	<h1>ANÁLISE</h1>	NÚMERO E ORIGEM:
		361/2010-GCJR
		DATA:
		14/05/2010
CONSELHEIRO RELATOR		
JOÃO BATISTA DE REZENDE		

1. ASSUNTO

Ato de Concentração nº 53500.028086/2006, que analisa a aquisição da totalidade do capital social da **Antenas Comunitárias Brasileiras Ltda.** pela **Net Sul Comunicações Ltda.**

2. REFERÊNCIAS

- 2.1. Matéria para Apreciação do Conselho Diretor nº 73/2009 – CMLCE/SCM, de 14/09/2009 (fls. 291/292);
- 2.2. Parecer nº 978-2009/MGN/PGF/PFE –Anatel, de 26/08/2009 (fls. 281/290);
- 2.3. Informe Complementar nº 110/2009 – CMLCE, de 19/05/2009 (fls. 273/280);
- 2.4. Parecer nº 402-2009/MGN/PGF/PFE –Anatel, de 31/03/2009 (fls. 263/270);
- 2.5. Informe nº 214/2007 – CMLCE, de 11/10/2007 (fls. 227/245);
- 2.6. Ato de Concentração nº 53500.028086/2006.

3. RELATÓRIO

3.1. DOS FATOS

3.1.1. Da Matéria

Trata-se de Ato de Concentração nº 53500.028086/2006, apresentado por DR Empresa de Distribuição e Recepção de TV Ltda. (“DR”), CNPJ/MF nº 93.088.342/0001-96 e Antenas Comunitárias Brasileiras Ltda. (“BTV”), CNPJ/MF nº 79.375.606/0001-61, em conjunto denominadas “Requerentes”, em cumprimento à decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em 24 de agosto de 2005, no curso do processo administrativo nº 53500.003888/2001 – Processo Administrativo para Apuração e Repressão das Infrações de Ordem Econômica.

3.1.2. Das Requerentes

A DR, conhecida pelo nome fantasia de NET BLUMENAU, é concessionária do Serviço de TV a Cabo na Área de Blumenau, no Estado de Santa Catarina, conforme o Ato n.º 42.701, de 19 de fevereiro de 2004, publicado no DOU no dia 3 de março de 2004. É integrante do Grupo Net Serviços (“Grupo Net”), de origem brasileira, que atua na operação de televisão por assinatura na América Latina, sendo também provedor de acesso

à Internet em alta velocidade via modem a cabo (banda larga) por meio do serviço *Net Virtua* e de serviços de transmissão de voz (STFC).

Conforme o Anexo I, a única empresa com participação superior a 5% (cinco por cento) de seu capital social é Net Sul Comunicações Ltda., CNPJ/MF n.º 73.676.512/0001-46, concessionária do Serviço de TV a Cabo na Área de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul (“Net Sul”)

No entanto, conforme destacou a área técnica, “a NET SUL, controladora da DR, pertencida, à época [ano de 2000], ao GRUPO RBS (REDE BRASIL SUL), grupo gaúcho associado às ORGANIZAÇÕES GLOBO, com atuação nos setores de comunicação e entretenimento. A partir de julho de 2000, a NET SUL passaria a ser controlada pela GLOBO CABO S.A., atual NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES S.A. (NET SERVIÇOS), mediante operação de reestruturação societária efetuada no âmbito do mesmo grupo econômico”.

Segundo o Anexo I, o faturamento bruto do Grupo Net no ano de 2000 foi superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no Brasil.

A Antenas Comunitárias Brasileiras Ltda., conhecida pelo nome fantasia de BLUMENAU TV A CABO (BTV), era concessionária do Serviço de TV a Cabo na Área de Blumenau, SC, conforme Portaria MC n.º 1.930, de 5 de dezembro de 1996, publicada no DOU no dia 12 de dezembro de 1996. Em 2000, ano em que ocorreu a operação, pertencia ao Grupo Inepar, de origem brasileira, fornecedor de produtos e serviços para os setores de energia (geração, transmissão e distribuição) e telecomunicações.

Quanto ao quadro societário da BTV, segundo o Anexo I, os sócios com participação superior a 5% de seu capital social eram Inepar Telecomunicações S.A., atual denominação de Iridium Brasil S.A., e Jaime Gustavo Grossembacher. Conforme Oitava Alteração de seu Contrato Social, registrada na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina (JUCESC), em 8 de novembro de 1999, a distribuição de seu capital social era a seguinte:

COTISTAS	N.º DE COTAS	VALOR (R\$)	%
IRIDIUM BRASIL S.A.	15.472.903	15.472.903,00	88,12
JAIME G. GROSSENBACHER	1.232.635	1.232.635,00	7,02
HORST BRACK	853.362	853.362,00	4,86
TOTAIS	17.558.900	17.558.900,00	100,00

Segundo o Anexo I, o faturamento bruto do Grupo Inepar no ano de 2000 foi superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no Brasil.

Destaque-se que a BTV e a DR foram incorporadas pela Net Serviços de Comunicação S.A. (“Net Serviços”) em 30/09/2009 e 30/10/2009, respectivamente, conforme Atas de Assembléia Geral Extraordinária da Net Serviços de mesmas datas, cujas cópias encontram-se às fls. 296/300 dos autos.

3.1.3. Da descrição da operação

Nos termos do Informe n.º 214/2007 – CMLCE, de 11/10/2007, a operação pode ser assim descrita:

5.19. Trata-se, em suma, de operação que remonta ao pedido de autorização para a transferência do controle societário da ANTENAS COMUNITÁRIAS, detido pela INEPAR, para a NET SUL, protocolizado nesta Agência em 27 de abril de 2000, sob o n.º 200090018763 (fls. 26 a 34).

5.20. Entretanto, há que se destacar que antes mesmo da análise de tal pedido por parte desta Agência Reguladora verificou-se, em processo administrativo de interesse do GRUPO RBS (CABOPARBS PARTICIPAÇÕES S.A. e RBS PARTICIPAÇÕES S.A.), que a ANTENAS COMUNITÁRIAS já se encontrava em poder deste grupo, tendo ocorrido, de fato, a transferência do controle da ANTENAS COMUNITÁRIAS.

