

	<h1>ANÁLISE</h1>	NÚMERO E ORIGEM:
		23/2016-GCIF
		DATA:
12/2/2016		
CONSELHEIRO RELATOR		
IGOR VILAS BOAS DE FREITAS		

1. ASSUNTO

Análise da existência ou não de controle vedado no processo de aquisição da Brasil Telecom (BrT) pela Oi (Telemar) e da regularidade do procedimento de pedido de anuência prévia para a concretização da referida operação.

2. REFERÊNCIAS

- 2.1. Informe nº 235/PBCPD/PBCP, de 11/7/2008 (fls. 402-413);
- 2.2. Informe nº 112/PBCPD/PVCPC/CMLCE/PBCP/PVCP/CMLC/SPB/SPV/SCM, de 17/4/2009;
- 2.3. Informe nº 339/PBCPD/PBCP, de 22/9/2008 (fls. 786 a 788);
- 2.4. Despacho nº 366/2008/ALO/PGF/PFE-Anatel (fls. 804 e 805), de 15 de outubro de 2008 e Parecer nº 426/2008/ALO/PGF/PGE-Anatel, de 13 de outubro de 2008 (fls. 806 a 857)
- 2.5. MACD nº 277/PBCPD/PBCP/SPB, de 14/11/2008 (fls. 1941 a 1943);
- 2.6. Análise nº 583/2008-GCAB, de 5/12/2008 (fls. 1953 a 1963)
- 2.7. Informe nº 156/PBCPD/PBCP, de 5/6/2009 (fls. 2146 a 2153);
- 2.8. Informe nº 449/PBCPD/PBCP, de 12/11/2010 (fls. 2172 a 2192);
- 2.9. Parecer nº 91/2012/MGN/PGF/PFE-Anatel, de 24/2/2012 (fls. 2194 a 2201);
- 2.10. Informe nº 461/2012/PBCPD/PBCP, de 21/12/2012 (fls. 2202 a 2204);
- 2.11. MACD nº 292/PBCPD/PBCP/SPB, de 26/12/2012 (fls. 2205 e 2206);
- 2.12. Análise nº 269/2013-GCMB, de 29 de abril de 2013 (fls. 2209 e 2210);
- 2.13. MACD nº 002/CPOE/SCP, de 19 de janeiro de 2015 (fl. 2279);
- 2.14. Processo nº 53500.012760/2008.

3. EMENTA

SUPERINTENDÊNCIA DE COMPETIÇÃO (SCP). SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS (SPB). PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA (PFE). INDÍCIOS DE CONTROLE VEDADO. PEDIDO DE ANUÊNCIA PRÉVIA. ARQUIVAMENTO.

- 3.1. A Telemar adquiriu a BrT, no bojo de uma complexa estratégia contratual, com condicionantes que estavam fora do controle das empresas.
- 3.2. O negócio foi apresentado às autoridades, nas esferas de suas respectivas competências (Anatel e CADE) e durante a análise na Anatel houve dúvidas sobre a validade da estratégia contratual montada pelas empresas, basicamente em dois aspectos: a existência de controle vedado e o momento de apresentação da operação à Anatel para sua anuência prévia.
- 3.3. A área técnica entendeu que não havia indícios de controle vedado durante o período entre o anúncio do negócio e a sua concretização, ao passo que a Procuradoria concluiu de forma oposta.
- 3.4. Em função da divergência entre áreas, o processo foi encaminhado ao Conselho Diretor para pacificação da questão.
- 3.5. Discussão sobre o posicionamento da área técnica e a jurídica.
- 3.6. Diretrizes executivas.

4. RELATÓRIO

4.1. DOS FATOS

4.1.1. Em 15 de maio de 2008, A TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES (TNLPart) e a TELEMAR NORTE LESTE S.A. (Telemar) protocolizaram documento intitulado “INFORMAÇÕES SOBRE CONTRATOS CELEBRADOS”, objeto de Fato Relevante publicado em 25 de abril de 2008.

4.1.2. No referido Fato Relevante as empresas comunicaram ao mercado a aquisição do controle acionário da BrT Participações S.A. (BrTPart) e da Brasil Telecom S.A. (BrT). (fls 1)

4.1.3. As adquirentes informaram que em razão da existência, no Plano Geral de Outorgas (PGO), de restrições a essa aquisição, ajustou com o Banco Credit Suisse (BCS) um Contrato de Comissão que permitiu a imediata transferência de controle acionário da BrT. De fato, o referido banco, agindo como Comissário da Telemar e por conta e ordem desta, adquiriu a totalidade das ações da Invitel S.A. (Invitel), que controlava a Solpart S.A., que por sua vez controlava a BrT e a BrTPart.

4.1.4. A Telemar informou ainda que, na época da aquisição estava em discussão no Ministério das Comunicações a supressão do óbice à aquisição da BrT constante no PGO e que, caso isso viesse a se concretizar, o controle acionário da BrT passaria a ser detido diretamente pela Telemar. Os contratos de Comissão e de Compra e Venda de Ações previam que a Telemar e o BCS aguardariam até 210 dias para que ocorresse a modificação do PGO e, caso tal não acontecesse, a Telemar deveria informar ao BCS se pretendia prosseguir com a aquisição das ações por intermédio do Comissário ou se desistiria do negócio. Caso resolvesse seguir com a aquisição, o Comissário, com autorização da Telemar, solicitaria anuência prévia da Anatel para que a aquisição se concretizasse (fls. 3). Havendo a alteração do PGO nesse intervalo de 210 dias, a Telemar exerceria o direito de assumir o controle da BrT, por meio da transferência das ações da Invitel em posse do BCS.

4.1.5. O acerto entre Telemar e BCS também previa que, caso não houvesse a alteração do PGO no prazo de 210 dias, o BCS não teria mais a obrigação de transferir as ações da Invitel para a Telemar e poderia optar em permanecer com essas ações, situação em que deveria solicitar à Anatel anuência prévia para o aperfeiçoamento do negócio. (fls. 05)

4.1.6. As partes do Contrato de Compra e Venda submeteram a eficácia desse instrumento à condição suspensiva de aprovação prévia da Anatel para a transferência do controle da BrT para a Telemar.

4.1.7. A Telemar afirma que foram tomadas precauções para que, antes da efetiva transferência do controle da BrT para a Telemar, essa última não tivesse qualquer ingerência nos negócios da empresa adquirida nem acesso a informações concorrencialmente sensíveis. Aduz que, enquanto não adviesse a condição que autorizaria a tradição das ações da BrT para a Telemar, não haveria por que pedir anuência prévia à Anatel, uma vez que não seria possível ao BCS ou à Telemar assumir o controle da BrT, interferir nos seus negócios ou mesmo ter acesso a informações sensíveis sobre a empresa (fl. 6).

4.1.8. A Telemar aponta que a Anatel deve analisar o negócio em comento sob dois ângulos, o regulatório e o concorrencial, podendo fazer a avaliação concorrencial de forma independente daquela relativa à regulação setorial (fl. 9).

