aliado aos diversos dispositivos que obrigam ao respeito permanentes da regulamentação editada pela ANATEL, afasta a alegação de um inusitado direito adquirido ao critério de identificação do controlador da Lei 6.404/76.

Outras críticas de caráter pontual e sugestões de alteração de texto encaminhadas por ocasião da Consulta Pública 86/98, foram analisadas pelas Superintendências de Serviços Públicos e de Serviços Privados, resultando desta análise modificações à proposta original de Regulamento.

### **Das principais modificações na proposta de Regulamento**

A nova redação do artigo 1º visa deixar claramente explicitado o fato de não tratar-se de estabelecimento de novas vedações, restrições, limites ou condicionamentos à transferência de controle, porém simplesmente de adotar alguns conceitos que nortearão a aplicação da regulamentação vigente.

Com este objetivo, propõe-se adotar os conceitos de controladora e de controle, que permitirão à Anatel exercer adequadamente suas competências relativas ao controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, com o intuito de proteger o usuário e a competição. Considerou-se a necessidade de adequar a atuação da Anatel às normas gerais de proteção da ordem econômica, em particular a Resolução No 15 de 19 de agosto de 1998, do CADE, que define o conceito de controle no âmbito do direito econômico para a defesa da concorrência.

Na definição de Controladora apresentada no inciso I do art. 1º, foi substituída a expressão “grupo de empresas” por “grupo de pessoas”, expandindo o conceito de grupo de controle para grupos formados por pessoas naturais e jurídicas.

A nova redação do §1º do art. 1º visa tornar mais claros os objetivos da apuração de controle, lembrando que trata-se de “evitar fraude às vedações legais e regulamentares à propriedade cruzada e à concentração econômica e resguardar a livre concorrência e o direito dos consumidores dos serviços de telecomunicações”, definindo condições específicas para caracterização de pessoa controladora.

No inciso I do § 1º do art. 1º, foi expandida a origem do veto, sendo incluído também aqueles constantes de contratos.

No inciso III do § 1º do art. 1º, explicita-se que trata-se de quorum qualificado de instalação ou deliberação exigido, por força de disposição estatutária ou contratual, esclarecendo dúvida suscitada na Consulta Pública.

O Art. 3º foi alterado para abranger os processos de desestatização de todas as empresas controladas pelo Poder Público, tendo sido incluída, ainda, uma limitação na sua aplicação à aquelas empresas que realmente passaram a deter o Controle da empresa desestatizada.

A nova redação do art. 4º explicita a preocupação da Anatel com a possível existência de Controle vedado por disposição legal, regulamentar, editalícia e contratual, deixando claro quais situações, entre outras, **poderão** ser consideradas indício de existência de

tal controle. Foi incluído o inciso X, caracterizando também como indício de controle, “a adoção de marca ou de estratégia mercadológica ou publicitária comum”.

Em função de comentários recebidos durante a Consulta Pública, considerou-se possível, sem perder o sentido original do artigo 4º da proposta, **prescindir da expressão “influência indevida”**, que provocou diversas manifestações durante a Consulta Pública que demonstraram a dificuldade para uma correta interpretação desta expressão.

A Caracterização de transferência de controle, apresentada no art. 5º, foi modificada para eliminar a repetição da conceituação de controle e para abranger as transferências parciais de controle.

A nova redação do art. 6 determina que as transferências de controle devem ser submetidas **previamente** a Anatel, contudo foi incluído em parágrafo único uma disposição estabelecendo que “regulamentação específica poderá dispor sobre submissão a posteriori de alteração de que trata o caput ou mesmo dispensa-la”. Os incisos deste artigo tiveram a sua redação modificada para melhor entendimento do texto.

Os incisos do artigo 7º foram alterados para agrupar conceitos apresentados na proposta original submetida à Consulta Pública, tendo sido incluído um novo inciso IV para garantir que na análise dos processos de transferência pudesse ser levado em consideração “instrumento jurídico formalmente celebrado em data anterior à vigência deste regulamento”.

No art. 7º foi incluído ainda, um Parágrafo único para garantir que a transferência de controle somente poderá ser aprovada se, além de atender as disposições legais e regulamentares, não prejudicar a competição e não colocar em risco a prestação do serviço.

Em atendimento a diversas considerações, apresentadas na Consulta Pública, sobre a retroatividade da aplicação deste Regulamento, foi incluído o art. 8º garantindo que poderão ser admitidas transferências de Controle em condições distintas das estabelecidas no novo Regulamento desde que suportadas por instrumentos jurídicos celebrados em data anterior à vigência do presente regulamento.

O disposto no art. 8º da versão original foi mantido na íntegra no art. 9º da nova versão do Regulamento.

#### **4. CONCLUSÃO**

Pelo exposto, concluo pela aprovação do Regulamento de Apuração de Controle e Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, nos termos da Resolução em Anexo.

É como considero,

**ASSINATURA DO CONSELHEIRO RELATOR**