Por sua vez, em seu Anexo I e Requerimento Inicial, as Requerentes apresentam as seguintes considerações acerca da operação:

“Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente ato de concentração está sendo apresentado às autoridades antitruste brasileiras apenas e tão somente em estrito cumprimento à decisão do CADE, proferida em 24 de agosto de 2005, que determinou a apresentação do ato de concentração identificado no curso do Processo Administrativo n.º 53500.003888/2001, em que foram partes DR e Antenas.

Não obstante, as Requerentes entendem que já cumpriram a obrigação de notificar este ato ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 27 de abril de 2000, momento em que submeteram a proposta de alteração societária à ANATEL.

Mister salientar, inclusive, que mesmo que não o tivessem feito - o que se admite apenas para argumentar - a obrigação de que trata o art. 54, parágrafo 5.º da Lei n.º 8.884/94 já se encontraria prescrita, haja vista o decurso do período de 5 (cinco) anos a que se refere o artigo 1.º da Lei n.º 9873/99.

Trata-se de ato de concentração identificado pelo CADE no mercado de TV por assinatura no município de Blumenau - SC, tendo em vista o apoio operacional prestado pela DR à BTV e posterior assunção de suas atividades operacionais após a renúncia.” (Anexo I, fl. 14)

“Como já mencionado e melhor detalhado no formulário anexo, o objeto da presente notificação é um ato de concentração identificado pelo CADE no curso do Processo Administrativo n.º 53500.003888/2001.

Nesse cenário, as Requerentes entendem que o primeiro documento vinculativo que evidencia referido ato de concentração foi o pedido formalizado em 27 de abril de 2000 pela BTV junto à ANATEL objetivando a obtenção de anuência prévia daquela Agência para transferir a totalidade de suas cotas ao Grupo Net, ao qual pertence a DR.

Tendo em vista a excessiva demora da ANATEL para se manifestar sobre o pedido da BTV para transferir a totalidade de suas cotas ao Grupo Net, deu-se início à prestação de um apoio operacional por parte da DR à BTV para que esta pudesse continuar operando no mercado, haja vista a firme e irremediável decisão de seus sócios de retirarem-se deste mercado, mais tarde confirmada com o pedido de renúncia à concessão como descrito adiante.

Somente em 13 de setembro de 2000 - período em que a BTV já estava valendo-se do apoio operacional prestado pela DR - a ANATEL finalmente se manifestou acerca de referido pedido, indeferindo-o sob o argumento formal regulatório de que os sócios que viriam a assumir o controle da BTV já eram sócios de uma outra empresa detentora de licença para a exploração de serviços de TV a cabo na mesma cidade.” (Requerimento, fl. 5 – Grifos Nossos)¹

Quanto à data e valor da operação, as Requerentes esclareceram em seu Anexo I que tal informação “*não se aplica, tendo em vista que a operação objeto desta notificação refere-se à prestação de apoio operacional e posterior assunção de atividades operacionais*”.

Quanto às razões consideradas decisivas para a realização do ato notificado, as Requerentes aduzem em seu Anexo I que:

“Em 25² de abril de 2000, a BTV apresentou à Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”) - órgão competente para a instrução de atos de concentração ocorridos no setor de telecomunicações - requerimento para que fosse autorizada a transferência do seu capital social para novos sócios quotistas, uma vez que a BTV ostentava péssima situação financeira e seus sócios haviam decidido deixar este mercado.

Até que a ANATEL se pronunciasse definitivamente sobre o pedido de transferência da totalidade de cotas a BTV não teve alternativa senão valer-se do apoio operacional prestado pela DR. Sem esse apoio operacional, a situação financeira altamente deficitária e insustentável do ponto de vista econômico e o desinteresse dos seus sócios quotistas acabariam por obrigar a BTV a cessar abruptamente a prestação dos serviços de TV a cabo a seus assinantes, rompendo repentinamente a relação contratual mantida com esses consumidores.” (Anexo I, fl. 15)

Quanto à alegação de que a operação teria sido notificada ao SBDC em 27/04/2000, deve-se levar em consideração de que o pedido protocolizado pela BTV na ANATEL em tal data é o documento acostado às fls. 26/34 do presente Ato de Concentração, que não contém as informações requeridas seja pela Norma n.º 04/2006 da ANATEL, seja pela Resolução n.º 15/98 do CADE. Neste documento, a BTV “*com base no art. 28 da Lei 8.977/95 (Lei de TV a Cabo), requer-se seja previamente autorizado o presente pedido [de transferência de da totalidade de suas quotas], para que a sociedade possa proceder os registros decorrentes nos órgãos oficiais*”. Trata-se de pedido de anuência prévia de cunho regulatório, sem o qual a transferência de quotas pretendida pelas Requerentes não poderia ter-se realizado.

O apoio operacional a que se refere as Requerentes não foi objeto de Ato de Concentração a não ser do presente, protocolizado nesta Agência em 18 de outubro de 2006.

¹ O Ofício n.º 474/2000/CMGRL/CMOS, de 13 de setembro de 2000, expedido nos autos do Processo n.º 29000.000060/1991, por meio do qual o pedido de transferência de quotas foi indeferido, menciona que tal pedido seria inconciliável com disposições da LGT, “além de ferir as normas gerais de proteção à ordem econômica, as quais esta Agência deve observância, nos termos do art. 7º da Lei citada”, a LGT. O Informe da área técnica da Anatel que precede mencionado ofício menciona que o grupo econômico envolvido “está incorrendo, a nosso ver, em infração à rodem econômica, buscando eliminar um concorrente (prejudicando a justa concorrência, utilizando-se, para tanto, de tal artifício (transferência de controle da empresa concorrente)”.

² Na verdade, a data de protocolização do pedido perante a Anatel foi 27/04/2000, conforme documento acostado às fls. 26/34 do presente Ato.

Por fim, deve-se mencionar que a transferência de quotas pretendida pelas Requerentes foi efetivada, tanto que a Net Serviços de Comunicação S.A., em 30/09/2009, incorporou a BTV, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária de mesma data, cuja cópia encontra-se à fl. 296/299 dos autos.

3.1.4. Do histórico da operação

Em 27 de abril de 2000, nos autos do Processo n.º 29000.000060/1991, a BTV solicitou a anuência prévia da Anatel para transferência da totalidade de suas quotas para a Net Sul.