4.1.9. Em 19 de maio de 2008 as empresas apresentaram o Ato de Concentração nº 53500.012477/2008, que foi analisado pela Agência, por meio do Informe nº 112/PBCPD/PVCP/CMLCE/PBCP/PVCP/CMLC/SPB/SPV/SCM de 17 de abril de 2009, julgado pelo Conselho Diretor e remetido ao CADE nos termos da legislação (informação constante à fl. 2183).

4.1.10. A Anatel, por meio dos Ofícios nos 42/2008-PBCPD/PBCP/SPB-Anatel e 43/2008-PBCPD/PBCP/SPB-Anatel (fls. 218 e 220), requisitou, em 13 de junho de 2008, informações adicionais sobre a operação submetida à sua análise. Essa solicitação foi focada, basicamente, em procedimentos societários (atas e editais de Assembleias de Acionistas e de reuniões dos Conselhos de Administração e Diretorias das empresas envolvidas e o cronograma das futuras Assembleias e reuniões de Conselhos e Diretorias). O objetivo dessas requisições era avaliar a existência de controle vedado de uma concessionária sobre outra, nos termos do art. 4º, inciso IX da resolução 101/99.

4.1.11. Em 20 de junho de 2008 (fl. 424) a Oi (Telemar) informou à Anatel da publicação de Editais de Ofertas Públicas Voluntárias para aquisição de até um terço das ações preferenciais da BrT e BrT Participações S.A. destacando que a operação não se revestia de nenhuma forma de transferência de controle.

4.1.12. Por meio do Informe nº 235/PBCPD/PBCP de 11/7/2008 (fls. 402-413), a área técnica manifestou-se da seguinte forma:

- a) As concessionárias do STFC devem submeter à anuência prévia da Anatel as suas operações societárias, em decorrência do comando do art. 97 da LGT. A anuência será concedida se não houver prejuízos à competição e ao cumprimento de obrigações e limitações relacionadas ao serviço. No plano regulamentar, a anuência prévia está estabelecida no art. 6º do Regulamento para Apuração de Controle e Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações (Resolução 101/99);

- b) Existem operações societárias que, mesmo sem necessidade de anuência prévia da Anatel, podem ter impactos no setor e, por conseguinte, devem ser informadas à Agência, conforme estabelecido no art. 29 do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (Resolução nº 73/98). Essa foi a base legal que fundamentou a apresentação pela TNLPart e Telemar do Contrato de Comissão e do Contrato de Compra e Venda de Ações (sem o pedido de anuência prévia) utilizados para a aquisição da BrT;
- c) De fato, a Resolução nº 101/99 estabelece:

Art. 4º. A Anatel, de ofício ou por provocação, poderá instaurar procedimentos administrativo destinado a apurar a existência de controle vedado por disposição legal, regulamentar, editalícia ou contratual.

Parágrafo Único. Considera-se indício de existência de controle vedado por disposição legal, regulamentar, editalícia ou contratual, entre outras, qualquer das seguintes situações entre prestadoras de serviços de telecomunicações:

.....

IX – existência de instrumento jurídico tendo por objeto transferência de ações entre as prestadoras ou cessão de direito de preferência relativamente à transferência recíproca de ações;

.....

Art. 6º. Deverá ser submetida previamente à Anatel alteração que possa caracterizar a transferência de controle, especialmente:

.....

II – quando a Controladora deixa de deter a maioria do capital votante da empresa;

- d) Que as empresas alegaram que a existência de condição suspensiva presente nos Contratos apresentados (necessidade de alteração do PGO) as eximia da exigência de anuência prévia até o momento em que a condição suspensiva desaparecesse (ou seja, quando ocorresse a alteração do PGO, que permitisse a uma empresa prestadora do STFC atuar em duas das suas regiões);
- e) Que não obstante a existência da condição suspensiva e a limitada eficácia dos instrumentos contratuais apresentados, já existem efeitos provocados pelo negócio entre as partes e isso reforçaria a necessidade de a Anatel fiscalizar essas empresas de modo a garantir a efetiva independência das mesmas até que o negócio fosse, eventualmente, concluído;
- f) Que a análise das respostas das empresas aos Ofícios nºs 42 e 43/PBCPD/PBCP/SPB-Anatel demonstra que, de fato, as empresas continuam a atuar sem ingerência das potenciais adquirentes nos negócios da BrT, inexistindo também evidências de controle vedado;
- g) Que o prazo estipulado nos contratos, de 210 dias para alteração do PGO, foi assumido por conta e risco dos contratantes e não serve de balizamento para que a Administração inicie a análise da operação, devendo o negócio ser considerado entre os que necessitam de anuência prévia da Anatel. Portanto, as empresas interessadas deveriam ser notificadas para prestar informações sobre a não submissão prévia da operação à Agência.

4.1.13. Foi encaminhado à BrT, em 1º de agosto de 2008, o Ofício nº 67/2008-PBCPD/PBCP/SPB-Anatel (fl. 421), no qual foi requisitado o complemento das informações recebidas anteriormente e solicitadas cópias dos contratos de fornecimento de equipamentos firmados a partir de 25 de abril de 2008, caso tivessem sido financiados na modalidade de Buyers & Suppliers credits. A BrT informou (fls. 422 e 423) não ter realizado nenhum contrato na modalidade citada dentro do prazo mencionado e encaminhou as demais informações requeridas.

4.1.14. Os autos foram encaminhados à PFE que, por meio do Despacho nº 188/2008/ALM/VCT/PGF/PFE-Anatel de 26/8/2008 (fls. 416 a 420), manifestou-se no sentido de devolver os autos à área técnica, solicitando que novos documentos fossem requisitados das empresas envolvidas nos Contratos em análise e que essas informações também fossem encaminhadas ao CADE.

4.1.15. No Ofício nº 76/2008/PBCPD/PBCP/SPB-Anatel (fl. 472) a Agência requisitou da Telemar as informações solicitadas pela Procuradoria, bem como os da oferta pública cujo leilão estava previsto para o dia 22 de julho de 2008. As mesmas informações requeridas pela PFE foram pedidas à BrT por intermédio do Ofício nº 75/2008/PBCPD/PBCP/SPB-Anatel (fl. 473). Ambos os ofícios aqui mencionados são datados de 8 de setembro de 2008.

4.1.16. Em 15 de setembro de 2008 a Telemar encaminhou as informações requisitadas (fls. 476 a 630) e motivou a ausência de algumas das informações alegando que se tratavam de dados pertencentes a empresas fora do controle da Telemar.

4.1.17. Em 16 de setembro de 2008 a BrT protocolizou as informações solicitadas (fls. 632 a 785) alegando, da mesma forma que a Telemar, que algumas das informações requeridas não estavam sob o seu domínio.

4.1.18. Em 18 de setembro de 2008 a Telemar e a PFE realizaram reunião na qual a empresa apresentou informações complementares, que foram seguidas de carta datada de 19/09/2008 (fls. 789 a 791) a qual trouxe as informações que haviam ficado pendentes.

4.1.19. Em 22 de setembro de 2008 foi emitido o Informe nº 339/PBCPD/PBCP (fls. 786 a 788), o qual **reitera a posição de, até aquele momento, não existirem indícios de controle vedado por disposição legal ou regulamentar** e sugere o encaminhamento dos autos à PFE, haja vista o recebimento dos documentos solicitados nas diligências.

4.1.20. A BrT também trouxe informações adicionais, por meio de carta datada de 26 de setembro de 2008 (fls. 794 a 797).

4.1.21. Tendo sido os autos encaminhados à PFE, a Procuradoria constatou que nem todas as informações solicitadas haviam sido apresentadas e reiterou o pedido em relação aos itens faltantes, por meio do Mem. nº 749/2008/PGF/Anatel (fls. 798 e 799). Novas diligências foram feitas para atender ao pedido da PFE (fls. 800 a 803).

4.1.22. A PFE apresentou seu posicionamento por meio do Despacho nº 366/2008/ALO/PGF/PFE-Anatel (fls. 804 e 805) de 15 de outubro de 2008, que aprovou o Parecer nº 426/2008/ALO/PGF/PGE-Anatel de 13 de outubro de 2008 (fls. 806 a 857) que pode ser resumido conforme segue:

- a) A Telemar contratou o Banco Credit Suisse na condição de Comissário para que esse adquirisse a totalidade das ações da controladora da BrT, haja vista que a legislação brasileira proibia que a Telemar adquirisse o controle da outra concessionária;
- b) A Telemar informou que o negócio só foi feito após o Ministro das Comunicações ter sugerido a alteração do Plano Geral de Outorgas (PGO) de modo a retirar as vedações contidas nos arts. 7º e 14 do Decreto nº 2.534/98, o que, se efetivado, permitiria a aquisição de uma das empresas pela outra;
- c) Que mesmo que o PGO seja alterado, a aquisição da BrT ainda não pode ser considerada efetivada, pois depende de condição suspensiva, qual seja a anuência prévia da Anatel, em face do disposto no art. 97 da LGT. No entanto, havia a possibilidade de o Banco Credit Suisse

119. A cláusula acima foi ajustada para a hipótese de não ser alterado o PGO no sentido de permitir a exploração de mais de uma região pela mesma concessionária. Neste caso, o Comissário poderia adquirir as ações após a autorização da Anatel, hipótese em que a Comitente se comprometeria a não interferir na administração da Companhia enquanto perdurarem as restrições regulatórias. Em suma, tal estipulação constante do contrato de comissão permaneceria produzindo efeitos mesmo na impossibilidade de aquisição da BrT pela Telemar, o que parece incompatível com as restrições atualmente vigentes.

120. Conforme acordado na indigitada cláusula, a Telemar pagaria o preço das ações para que o Comissário pudesse vir a ser o controlador, mas continuaria na posição de Comitente, por tempo indeterminado, período no qual se comprometeria a não exercer qualquer tipo de influência na companhia adquirida.

121. Difícil conceber um contrato de comissão em que o Comitente não possa interferir na conduta do Comissário, quando por definição os bens adquiridos pelo Comissário são do Comitente, pois assim estabelece o contrato de comissão e para isso é remunerado o Comissário..... (fl. 835)

122. Demais disso, a renúncia prevista nessa cláusula não parece apta a conferir legitimidade ao acordo, haja vista ser inadmissível que a Comitente, após desembolsar enorme quantia para a aquisição do controle de outra empresa, abra mão dos direitos inerentes a sua situação jurídica de proprietário.....

.....

124. Em suma esta Procuradoria entende que o contrato de comissão, por ser acessório ao contrato de compra e venda de ações, não pode sobreviver após a tradição das ações, na hipótese de não alteração do PGO, de modo que qualquer cláusula nesse sentido pode conferir à Comitente o poder de controlar a BrT, de forma não acionária, indireta e externa, o que é vedado pela resolução nº 101, de 1999.” (fl. 835)

i) O segundo ponto questionável é o da cláusula 4.9 do Contrato de Compra e Venda:

“Contratos de Transação TI e o Instrumento Particular de Contrato de Mandato. As vendedoras, desde já, obrigam-se entre si mesmas e perante a Compradora a exercer seu poder de controle e de voto em Invitel para deliberar, obrigatoriamente antes da Data de Fechamento, a cisão parcial de Invitel e a criação de uma nova companhia, a ser denominada Invitel Legacy S.A. (‘Invitel Legacy’), cujo capital será de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e a qual serão transferidos todos os direitos e obrigações de Invitel (inclusive aqueles previstos no item 1.1 do Protocolo e Justificação de Cisão Parcial de Techold Participações S.A. com versão de Parcela Cindida para Invitel S.A., datado de 18.04.2008) decorrentes dos e/ou relacionados aos seguintes contratos e instrumentos: (i) Contrato de Compra de Ações (‘Share Purchase Agreement’); (ii) Acordo de Exoneração Mútua (‘Mutual Release Agreement’); (iii) Acordo Epistolar (‘Letter Agreement’); (iv) Contrato de Investimento (‘holding Company Investments Agreement’); e (v) todos os demais instrumentos e acordos relacionados a, ou celebrados com, a Telecom Italia N.V., Brasilco SrL e ou suas respectivas Afiliadas em cumprimento de obrigações estipuladas no Share Purchase Agreement, Mutual Release Agreement, Letter Agreement e Holding Company Investment Agreement (em conjunto, doravante denominados os ‘Contratos de Transação TI’). A Invitel e a Solpart obrigam-se perante as vendedoras e a Compradora, desde já, em caráter irrevogável e irreatável, a

celebrar com a Invitel Legacy, imediatamente após a referida cisão parcial que lhe der origem, o Instrumento Particular de Contrato de Mandato, na forma do Anexo 4.9, para fim de outorgar e assegurar à Invitel Legacy todos e quaisquer poderes necessários para fazer a mais ampla, geral e irrestrita administração e gestão dos Contratos de Transação TI, na qualidade de mandatária outorgada pela Invitel e Solpart. Após o Fechamento, a Compradora, então na qualidade de nova acionista controladora da Invitel e Solpart, se obriga, em caráter irrevogável e irretroatável perante à Invitel Legacy e as Vendedoras, a exercer o seu direito de voto em Invitel e Solpart de forma a assegurar à Invitel Legacy – e em benefício das vendedoras – o mais amplo e integral cumprimento, por suas controladoras mandantes, do Instrumento Particular de Contrato de Mandato. Em decorrência da cisão, serão acionistas da Invitel Legacy as vendedoras CVC Brazil, IIFIP, Previ, Petros, Funcef, Fundação 14, respeitados os limites de enquadramento em lei e na regulamentação pertinente. ’

126. as Vendedoras, atuais controladoras da Invitel se comprometeram... a efetivar a cisão da companhia antes da data de fechamento.....