Em 13 de setembro de 2000, a área técnica da Anatel indeferiu o pedido, conforme o Ofício n.º 474/2000/CMGRL/CMOS, de 13 de setembro de 2000, expedido nos autos do Processo n.º 29000.000060/1991.

Em 26 de outubro de 2000, é instaurado o Procedimento para Apuração do Descumprimento de Obrigações (PADO) n.º 53500.007036/2000 tendo em vista indícios de aquisição de controle da BTV pela Net Sul sem a anuência prévia da Agência.

Em 11 de dezembro de 2000, a BTV renuncia à concessão, bem como esclarece que os assinantes do serviço passarão a ser atendidos pela DR.

Em 12 de junho de 2001, é instaurado o Processo Administrativo para Apuração e Repressão das Infrações à Ordem Econômica de n.º 53500.003888/2001, tendo em vista os indícios de infração que decorrem da operação. Referido PA foi fruto da Averiguação Preliminar n.º 53500.000608/2001, de 31/01/2001, anexada ao mesmo.

Na Reunião de n.º 285, de 21 de janeiro de 2004, o Conselho Diretor da Anatel acompanhou os termos da Análise n.º 004/2004-GCAV, expedindo os seguintes atos e despacho:

- Despacho n.º 237/2004-CD, de 5 de março 2004, determinando a aplicação de multa no âmbito do PADO n.º 53500.007036/2000, em razão da transferência do direito de exploração do serviço de TV a Cabo sem prévia anuência do Poder Concedente. A sanção foi aplicada por meio do Ato do Superintendente de Serviços de Comunicação de Massa de n.º 43.325, de 23 de março de 2004;
- Ato do Presidente do Conselho Diretor da Anatel de n.º 42.993, de 5 de março de 2004, determinando à BTV, dentre outras cominações, que comunicasse aos assinantes quanto à extinção da outorga, franqueando a estes optarem pela substituição dos contratos da BTV pela DR nas mesmas condições e sem qualquer ônus, optando pelo pacote de sua preferência, ou então pela rescisão contratual sem qualquer ônus;
- Ato do Presidente do Conselho Diretor da Anatel de n.º 42.994, de 5 de março de 2004, extinguindo por renúncia a concessão da BTV;
- A referida Análise n.º 004/2004-GCAV determinou, ainda, o encaminhamento dos autos do PA n.º 53500.003888/2001 ao CADE para julgamento quanto à apuração de infração à ordem econômica supostamente praticada por BTV e DR.

Em 24 de agosto de 2005, o CADE na Sessão Ordinária de Julgamento de n.º 354, decidiu pela condenação da BTV e DR por infração aos art. 20, incisos I e II, c/c art. 21, incisos I e

II da Lei n.º 8.884/1994. As multas aplicadas foram de 25% do faturamento bruto da DR no ano de 2000, e 20% do faturamento bruto da BTV no ano de 2000. O CADE determinou, ainda, que a BTV e DR apresentassem o Ato de Concentração visando à análise dos reflexos concorrenciais da operação.

Conforme relatado acima, em 18 de outubro de 2006, BTV e DR apresentaram o presente Ato de Concentração nº 53500.028086/2006.

No âmbito deste Ato de Concentração, foram produzidos os seguintes informes e pareceres instrutórios: Informe nº 13/PBCPD, de 11/05/2007; Informe nº 214/2007 – CMLCE, de 11/10/2007; Parecer nº 402-2009/MGN/PGF/PFE –Anatel, de 31/03/2009; Informe Complementar nº 110/2009 – CMLCE, de 19/05/2009 e Parecer nº 978-2009/MGN/PGF/PFE –Anatel, de 26/08/2009.

3.1.5. Da instrução do ato de concentração pela Anatel

Juntou-se ao feito o Informe nº 13/PBCPD, de 11/05/2007, no sentido de realizar uma avaliação dos possíveis impactos sobre o mercado relevante do Serviço Telefônico Fixo Comutado –STFC. Concluiu-se, no referido Informe, no sentido de que *“infere-se a não existência de indícios de violações à ordem econômica ou ao ambiente regulatório, sob a perspectiva da jurisdição desta Superintendência de Serviços Públicos –SPB.”* (fls. 191).

Constata-se, também, nos autos em epígrafe, o Informe nº 214/2007- CMLCE, de 11/10/2007, que faz um aprofundado estudo sobre a matéria (fls. 227/245).

Aqui, destacam-se os seguintes trechos contidos no Informe *supra*:

“Em conformidade com a legislação vigente, a ANTENAS COMUNITÁRIAS protocolizou nesta agência, em 27 de abril de 2000, pedido de autorização para proceder à transferência do controle societário, detido pela INEPAR, para a NET SUL. Entretanto, a NET SUL já detinha o controle da DR Empresa, concessionária de serviço de mesma modalidade, na mesma área. Posteriormente, em 6 de julho de 2000, foi protocolizado pela DR Empresa pedido de prévia anuência para operação mediante a qual a NET SUL passaria a ser controlada pela GLOBO CABO.

Diante da possível acumulação de prestação de serviços de telecomunicações de mesma modalidade, em uma mesma Área, por parte de uma só empresa, qual seja, pela NET SUL, o que iria de encontro ao disposto no inciso IV do art. 133 da Lei Geral de Telecomunicações, esta Agência indeferiu o pedido de transferência de controle societário solicitado pela ANTENAS COMUNITÁRIAS.

Apesar do óbice regulatório, foram constatadas, mediante atividade de fiscalização presencial, evidências de que a ANTENAS COMUNITÁRIAS procedera à transferência, o que ensejou, em 26 de outubro de 2000, a instauração do Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) nº 53500.007036/2000, em desfavor da ANTENAS COMUNITÁRIAS, visando a apuração da transferência da concessão para a DR Empresa sem a prévia anuência da Anatel.

Em resposta, a ANTENAS COMUNITÁRIAS comunicou não ter a intenção de permanecer com a concessão após a fusão com DR Empresa, o que veio a ser

confirmado em 11 de dezembro de 2000, quando a ANTENAS COMUNITÁRIAS protocolizou pedido de renúncia à concessão, ficando demonstrado também o seu desinteresse em continuar explorando o serviço.