127. Como se sabe, a cisão desempenha destacado papel como técnica de reorganização empresarial.... Tal operação foi assumida por compromisso firmado não só entre os acionistas da Invitel, mas entre estes e a compradora.

128. Ora, a cisão da companhia, tal como prevista na cláusula acima, traz grande incerteza quanto ao grau de interferência de tal operação nas atividades da Invitel, sobretudo se considerado que foi estipulada em data que sequer é definida com exatidão, genericamente anotada como ‘antes da data de fechamento’. (fls. 836 e 837)

129. Esta procuradoria entende que tal fato, ao menos no campo indiciário, aponta para a presença de controle vedado,”

- j) Nos acordos de acionistas não há cláusulas que indiquem interferências da Telemar sobre a BrT e não há como concluir, com base nesses documentos, que exista controle vedado de uma empresa sobre outra (fl. 840).
- k) A Telemar comprometeu-se a pagar R\$ 315 milhões de reais para encerrar as discussões travadas entre acionistas e ex-acionistas da BrT acerca do controle acionário que buscava adquirir, independentemente da concretização da compra daquela empresa. Em razão do elevado valor, esse pagamento pode ser entendido como representativo do interesse da Telemar na aquisição, repercutindo, inclusive sobre o passivo a ser assumido, na hipótese de aprovação da operação. No mesmo sentido, como independe da aprovação da aquisição, o aporte desses valores pode ser interpretado como financiamento da Telemar à BrT, indicando uma possível infração ao art. 4º, Parágrafo Único, I, da Resolução nº 101/99, o que merece ser apurado em procedimento específico (fls. 841 a 843).
- l) O CADE tem competência para rever as decisões da Anatel em questões da esfera concorrencial, pelo que a anuência prévia da Anatel deve preceder a análise do ato de concentração pelo órgão antitruste (fl. 854). Como os interessados apresentaram ao CADE requerimento de análise do ato de concentração, mas não trouxeram à Anatel requerimento de anuência prévia para a operação, há indícios de descumprimento do art. 68 da Norma nº 07/1999, pelo que, em obediência ao art. 97 do Regimento Interno da Agência, deve ser instaurado PADO para apuração dessa conduta (fls. 854 e 855).

4.1.23. Em 16 de outubro de 2008 (o dia seguinte ao de emissão do Parecer acima) o Conselho Diretor aprovou a alteração no PGO que permitiria a compra da BrT pela Telemar.

4.1.24. Em 20 de outubro de 2008 foram protocolizadas mais algumas informações, referentes à Invitel (fls. 863 a 1239) e Solpart (fls. 1240 a 1736), compostas, basicamente de atas de Assembleias e de reuniões de Conselhos de Administração e de Diretoria, bem como das relações de dirigentes e seus respectivos pagamentos de bonificações. Em 21 de outubro o Banco Credit Suisse protocolizou cópia do seu estatuto social (fls. 737 a 1752).

4.1.25. Em 30 de outubro de 2008, a Anatel, por meio do Ofício nº 257/2008-PBCPD-Anatel, requisitou da Telemar os anexos dos contratos de Comissão e Compra e Venda de Ações (fl. 1753). As respostas da empresa, apresentadas em 31 de outubro, estão autuadas nas fls. 1760 a 1938.

4.1.26. No mesmo dia 31 de outubro de 2008, a Anatel, usando o Ofício nº 260/2008-PBCPD-Anatel (fl. 1757), requisitou informações acerca da origem dos recursos que a Telemar eventualmente utilizaria para o pagamento previsto na Cláusula 2.b do Contrato de Prêmio de Rescisão (*Termination Fee Agreement*). A Telemar respondeu em 7 de novembro de 2008 (fl. 1977), afirmando que os recursos seriam da Telemar Norte Leste S.A. e que seriam considerados como “risco empresarial”.

4.1.27. Em 3 de novembro de 2008, o Conselho Consultivo da Anatel aprovou a alteração no PGO que tornaria possível a operação, referendando a decisão do Conselho Diretor e esse fato foi informado ao Ministério das Comunicações.

4.1.28. Em 10 de novembro de 2008, por meio dos Ofícios nº 267 e nº 268/2008/PBCPD-Anatel (fls. 1966 e 1968), foram solicitados à Telemar e à BrT informações referentes ao número de empregos diretos e indiretos mantidos pelas companhias e pelas demais empresas de seus respectivos grupos, de modo discriminado. A BrT trouxe as informações solicitadas em 12 de novembro (fls. 1970 a 1972 e 1974 a 1976). A Telemar atendeu à diligência em 14 de novembro (fls. 1978 e 1979) e complementou as informações em 21 de novembro (fls. 1981 e 1982).

4.1.29. O processo veio à apreciação do Conselho Diretor por meio da MACD nº 277/PBCPD/PBCP/SPB de 14 de novembro de 2008, na qual a área técnica assim se posicionou (fls. 1941 a 1943):

“3.19. a Procuradoria exarou o Parecer nº 426/2008/ALO/PGF/PFE-Anatel, onde opinou (a) pelo prosseguimento do presente procedimento administrativo destinado a apurar a existência de controle vedado, (b) pela irregularidade da cláusula 12.3.4 do Contrato de Comissão, (c) pela existência de indícios de atos equiparáveis a controle vedado da Telemar sobre a BrT e Invitel, no que respeita às cláusulas 4.9 do Contrato de Compra e Venda e IV da Escritura Pública de Transação, Renúncia e Quitação, (d) pela instauração de PADO em desfavor da Telemar e da BrT, destinado a apurar os indícios referidos no item (c), (e) pela necessidade de apresentação de anuência prévia, em concomitância ou anteriormente à apresentação do ato de concentração e (f) pela instauração de PADO em desfavor da BrT, Telemar, Invitel e Credit Suisse, com a finalidade de apurar o descumprimento do item (e).

3.20. A Procuradoria Geral da Anateldestacou que os apontamentos sobre os negócios jurídicos em tela não presumem a sua irregularidade, mas tão somente sugerem a conveniência de alguns de seus termos serem mais bem apurados, por meio de procedimento administrativo competente.....

.....

3.22. *Por fim, tendo em vista as conclusões do parecer da Procuradoria relatadas no item 3.19 acima, notadamente nos seus itens (b) e (c), reforçamos que, sob a ótica eminentemente regulatória, a área técnica não encontrou indícios de existência de controle vedado, que pudessem indicar a ingerência de uma concessionária sobre a outra, com possíveis impactos negativos aos usuários e ao mercado, de modo que tais conclusões exaradas pela Procuradoria devem ser analisadas pelo Conselho Diretor e, se for o caso, devidamente apuradas.”*

4.1.30. Em 20 de novembro de 2008 foi publicado o Decreto nº 6.654/2008, que alterou o PGO e possibilitava a concretização da aquisição em tela.