Os desdobramentos de tais condutas tornaram-se objeto de análise nos autos do citado Pado e do Processo Administrativo para Apuração e Repressão das Infrações da Ordem Econômica nº 53500.003888/2001, instaurado em 6 de junho de 2001, em desfavor da ANTENAS COMUNITÁRIAS e da DR Empresa, com decisão proferida pelo CADE em 24 de agosto de 2005, segundo a qual, as requerentes foram condenadas, dentre outras sanções, a apresentar ao SBDC o presente Ato de Concentração.(fls. 231).

(...)

“Estima-se, assim, avaliando a relação custo-benefício proporcionada pela operação notificada, que os potenciais incrementos ao bem-estar econômico sejam iguais ou superiores aos potenciais efeitos negativos, ensejando efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico do mercado de Provisão de TV por assinatura na Área de Blumenau, SC.

Todavia, torna-se necessária à aprovação da operação em tela a ressalva de que a empresa fusionada demonstre objetiva e quantitativamente, junto às autoridades antitruste, as formas de repasse dos ganhos obtidos mediante as eficiências supracitadas e outras para os consumidores da Área de Blumenau, SC. (restrição contida no ponto 5.130).(fls. 243)

(...)

Para evitar o fechamento de mercado, que pode afetar negativamente o bem-estar dos consumidores e prejudicar a concorrência, mister que sejam impostos às Requerentes compromissos a fim de garantir: (restrição contida no ponto 5.146).

(...)

...razão pela qual entende-se que a conduta das requerentes nesse mercado deve ser objeto de constante monitoramento por parte dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.” (fls. 244v).

E o Informe chega à seguinte conclusão:

*“ Por todo o exposto, propõe-se que o Conselho Diretor da Anatel determine o encaminhamento dos presentes autos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para julgamento, nos termos do art. 46 da Norma nº 7/99, aprovada pela Resolução nº 195/99 – Anatel, **sugerindo a aprovação** da operação com as restrições de acordo com os parágrafos 5.130 e 5.146 a 5.149 deste Informe.” (fls. 244v).*

Consta também, nos autos em epígrafe, o Parecer nº 402-2009/MGN/PGF/PFE – Anatel, de 31/03/2009, com a manifestação da Procuradoria Federal Especializada da Anatel (fls. 263/270).

São alguns trechos constantes no aludido Parecer:

“Consta dos autos que o pedido de anuência prévia foi efetuado em 27 de abril de 2000. No entanto, não se verificam notícias acerca do desfecho do pleito. Trata-se de informação muito importante, pois sem ela não é possível encaminhar aos autos do processo ao CADE, para que esta entidade a analise, dentro de sua esfera de competência.” (fls. 265).

(...)

“Cabe mencionar que causa estranheza a alegação de que o pedido de anuência prévia é considerado pelas partes como primeiro documento vinculativo, tendo em vista a constatação de controle de fato de uma empresa sobre a outra.” (fls. 266).

(...)

“Cumpre notar, assim, que o pedido de anuência prévia estabelece relação jurídica entre os interessados e a Agência, enquanto o primeiro documento vinculativo estabelece uma relação jurídica entre as partes privadas envolvidas no negócio jurídico.

Desta forma, não se pode considerar o pedido de anuência prévia como primeiro ato vinculativo, como pretendem as interessadas.” (fls. 267).

(...)

“Conclusão

Feitas essas considerações, esta Procuradoria considera que deve ser atendido o pedido sob exame, com as restrições apresentadas pela área técnica no Informe de fls. 227/245, desde que seja observado o seguinte:

- a) Apresentação de informações quanto à concessão da anuência prévia por parte da Anatel;*
- b) Apresentação do primeiro documento vinculativo, para verificação do cumprimento do prazo de 15 (quinze) dias úteis previsto no art. 54, § 4º da Lei Antitruste.”* (fls. 269).

Em razão da complexidade da matéria, elaborou-se um novo Informe, o qual foi juntado aos autos, qual seja, o Informe nº 110/2009 –CMLCE, de 19/05/2009, que é complementar ao Informe nº 214/2007 – CMLCE, de 11/10/2007.(fls. 273/280).

Esse Informe, em complemento às observações suscitadas pela Procuradoria, respondeu, dentre outras informações, que o pedido de anuência prévia apresentado pela BTV para a transferência da totalidade de suas quotas foi negado pela Anatel ainda no ano de 2000. Acrescenta que, caso se considere que o primeiro ato vinculativo ocorreu em 2000, quando a DR de fato assumiu a concessão outorgada à BTV, tem-se a intempestividade do Ato de Concentração.

E ainda prossegue:

“Da mesma forma, caso se entenda que a obrigação de apresentação do competente Ato de Concentração surgiu com a determinação do Cade proferida nos autos do Processo para Apuração das Infrações de Ordem Econômica nº 53500.0038888/2001, tem-se que o mesmo é intempestivo.

Isso porque as interessadas opuseram embargos de declaração à decisão proferida pelo Cade em 24 de agosto de 2005, sendo que a publicação do Acórdão do julgamento dos referidos embargos ocorreu em 18 de setembro de 2006 (segunda-feira) e a petição inicial do Ato de Concentração somente foi protocolizada perante esta Agência em 18 de outubro de 2006 (quarta-feira), ou seja, após o transcurso de 22 (vinte e dois) dias úteis.” (fls. 279v).

A Procuradoria Federal Especializada da Anatel junta nova manifestação consubstanciada no Parecer nº 978-2009/MGN/PGF/PFE – Anatel, de 26/08/2009. Nessa manifestação a Procuradoria se posiciona no sentido de que as Requerentes devem ser intimadas para a apresentação do primeiro documento vinculativo, de forma a possibilitar a verificação do cumprimento do prazo de 15 (quinze) dias úteis previsto no art. 54, § 4º da Lei Antitruste. (fls. 289).

Entende também que o presente Ato de Concentração deve ser julgado prejudicado pelo Cade. (fls. 290).