4.1.31. No dia seguinte, em 21 de novembro de 2008, as empresas apresentaram o requerimento de Anuência Prévia nº 53500.030759/2008, tendo a Anatel imposto um conjunto de condicionamentos para a conclusão da operação (Ato nº 7.828 de 19/12/2008, publicado no DOU de 22/12/2008) (fl. 2183).

4.1.32. Em 3 de dezembro de 2008, por meio do Ofício nº 334/2008/PJ/GAB/PRDF, o Ministério Público Federal encaminhou uma recomendação ao então Conselheiro Relator deste processo, Dr. Antônio Bedran no sentido de que a Anatel se pronunciasse expressamente sobre os seguintes pontos: (i) fatos que descaracterizariam o Contrato de Comissão; (ii) necessidade de apresentação pretérita do pedido de anuência prévia; e (iii) possibilidade de controle vedado de fato pela Telemar sobre a BrT (fls. 1946 a 1952). Um Ofício de teor semelhante, de nº 338/2008/PJ/GAB/DF, foi encaminhado ao Conselheiro Ronaldo Sardenberg, à época presidente do Conselho (fls. 2125 a 2131).

4.1.33. Na reunião de 9 de dezembro de 2008, o ilustre Conselheiro Relator apresentou a Análise nº 583/2008-GCAB de 05/12/2008 (fls. 1953 a 1963), cuja conclusão pode ser resumida conforme segue:

- a) A SPB entendeu que não havia indícios de controle vedado por disposição legal ou regulamentar, propondo que o Conselho Diretor deliberasse sobre o conhecimento das operações societárias noticiadas e sobre a necessidade de sua submissão à anuência prévia da Anatel;
- b) A Procuradoria divergiu, apontando o que entende serem indícios de controle vedado da Telemar sobre a BrT, decorrentes da Cláusula 4.9 do Contrato de Compra e Venda de Ações e da Cláusula IV da Escritura Pública de Transação, renúncia e Quitação. Além disso, apontou uma possível irregularidade na Cláusula 12.3.4 do Contrato de Comissão e a necessidade de apresentação de requerimento de anuência prévia à Anatel concomitante à apresentação do Ato de Concentração no CADE;
- c) Que o procedimento instaurado nos termos do art. 4º do Anexo da Resolução nº 101/99 é de natureza investigativa, que visa uma apuração preliminar sobre a eventual existência de ilícito administrativo e, caso se confirme a existência de indícios que o justifiquem, oportunamente será instaurado um processo principal, quando haverá oportunidade de ampla defesa e contraditório. O foco dessa investigação é saber se a arquitetura da operação contém indícios de que contrariou a regulamentação vigente quando da celebração do Contrato de Compra e Venda de Ações;
- d) Não obstante a preocupação da Procuradoria em relação à cláusula 4.9 do Contrato de Compra e Venda de Ações, outra interpretação sobre essa disposição também é possível, qual seja, a de conferir maior garantia ao futuro comprador das ações, por meio do isolamento em outra sociedade, a Invitel Legacy S.A., a responsabilidade pelos contratos

- firmados entre os vendedores e a Telecom Italia em data anterior. Além disso, essa cláusula não altera o controle sobre a BrT ou a estrutura societária das suas controladoras;
- e) Quanto ao pagamento de R\$ 315 milhões, mencionado pela Procuradoria, decorrente da Cláusula IV da Escritura Pública de Transação Renúncia e Quitação, não há indícios de controle vedado, haja vista que o pagamento não tem vinculação com a conclusão da operação nem previsão de reembolso, sob qualquer condição, da mesma forma que a BrT não assumiu obrigações de fazer ou de não fazer em função desse pagamento;
 - f) Quanto ao ponto levantado pela Procuradoria em relação ao Contrato de Comissão, a SPB deverá realizar uma análise mais profunda sobre a possível existência de controle vedado;
 - g) Que a operação deve ser submetida à anuência prévia da Anatel, antes ou concomitantemente à apresentação ao CADE, inclusive porque se a Anatel rejeitar a operação, a análise do CADE torna-se dispensável;
 - h) Que apesar da inexistência, até então, de indícios de controle vedado, por precaução, deve ser instaurado procedimento específico para aprofundar a análise dos pontos levantados pela Procuradoria, cabendo à SPB manifestar-se também sobre as questões levantadas pelo Ministério Público Federal (fls. 1962 e 1963).

4.1.34. Em 22 de dezembro de 2008 foi publicado no DOU o Ato nº 7.828 de 19 de dezembro de 2008 aprovando a aquisição.

4.1.35. Em 27 de janeiro de 2009, o Despacho nº 606/2009-CD determinou a instauração de procedimento específico para apurar os pontos determinados na Análise nº 583/2008-GCAB.

4.1.36. Em 5 de junho de 2009, foi juntado aos autos o Informe nº 156/PBCPD/PBCP (fls. 2146 a 2153) cujo conteúdo, em resumo é o seguinte:

De acordo com a decisão do Conselho Diretor e conforme dispõe o Regimento Interno no seu art. 96, § 2º, deverá ser instaurada, de ofício, Reclamação Administrativa e, por conseguinte, serão notificadas a Telemar e a BrT para que apresentem as suas defesas a respeito dos seguintes pontos: (i) existência de possível irregularidade na cláusula 12.3.4 do Contrato de Comissão; (ii) não apresentação do Contrato de Comissão e do Contrato de Compra e Venda de Ações à anuência prévia da Anatel; e (iii) as recomendações do MPF constantes do Ofício nº 334/2008/PJ/GAB/PRDF de 02/12/2008.

4.1.37. A referida Reclamação Administrativa foi instaurada mediante Despacho nº 4.876/2009/PBCPD/PBCP/SPB de 13 de julho de 2009 (fl. 2153). A Telemar foi notificada para apresentação da sua defesa em 14 de julho de 2009 (fl. 2154).

4.1.38. A defesa da Telemar, protocolizada em 5 de agosto de 2009, consta às fls. 2158 a 2171 e, em resumo, tem o seguinte conteúdo:

- a) Que os contratos firmados (o de Comissão e o de Compra e Venda de Ações) garantiam que até a anuência prévia da Anatel, a qual dependeria de uma mudança no PGO, a administração da BrT seria regida unicamente pelos seus controladores, sem qualquer ingerência da Telemar;
- b) Que os contratos de comissão e de compra e venda de ações têm objetos próprios e que um não pode ser considerado acessório do outro, sendo firmados por partes distintas e que geram obrigações também diferentes, ainda que relacionadas e que o fato de a Telemar ter sido interveniente no Contrato de Comissão não desvirtua a sua natureza;