Em Matéria para Apreciação do Conselho Diretor nº 73/2009 – CMLCE/SCM, de 14/09/2009 (fls. 291/292), realizou-se uma breve exposição do assunto e posicionou-se no seguinte sentido:

“Em que pese a manifestação da d. Procuradoria, esta Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa mantém:

- a) a proposta formulada por meio do Informe nº 214/2007- CMLCE; e*
- b) os entendimentos contidos no Informe Complementar nº 110/2009- CMLCE, acerca:*
 - b.1) da existência de pedido de prévia anuência, o qual foi negado por esta Agência, e do fato de as Requerentes terem efetivado a operação em tela à margem da legislação (...)*
 - b.2) da intempestividade da apresentação do Ato de Concentração, independentemente de qual seja o primeiro instrumento vinculativo a ser considerado.” (fls. 291v).*

Por fim, juntou-se aos autos petição, às fls. 294, em que a DR informa que tanto a BTV quanto a própria DR foram incorporadas pela Net Serviços de Comunicação S/A. Nessa petição, informa-se que a BTV e a DR já eram empresas pertencentes ao Grupo Net, tratando-se de mera reorganização societária de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico.

3.2. DA ANÁLISE

3.2.1. Dos mercados relevantes afetados pela operação

No entender das Requerentes, o mercado relevante afetado pela operação é “o mercado de prestação de serviços de comunicação de massa por assinatura (‘SCeMa’) no município de Blumenau – SC”.

Em análises anteriores referentes aos mesmos produtos objeto do presente Ato de Concentração – TV por assinatura, a ANATEL e o CADE têm entendido que dois

principais mercados relevantes sob o ponto de vista do produto podem ser identificados³: (i) o mercado relevante de provimento de TV por assinatura, por quaisquer meios, o que inclui TV a Cabo (ou “TVC”), serviço *direct to home* - DTH, e serviço de distribuição multiponto multicanal - MMDS⁴; e (ii) o mercado relevante a montante de comercialização de canais de programação audiovisual.

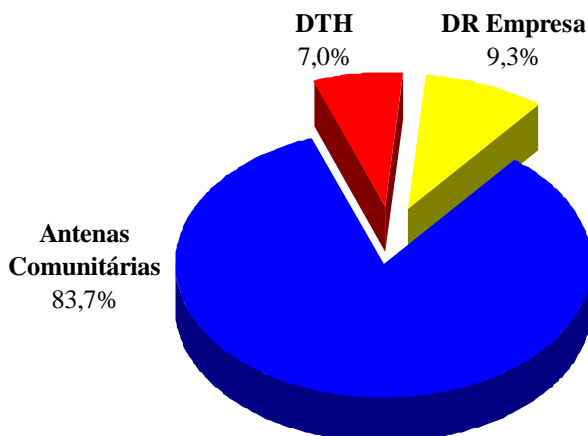
A dimensão geográfica destes mercados relevantes é usualmente definida como (i) mercado relevante de provimento de TV por assinatura: local; (ii) mercado relevante de comercialização de canais de programação audiovisual: nacional ou mesmo mundial.

Entendo que o mercado relevante afetado pelo presente Ato de Concentração é o de provimento de TV por assinatura no município de Blumenau/SC. Segundo o Informe n.º 13/PBCPD, de 11 de maio de 2007, ambas as Requerentes não possuíam, à época da operação, autorização para prestação do STFC.

3.2.2. Da concentração de mercado decorrente da operação

Segundo o Informe n.º 214/2007- CMLCE, de 11 de outubro de 2007, as participações de mercado das Requerentes e concorrentes à época da operação eram:

MERCADO DE **PROVIMENTO DE TV POR ASSINATURA** NA ÁREA DE BLUMENAU, SC
ABRIL DE 2000 – ANTES DA OPERAÇÃO



³ ACs n.º 54500.029599/2006 (NET-Vivax), 53500.002423/2003 e 53500.029160/2004 (Sky-DirecTV), 53500.00515/2006 (TNL-Way TV), e 53500.019422/2004 (Net/Telmex).

⁴ Usualmente, em estudos elaborados pela Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa (SCM), o serviço de TVA-UHF - Serviço Especial de Televisão por Assinatura – é incluído no cálculo das plataformas utilizadas para prestação do serviço de TV por assinatura. Quanto à sua inclusão no mercado relevante de provimento de TV por assinatura, vide observações no Informe n.º 214/2007- CMLCE, de 11/10/2007, no sentido de que a substituíbilidade entre os serviços prestados por TVA-UHF e demais de TV por assinatura pode ser limitada.

Portanto, a operação importa em uma concentração de mercado, medida pelas participações à época da operação, de 93%. A variação do índice Herfindahl-Hirschman decorrente da operação é superior a 1.500 pontos, em um mercado com valores absolutos do referido índice superiores a 7.000 pontos, indicando extrema concentração de mercado. Considerando que a participação relativa ao DTH corresponde, em grande parte, à Sky-Directv, a operação implica uma redução de três para dois *players* no mercado.

É importante ressaltar que esses valores de participação de mercado permaneceram inalterados até 2006, conforme informado pelas Requerentes em seu Anexo I.

3.2.3. Da análise das condições competitivas no mercado de TV por assinatura em Blumenau/SC

Quanto à análise das condições competitivas no mercado relevante afetado, o Informe nº 214/2007- CMLCE, de 11 de outubro de 2007, traz as seguintes considerações:

5.126. Verificando-se os condicionantes para a probabilidade de exercício de poder de mercado, constata-se que: (i) não há influência de importações; (ii) as barreiras à entrada são altas, principalmente devido aos custos irrecuperáveis (sunk costs) característicos da indústria e ao grau de integração da cadeia produtiva da empresa fusionada; e, (iii) a entrada de novos competidores no mercado é improvável, devido à necessidade de altas EMVs geradas pelas barreiras à entrada. Existe, pois, a probabilidade de exercício de poder de mercado.

5.127. Entretanto, a probabilidade de exercício de poder de mercado, à luz da regra da razão, não é prejudicial ao bem-estar econômico, desde que as eficiências econômicas sejam suficientes para gerar efeito líquido não-negativo. Como estamos a tratar de indústria caracterizada por fortes economias de escala, a operação em tela apresenta potencial para retornos crescentes de escala, ou seja, prevê-se a diminuição do custo médio de longo prazo do serviço (FIGURA 5), principalmente devido à indivisibilidade técnica de ativos de capital. Integram os ativos indivisíveis a planta necessária à prestação do serviço, constituída pelo headend e cabeamento, bem como a programação, cujos custos fixos passariam a ser rateados por um número maior de usuários. Outra fonte de economias de escala seria a diminuição dos custos de transação, principalmente no que tange à obtenção de programação.

5.128. Vislumbra-se, também, eficiências relacionadas ao desenvolvimento potencial de economias de escopo, uma vez que o GRUPO NET fornece outros serviços de telecomunicações, como telefonia e acesso à Internet em banda larga. O fato de uma mesma planta atender a três (3) serviços faria com que o custo da prestação conjunta de tais serviços, mediante bundlings, fosse inferior ao custo de sua prestação isolada, traduzindo-se em bem-estar econômico para o mercado em tela.

5.129. Estima-se, assim, avaliando a relação custo-benefício proporcionada pela operação notificada, que os potenciais incrementos ao bem-estar econômico sejam iguais ou superiores aos potenciais efeitos negativos, ensejando efeito líquido não-

negativo sobre o bem-estar econômico do mercado de Provisão de TV por assinatura na Área de Blumenau, SC.

5.130. Todavia, torna-se necessária à aprovação da operação em tela a ressalva de que a empresa fusionada demonstre objetiva e quantitativamente, junto às autoridades antitruste, as formas de repasse dos ganhos obtidos mediante as eficiências supracitadas e outras para os consumidores da Área de Blumenau, SC. Lembrando que o bem-estar não depende apenas dos ganhos com a redução de custos, mas também do incremento da diversidade e qualidade da programação ofertada.

Discorda-se da análise realizada *supra* quanto à avaliação do efeito líquido gerado pela operação. Inicialmente, deve-se destacar que o ônus probatório quanto à existência de economias de escala e escopo, ganhos de sinergia e demais efeitos que possam compensar os efeitos negativos decorrentes do aumento da probabilidade de exercício de poder de mercado destacado no Informe é das Requerentes do Ato de Concentração. Não deve a Agência realizar elucubrações acerca destes ganhos sem uma clara demonstração dos mesmos. As autoridades antitruste no Brasil e no exterior têm sido bastante cautelosas na análise das eficiências alegadas pelas partes de uma operação, tendo em vista tratarem de estimativas em geral otimistas e por vezes especulativas.

Por outro lado, assumir que a existência de economias de escala geradoras de uma concentração de mercado da ordem de 93%, com um único prestador de TVC, significa afirmar que se trata de um monopólio natural. Mesmo que este fosse o caso, a operação somente poderia ser aprovada mediante a imposição de controles tarifários, a fim de limitar os efeitos danosos do monopólio gerado. Entretanto, a evidência empírica é exatamente no sentido oposto, isto é, de que existem municípios de porte semelhante a Blumenau em que operam mais de um prestador de TVC⁵.

Poder-se-ia argumentar que há ainda alguma rivalidade no mercado representada pela participação das empresas de DTH, ou sua potencial participação, tendo em vista a existência de um número razoável de empresas atuando nacionalmente. Entretanto, no período em análise (2000 a 2006), a participação do DTH permaneceu estacionada em 7%, mostrando que a rivalidade opera apenas limitadamente.

Por último, deve-se destacar que a principal barreira existente no mercado em questão é, sobretudo, de cunho regulatório. O planejamento da implantação dos serviços de TV a cabo e de MMDS (doravante “planejamento de TVC e MMDS”), previsto pela Norma MC nº 13/96-VER/97, instituído pela Portaria MC n.º 388/97 e alterado pela Portaria MC nº 399/97⁶. Essa barreira praticamente impede a entrada e será analisada em maiores detalhes na seção abaixo.

Dessa forma, conclui-se que a operação gera uma elevação da probabilidade de exercício de poder de mercado⁷.

⁵ Neste sentido, Guarujá, no litoral paulista, conta com a presença da NET e da Itapema TV a Cabo (Powerlice Telecomunicações). Outro exemplo é Pelotas, em que atuam NET e Viacabo (STV Comunicações).

⁶ Disponíveis no sítio eletrônico da Anatel.

⁷ Supõe-se que tal exercício de poder de mercado seria, principalmente, o unilateral. Tendo em vista o pequeno tamanho do mercado de Blumenau, bem como a política de preços supostamente nacional das

Tanto é assim que os autos do PADO n.º 53500.007036/2000 e do PA n.º 53500.003888/2001 noticiam elevação de preços após a operação⁸, bem como as próprias Requerentes já foram punidas pela prática de condutas que violaram as normas protetoras da ordem econômica.

3.2.4. Da barreira regulatória no mercado de TV por assinatura

Conforme referido acima, o planejamento de TVC e MMDS encontra-se previsto pela Norma MC n.º 13/96-VER/97, instituído pela Portaria MC n.º 388/97 e alterado pela Portaria MC n.º 399/97. Referido planejamento estabelece um número limitado de empresas atuantes no mercado, que varia de uma única empresa na grande maioria dos municípios brasileiros abrangidos no referido planejamento, a um máximo de seis, nos municípios de São Paulo e Rio de Janeiro. Dos mais de 5.000 municípios brasileiros, aproximadamente 900 são contemplados em referido planejamento, sendo impedida a implantação do serviço nos demais. A prestação efetiva, como será visto adiante, ocorre somente em 465 deles.

Com base nesse modelo regulatório herdado do Ministério das Comunicações, a Anatel realizou licitações para outorgas das concessões de TV a Cabo e autorização do serviço de MMDS durante os anos de 1998 a 2000. Referidas licitações implicaram, em alguns casos, a obtenção de substanciais ágios, por vezes superiores a 3000% ao preço mínimo estipulado. Por outro lado, em boa parte dos municípios e áreas de prestação, as licitações restaram desertas⁹.

Entretanto, desde 2000, a Anatel não tem realizado mais licitações, frente a discussões quanto à mudança da regulamentação em vigor e revisão do referido planejamento¹⁰. Assim, nenhuma entrada de operadoras de TVC e MMDS ocorreu desde 2000, a não ser por operadoras que se encontravam em fase de instalação.

empresas de DTH, é pouco provável que a concentração em Blumenau levasse a um acréscimo da probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado, que se verificaria, sobretudo, a nível nacional. Portanto, a operação não parece gerar nexos causais em relação ao exercício coordenado de poder de mercado.