- c) Que a publicação do Decreto nº 6.654 de 21 de novembro de 2008 deu eficácia plena às disposições que regulavam a extinção do Contrato de Comissão e a cessão automática, pelo Banco Credit Suisse, da posição de compradora naquele contrato à Telemar. O decreto também tornou sem efeito, em ambos os contratos, todas as previsões relacionadas à não alteração do PGO no prazo contratualmente previsto;
- d) Que a cláusula 12.3.4 do Contrato de Comissão correspondia exatamente a uma dessas hipóteses de não alteração do PGO e, portanto, tornou-se sem efeito e que, ao contrário do que afirmam a procuradoria e o Ministério Público, essa cláusula não contraria o instituto do Contrato de Comissão;
- e) Que a gestão independente que o Comissário faria da BrT necessitaria da anuência prévia da Anatel que, caso considerasse conveniente, estabeleceria as condições para a concessão da anuência;
- f) Que a ausência de previsões sobre a remuneração do Comissário e a destinação dos lucros da companhia adquirida também não desvirtuam contrato de comissão e são matérias que dizem respeito apenas às partes e a ausência de disposição contratual sobre o tema revela a confiança dos contratantes na concretização do negócio e o desejo de garantir a aquisição mesmo que o PGO não fosse alterado no prazo estabelecido no contrato;
- g) Que a imposição de não exercício de poder de controle a acionista detentor de participação acionária relevante é condição reconhecida como possível, pela própria Anatel (a exemplo do que ocorreu com a Telecom Italia em relação à BrT). A Telemar buscou construir uma hipótese semelhante, permitindo-se que no momento oportuno, caso não se verificasse a alteração, lhe fosse possível decidir se assumiria os riscos de efetuar um elevado desembolso para adquirir uma empresa cujo controle não poderia exercer por restrições regulatórias. À Anatel caberia avaliar, quando provocada, se permitiria o controle de uma concessionária à pessoa agindo na condição de Comissária;
- h) Que a alteração do PGO permitiu à Telemar apresentar à Anatel diretamente, e não na condição de Comitente, o pedido de anuência prévia para aquisição da BrT, que culminou com a assunção do controle da BrT. Dessa forma, todo esse questionamento perdeu o seu objeto;
- i) Que não concorda com a tese da Procuradoria de que os contratos de comissão e de compra e venda de ações deveriam ser apresentados à Anatel anteriormente ou concomitantemente à sua apresentação ao CADE, porque os processos de natureza concorrencial e regulatória são distintos e para este último, que tramita exclusivamente na esfera da Anatel, a legislação não estabelece prazos;
- j) Que a exigência de apresentação às autoridades concorrenciais no prazo máximo de 15 dias após a assinatura do primeiro documento vinculante não pode ser aplicada em todos os casos à Anatel, pois, como no caso presente, os fatos geradores da imposição de apresentação ao CADE não seriam suficientes para conferir às partes o direito de pleitear a transferência de controle desejada;
- k) Que a imposição de multa em benefício da BrT e Invitel (ponto questionado pelo MPF), trata-se de acerto entre as partes em função de a concretização do negócio envolver aspectos alheios à vontade das contratantes e é um procedimento comum em negócios deste tipo e que envolvem montantes financeiros tão elevados. A razão é o fato de os controladores da BrT, desejando vendê-la, deixarem a empresa disponível apenas para

um comprador (no caso a Telemar) por um período estipulado (até 240 dias). No caso de o negócio não se concretizar, a vendedora mereceria uma compensação por não ter podido negociar com outros potenciais compradores durante esse período. Isso não descaracteriza o contrato de comissão ou a própria operação, que, aliás, foi concluída, pelo que nenhuma multa foi paga;

- l) Quanto ao pagamento feito para encerramento das disputas entre acionistas da BrT, outro ponto abordado pelo MPF, era um passo necessário para a aquisição, pois só haveria segurança jurídica no negócio com o fim das pendências sobre o controle daquela empresa. A Telemar fez os pagamentos na condição de terceira interessada, assumindo esses dispêndios como risco do negócio, haja vista que, caso não se concretizasse a aquisição, não haveria qualquer ressarcimento e não poderia a Telemar exercer qualquer ingerência sobre os negócios da BrT;
- m) No que se refere à oferta pública voluntária feita pela Telemar, logo após a divulgação do negócio, para aquisição de até um terço das ações da BrT, deve-se notar que se referia a ações preferenciais, ou seja, sem direito a voto ou vinculação a acordos de acionistas, vale dizer, sem impacto no controle da empresa. As ofertas foram feitas com total transparência, seguindo a regulamentação da CVM.

4.1.39. Em 12 de novembro de 2010, a área técnica, por meio do Informe nº 449/PBCPD/PBCP assim se manifestou (fls. 2172 a 2192):

- a) Que a instauração deste procedimento ocorreu, inicialmente, para apurar indícios de controle vedado no processo de aquisição da BrT pela Telemar. Tais indícios estavam representados pela divulgação de fato relevante que noticiava a operação, publicado em 25 de abril de 2008;
- b) Em razão do quadro legal e regulatório vigente à época, a área técnica manifestou-se pela necessidade de fiscalizar a operação noticiada, assim como de um posicionamento do Conselho Diretor. A área técnica entendeu que a operação deveria ser conhecida na qualidade de procedimento de anuência prévia, mas o Conselho Diretor decidiu de forma distinta, em razão do que foi instaurada Reclamação Administrativa para apurar os fatos relatados (possíveis irregularidades na cláusula 12.3.4 do Contrato de Comissão, não apresentação à Anatel, como requerimento de anuência prévia, dos Contratos de Comissão e de Compra e Venda de Ações e as recomendações do MPF);
- c) Em função das alterações no quadro legal e regulatório ocorridas durante a tramitação do procedimento, operou-se a extinção do Contrato de Comissão, tendo a Telemar assumido a posição contratual de compradora no Contrato de Compra e Venda de Ações. As partes fizeram o pedido de anuência prévia e a Anatel aprovou a operação, com condicionantes, conforme o Ato nº 7.828 de 19 de dezembro de 2008, publicado no DOU de 22 de dezembro seguinte;
- d) Durante o período de tramitação do procedimento e da Reclamação Administrativa, todas as providências na competência da Agência foram adotadas, tanto no requerimento de Anuência Prévia (Procedimento nº 53500.030759/2008), quanto no Ato de Concentração (Procedimento nº 53500.012477/2008). No PADO nº 53500.011835/2008 que apurou o descumprimento das disposições referentes à anuência prévia, a área técnica concluiu que a Telemar não atendeu à legislação pertinente;

- e) Quanto às recomendações do MPF, todas foram contempladas, em função da extinção do Contrato de Comissão (decorrente da mudança do quadro regulatório) e das análises realizadas no pedido de anuência prévia e no ato de concentração;
- f) Que da análise dos fatos apontados pelo Conselho Diretor, concluiu-se pela inexistência de indícios de controle vedado, pelo que se sugere o arquivamento da presente Reclamação Administrativa, que teve exaurida a sua finalidade.