⁸ Em resposta a ofício enviado pela Anatel sobre reajustes de preços após a operação, a Net respondeu o seguinte: *“Conforme informações das Antenas Comunitárias Brasileiras a mesma não alterou substancialmente os preços dos seus serviços. Ocorre que, em virtude de adequação dos custos despendidos pela empresa, os preços foram reajustados. No que se refere a instalação de novos pontos extras, o assinante pagará o valor de R\$ 150,00 [era R\$ 39,00 antes da operação] mais a mensalidade. Quanto aos assinantes que já tenham instalado o ponto extra, não deverá recair qualquer cobrança de mensalidade, sendo tal obrigação apenas dos assinantes que solicitarem tal serviço”* (fl. 249 do Processo n.º 29000.000060/1991).

⁹ Acredita-se que o preço mínimo estipulado pela Agência possa ter desestimulado a oferta de lances pela outorga de TVC, sobretudo em áreas de prestação de menor interesse econômico, como é possível se observar dos dados constantes no Capítulo 7 do Panorama dos Serviços de TV por Assinatura, 39ª edição – Dez/2009. Entretanto, é possível observar que, a despeito de sua atratividade econômica, as licitações de TVC realizadas para o município de São Paulo também restaram desertas. O valor mínimo estipulado para esta área de prestação foi de R\$ 15 milhões. As licitações realizadas para o município do Rio de Janeiro, no número de três, também foram frustradas, não havendo a entrada de novos competidores neste mercado. Isto reflete a dificuldade enfrentada pela Agência na estipulação de preços mínimos que permitam a efetividade da entrada de novos competidores e estejam igualmente alinhados ao valor esperado pela outorga do serviço.

¹⁰ Em virtude dos elevados ágios observados nas primeiras licitações, ocorreram intensas discussões entre a Agência e o Tribunal de Contas de União quanto à determinação dos preços mínimos estipulados pela primeira. Estas discussões geraram incertezas quanto ao modelo a ser aplicado ao mercado em questão.

Tal modelo regulatório baseado na limitação de operadores não encontra fundamento econômico para este mercado, ao menos atualmente. A intenção de tal forma de outorga de direito de exploração de serviços baseia-se em instituir a competição pelo mercado em substituição à competição no mercado. Intenta, também, permitir que o operador vencedor da licitação aproprie-se de economias de escala, o que se entendia necessário em um ambiente de pouco conhecimento sobre o mercado quando da implantação do serviço.

Com o desenvolvimento do mercado, observou-se a viabilidade de infra-estruturas de TVC sobrepostas mesmo em municípios de menor contingente populacional. Portanto, embora economias de escala sejam importantes no mercado em questão, a limitação do número de competidores possui um caráter preponderante.

Por outro lado, a existência de um quantitativo limitado de entradas impõe ao Poder Concedente a realização de um procedimento transparente de outorga do direito de entrada, sendo que o modelo escolhido foi o de maior valor pago pela concessão ou autorização ao ente licitante. Tal modelo impõe uma barreira adicional consubstanciada na necessidade de um dispêndio inicial por vezes elevado a título de recebimento do direito de entrada. Não raro, este modelo pode implicar uma entrada fragilizada, pois o valor pago pode comprometer a capacidade financeira da nova operadora, e não se converte em investimentos para implantação do serviço. Tal efeito pode levar, inclusive, ao fracasso da entrada, a exemplo da “maldição do vencedor”¹¹.

Igualmente, a substituição da “competição no mercado” pela “competição pelo mercado” não apresenta racionalidade econômica. A competição entre plataformas de TVC e/ou MMDS é economicamente viável, e não consome recursos escassos, a não ser pelo uso de radiofrequência no caso do MMDS. A implantação de TVC depende apenas da construção de uma rede de cabos. Havendo viabilidade econômica na duplicação da infra-estrutura não há porque limitá-la, haja vista os benefícios decorrentes da competição. Deve-se observar que o modelo hoje em vigor aplica apenas parcialmente e de forma imperfeita a substituição da “competição pelo mercado” pela “competição no mercado”, pois não existem controles tarifários, apenas uma limitação do número de competidores, o que possibilita a extração de rendas derivadas do poder de mercado e ineficiência econômica.

Pelo exposto acima, existem poucos argumentos favoráveis a uma limitação da competição nestes mercados, e evidências muito claras de que a introdução de maior competição na prestação de serviços de TV por assinatura traria benefícios líquidos positivos ao consumidor.

¹¹ Há um número considerável de concessões e autorizações que receberam lances com vultosos ágios, superiores a 1000%, e que acabaram extintas. Neste sentido, vide o Capítulo 7 do Panorama dos Serviços de TV por Assinatura, 39ª edição – Dez/2009. Este dado sugere que a maldição do vencedor possa de fato ter ocorrido com alguma frequência.

3.2.5 Dos efeitos da mencionada barreira sobre o mercado de TV por assinatura no Brasil

Potencialmente, o serviço de TV por assinatura atinge todo o território nacional, tendo em vista a atuação de prestadoras via DTH. Entretanto, a realidade do mercado é bastante diferente. O quadro abaixo traz a relação de referidas prestadoras.