4.1.40. Instada a manifestar-se novamente, em 24 de fevereiro de 2012 a Procuradoria exarou o Parecer nº 91/2012/MGN/PGF/PFE-Anatel (fls. 2194 a 2201), que pode ser sumarizado nos seguintes termos:

- a) Que a Procuradoria já tinha opinado pela existência de indícios de infração pela não apresentação do pedido de anuência prévia e que o PADO para apuração da irregularidade deveria incluir não apenas a Telemar, mas também a BrT, Invitel e o Banco Credit Suisse;
- b) Que o objetivo do procedimento é verificar se havia controle vedado antes da alteração do PGO e que a mudança da legislação não altera tal interesse;
- c) Que a Procuradoria reitera a existência de indícios de controle vedado e cabe à Anatel esgotar os meios para a sua apuração;
- d) Que o Tribunal de Contas da União, no seu Acórdão 2468/10¹ noticiou que:

“29. Sobre o processo de controle vedado, em reunião na Agência, foi informado que esta tomou diversas medidas para evitar que houvesse algum tipo de interferência entre as empresas, antes da ocorrência da transferência de controle societário. Um exemplo foi o envio de técnicos a diversos eventos em que as duas concessionárias participavam, sem aviso prévio², para verificar se havia algum tipo de contato proibido. Também foi afirmado que a este comportamento foi somada uma análise técnica com base na documentação enviada pelas concessionárias.”;

- e) Que essas diligências realizadas pelos técnicos enviados a eventos sejam juntadas aos autos para melhor instrução processual;
- f) Que a Solpart deixou de entregar parte dos documentos solicitados (cópias de livros societários), pois a empresa teria sido alvo de uma ação de busca e apreensão e alguns dos seus livros encontravam-se sob custódia judicial e, assim sendo, cabe à Anatel renovar a diligência, para a melhor instrução dos autos;
- g) Que o sucesso na apuração dos fatos muito dependia da ação da fiscalização da Anatel e que, no momento, a prova testemunhal pode ser muito útil na elucidação dos fatos em apuração;
- h) Que a “Anatel proceda ao levantamento dos funcionários das empresas envolvidas e que passaram a trabalhar na empresa adquirente, observando-se, especialmente, se há funcionários que passaram a prestar seus serviços para a prestadora adquirente antes do advento do Decreto nº 6.654/2008 e da anuência da operação, de sorte a colher seu depoimento, especialmente daqueles cujos contratos de trabalho já tenha sido extinto”;
- i) Que o corpo técnico da Anatel ateste a regularidade dos documentos solicitados, para comprovar se as diligências realizadas foram atendidas;
- j) Que as conclusões da diligência mencionada pelo TCU sejam juntadas, para melhor instrução processual.

¹ Na verdade refere-se ao processo nº TC 020.460/2008-3, que culminou no Acórdão mencionado.

² Não está claro quem teria comparecido aos eventos “sem aviso prévio”, se as empresas ou os técnicos enviados pela Anatel.

4.1.41. Em mais um Informe, o de nº 461/2012/PBCPD/PBCP de 21 de dezembro de 2012, a área técnica assim se posicionou (fls. 2202 a 2204):

- a) Que mantém o seu entendimento no sentido de ausência de indícios de controle vedado na operação em tela;
- b) Que desconhece a diligência mencionada pela Procuradoria, como presente no Acórdão do TCU;
- c) Que não são necessárias novas diligências em relação à Solpart, que era controlada pela Invitel e cujos membros em ambos os conselhos de administração eram os mesmos e que não foi possível constatar nos documentos apresentados qualquer intromissão no controle das empresas adquiridas por parte dos adquirentes;
- d) Que o processo encontra-se em estágio bastante maduro sendo desnecessária uma nova diligência que só faria o processo retroceder, pois novos documentos não acrescentariam dados relevantes à elucidação dos fatos e que, em nome da celeridade processual, discorda da sugestão da Procuradoria;
- e) Que considera cara e ineficiente e, portanto desnecessária, a oitiva de testemunhas para a descoberta de alguma prova de controle vedado. Que, na verdade, os funcionários em geral, à exceção da alta direção e do Conselho de Administração, permaneceram os mesmos entre a publicação do fato relevante e a efetivação da operação de aquisição, e sem contato com os controladores das companhias, como é a praxe em empresas com organização societária complexa;
- f) Que toda a documentação apresentada pelas empresas já foi objeto de minuciosa avaliação;

4.1.42. O processo seguiu para apreciação do Conselho Diretor, por meio da MACD nº 292/PBCPD/PBCP/SPB de 26 de dezembro de 2012, com proposta de arquivamento dos autos em função da ausência de indício de controle vedado (fls. 2205 e 2206).

4.1.43. O processo foi relatado pelo ilustre Conselheiro Marcelo Bechara que, por meio da Análise nº 269/2013-GCMB, de 29 de abril de 2013 (fls. 2209 e 2210), considerando que “a Agência deve pautar-se pelo atendimento ao interesse público”, entendeu que o processo deveria continuar nos “exatos moldes” sugeridos pela Procuradoria, pois a “Administração tem o dever de valer-se de qualquer ato administrativo lícito para consecução de provas, também lícitas, com o objetivo de buscar a verdade dos fatos”.

4.1.44. Atendendo à determinação do Conselheiro, a área técnica realizou as diligências solicitadas, incluindo a tomada de depoimentos (fls. 2212 a 2273).

4.1.45. Em 19 de janeiro de 2015, foi elaborado o Informe nº 007/2015/CPOE/SPC (fls. 2274 a 2278) que resumidamente contém o seguinte:

- a) Que a Telemar não dispõe da relação de empregados na forma como solicitado, mas encaminhou a relação dos seus 18.870 empregados do seu grupo econômico com a indicação da respectiva data de admissão, bem como a relação de dirigentes estatutários da Oi, que foram intimados para prestar depoimentos;
- b) Que alguns dos dirigentes intimados não compareceram e nem justificaram a sua ausência para tomada de depoimentos e que aqueles que compareceram informaram que não houve qualquer interferência da Telemar na gestão da BrT durante o processo de aquisição;

- c) Que o juízo em posse dos documentos apreendidos da Solpart não respondeu às duas diligências realizadas, mas que havia cópias dos documentos solicitados em poder da empresa, as quais foram fornecidas;
- d) Que, ao contrário do que consta no Acórdão do TCU citado pela Procuradoria, não enviou técnicos a eventos para monitorar contatos entre a Telemar e a BrT;
- e) Que os documentos da Solpart, conforme esperado, não contribuíram para comprovação de qualquer indício de controle vedado;
- f) Que as diligências envolvendo os empregados das empresas se mostraram inviáveis, em razão do elevado número deles (quase 19 mil após a fusão das empresas e deveria ser maior quando operavam separadamente). Além disso, conforme mencionado anteriormente, o grau de hierarquização de empresas com esse porte impede que a grande maioria dos funcionários realmente saiba quem está no comando da companhia, pelo que seria inútil uma oitiva aleatória de funcionários e ex-funcionários;
- g) Por conta disso, resolveu-se ouvir os ex-dirigentes da BrT na época da aquisição, que seriam as pessoas que teriam maior contato com os acionistas. Os depoimentos foram unânimes e coerentes no sentido de que, antes da concessão da anuência prévia pela Anatel, não houve qualquer ingerência da Telemar nos negócios da empresa adquirida;
- h) Que foram esgotados todos os meios de apuração e a conclusão obtida anteriormente se mantém, pelo que propõe, mais uma vez o arquivamento do presente procedimento.

4.1.46. Os autos retornaram ao Conselho por meio da MACD nº 002/CPOE/SCP de 19 de janeiro de 2015, com proposta de arquivamento (fl. 2279).

4.1.47. O processo foi distribuído ao meu gabinete e, em função da divergência entre a Procuradoria e a área técnica e da quantidade de informações, solicitei ao Conselho Diretor, por duas vezes (Análises nº 78/2015-GCIF de 05/06/2015, às fls. 2292 e 2293 e nº 195/2015/2015-GCIF, às fls. 2304 e 2305), a prorrogação de prazo para trazer o processo à apreciação dos demais Conselheiros.

4.2. DA ANÁLISE

4.2.1. Trata-se de analisar dois aspectos que foram arguidos durante a análise da compra da BrT pela Telemar, fato que já ocorreu há mais de sete anos, haja vista que sua aprovação pela Anatel ocorreu nos moldes definidos no Ato nº 7.828 de 19/12/2008, publicado no DOU de 22/12/2008. Destarte, passado todo esse período não há mais questionamentos sobre o mérito dessa operação, mas para encerrar este processo resta analisar: (i) se houve tentativas ou atos de controle vedado durante o período entre o anúncio da operação e a sua aprovação pela Anatel e (ii) se o rito legal para a aprovação da mesma foi cumprido, vale dizer, se o pedido de anuência prévia foi apresentado conforme determina o ordenamento jurídico.

4.2.2. Quanto à possível existência de atos, ou mesmo indícios, de controle vedado, a área técnica da Agência sempre se posicionou no sentido de que não havia tais indícios de controle vedado, embora defendesse que a Agência deveria permanecer vigilante no sentido de evitar que qualquer tentativa nesse sentido, que viesse a ser praticada pelos agentes, pudesse ser tempestivamente coibida.

4.2.3. A Procuradoria, por sua vez, firmou posição, mais de uma vez, no sentido da existência de indícios de controle vedado, argumentando que determinados itens dos contratos analisados permitiriam que as empresas praticassem atos de controle vedado. No mesmo sentido o Ministério Público Federal externou sua preocupação com o negócio entre as operadoras.

4.2.4. Há que se notar, no entanto, que, em nenhum momento ao longo de seus pareceres (um deles com mais de 100 páginas), a Procuradoria foi capaz de indicar um único ato de controle vedado praticado pelas empresas ou mesmo um indício de que tal tivesse concretamente ocorrido, fixando-se apenas na redação de duas cláusulas (uma no Contrato de Comissão e outra no Contrato de Compra e Venda de Ações) que, segundo o seu entendimento, poderiam abrir caminho para ações irregulares.

4.2.5. É preciso notar que, ainda que a redação das referidas cláusulas pudesse permitir práticas vedadas, isso não permite concluir que tais práticas existiram e não cabe punir empresas pela possibilidade de que venham a infringir a lei. Seria necessário demonstrar a infração e não meramente alegar que os agentes poderiam cometer o delito ou pretendiam fazê-lo.

4.2.6. Contudo, a hipótese prevista na referida cláusula 12.3.4 do Contrato de Comissão – aplicável somente no caso de, transcorridos 210 dias, o PGO não houvesse sido alterado – de a Telemar decidir continuar a operação e arcar com o custo da compra das ações da Invitel pelo Comissário, nunca se efetivou. Logo, não pode ter havido atos de controle vedado associados às possibilidades abertas por esse dispositivo. Embora a advertência da PFE sobre os efeitos dessa cláusula fizesse sentido à época em que foi feita (antes da alteração do PGO), esse risco foi totalmente mitigado pela decisão governamental de alterar o PGO. Não há fatos ou condutas a se apurar referentes a uma hipótese que nunca se efetivou.

4.2.7. Se o hipotético ato irregular tivesse sido praticado, teria sido uma busca dos agentes por maximizar a eficiência da operação. Ao puni-los, depois de aprovar a aquisição, a Anatel, na prática, estaria punindo a busca pela eficiência. Observe-se que, no momento em que aprovou a aquisição e impôs condicionantes, a Agência entendeu que potenciais danos ao mercado poderiam ser evitados ou compensados pelas condições impostas no ato autorizativo da anuência.

4.2.8. O oposto teria que ser considerado, caso a operação não tivesse sido anuída pela Agência. Se a empresa tivesse praticado algum ato de controle vedado num negócio que a Anatel não aprovasse, a punição deveria ser severa, dentro dos ditames da lei e regulamentos, mas, mesmo nesse caso, a infração deveria ser cabalmente demonstrada.

4.2.9. Outro aspecto prático a ser colocado é o fato de que, mesmo se as empresas tivessem praticado algum ato proibido na esfera societária, o período transcorrido entre o anúncio do negócio e a sua aprovação pelas autoridades foi tão curto, sete meses, que muito dificilmente haveria tempo para a produção de efeitos negativos no mercado.

4.2.10. Um ponto adicional a ser considerado é o fato de que os contratos tinham um condicionamento temporal, no caso, um prazo limite para a sua validade, que embora pudesse ser, eventualmente, prorrogado, dependia de fatores alheios à vontade dos agentes. Ainda que existisse a expectativa de o governo alterar o decreto de regulamentação do PGO, a incerteza sobre a data em que esse tipo de acontecimento se dá sempre é grande e, nesse quadro, dificilmente uma empresa (no caso a BrT) permitiria a outra interferir nos seus negócios de forma importante. Note-se que, depois de decorrido o prazo contratado, se o negócio não se

efetivasse, a BrT poderia buscar outro comprador, o que seria dificultado se a sua administração estivesse sendo influenciada pela Telemar.

4.2.11. Não vejo razão, portanto, para que se invistam mais recursos públicos, humanos e materiais para “esgotar os meios de apuração”, buscando indícios de controle vedado, que, desde o princípio, a área técnica afirmou não existirem e que a Procuradoria não conseguiu apontar de modo concreto. É importante, quando se administra recursos públicos, buscar dar-lhes a melhor utilização possível, especialmente em períodos de escassez e quando se tem o volume de trabalho a ser feito nesta autarquia. Outrossim, não se deve esquecer que diligências desnecessárias, além de onerar o poder público, também geram custos aos agentes privados e a Administração não deve impor tais ônus à sociedade, sem um motivo que os justifique.

5. CONCLUSÃO

5.1. Diante do exposto, concluo pela inexistência de indícios de controle vedado associados a disposições do mencionado Contrato de Comissão e, sendo assim, esgotada sua finalidade, proponho o arquivamento do presente processo.

É como considero.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO RELATOR

IGOR VILAS BOAS DE FREITAS