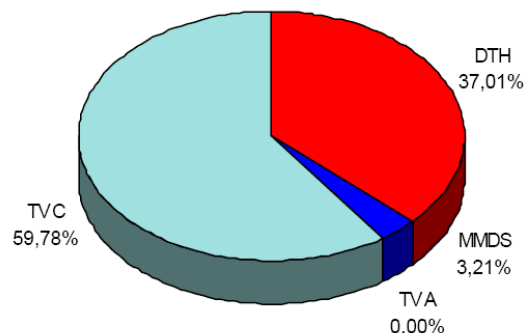
BRASIL / BR

DTH

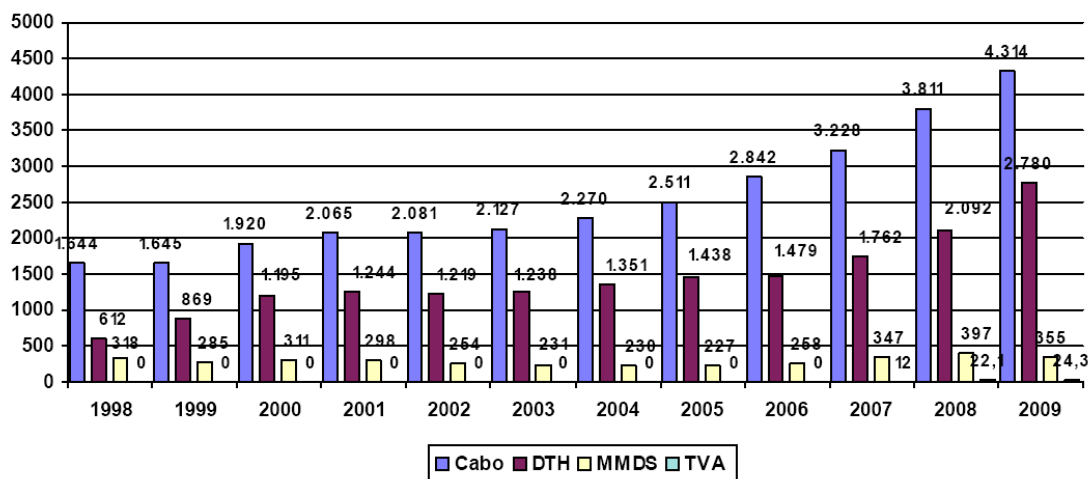
A TELECOM S.A	Em Operação
CASABLANCA TELECINAGEM LTDA	Em Instalação
CTBC CELULAR S/A	Em Instalação
DTCOM - DIRECT TO COMPANY S/A	Em Operação
DTH - INTERACTIVE TELECOMUNICAÇÕES LTDA	Em Operação
DTH FAMILY TELECOMUNICAÇÕES LTDA	Em Instalação
EMBRATEL TVSAT TELECOMUNICACOES LTDA	Em Operação
GALAXY BRASIL LTDA	Extinta
INTERTEVÉ SERVIÇOS LTDA	Em Instalação
KEY TV COMUNICAÇÕES S/A	Extinta
RÁDIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES LTDA	Extinta
RÁDIO E TELEVISÃO MODELO PAULISTA LTDA	Em Operação
RÁDIO TV DO AMAZONAS LTDA	Em Operação
SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA	Em Operação
STAR SAT COMUNICAÇÕES S/A	Em Operação
TECTELCOM TECNICA EM TELECOMUNICAÇÕES LTDA	Extinta
TNL PCS S/A	Em Operação
WORLDSPACE DO BRASIL COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA	Extinta

Em termos de participação por tipo de tecnologia, a plataforma DTH possui 37% da base de assinantes, enquanto a TVC possui 60%. Os gráficos abaixo apresentam a participação e evolução da base de assinantes por tecnologia:

Distribuição dos Assinantes por Tecnologia
- Dezembro de 2009 -



Assinantes por Tecnologia (mil assinaturas) (*)



Fonte: Prestadoras de TV por Assinatura (SATVA)

(*) As informações do número de Assinantes foram alteradas em função de ajustes nos dados fornecidos pelas Operadoras.

Embora tenha havido algum aumento da base de assinantes nos últimos 3 anos, desde 2000 esta base não aumentava. Acredita-se que a internet e a oferta de serviços convergentes tenham contribuído para este fenômeno.

Em relação ao número de empresas prestadoras de TVC e MMDS, desde 2001 este número tem caído. A tabela abaixo apresenta esta evolução.

Tecnologia	NÚMERO DE PRESTADORAS - ANUAL												
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
MMDS	10	16	23	28	38	37	34	33	33	32	30	29	29
TVC	63	66	83	98	121	117	117	115	116	113	114	111	112
TOTAL	73	82	106	126	159	154	151	148	149	145	144	140	141

Fonte: ANATEL - base: contratos assinados

Esta tabela em si demonstra a inexistência de entradas recentes no mercado de TV por assinatura, a não ser pelas empresas de DTH.

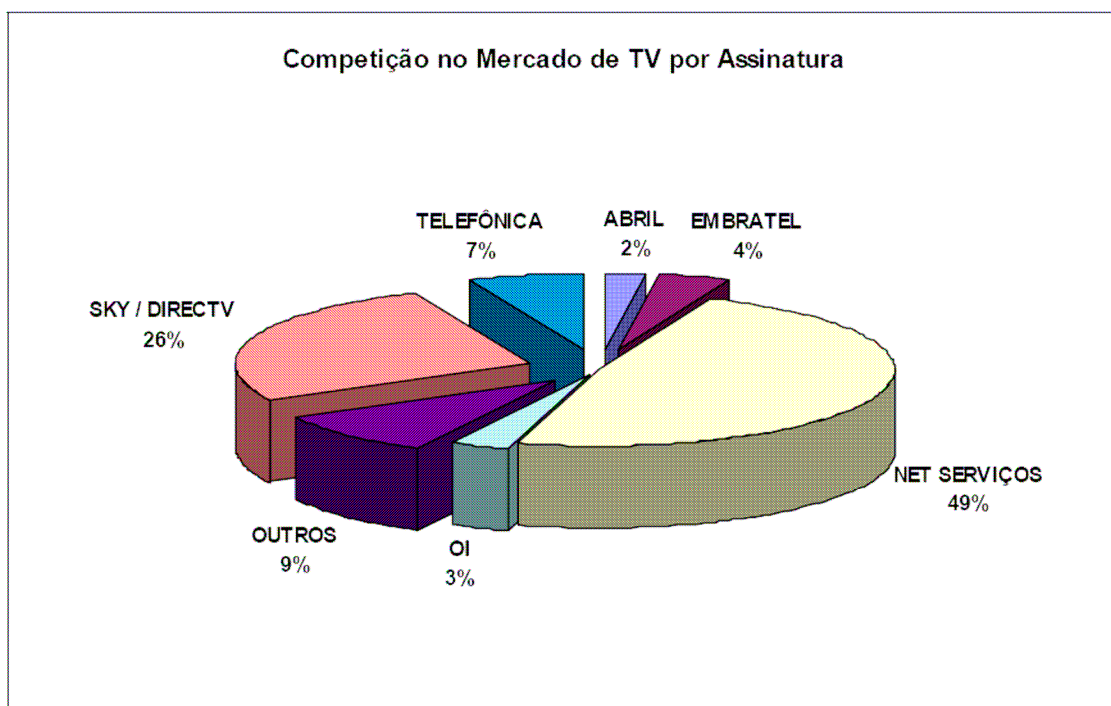
É possível verificar, também, que poucos grupos de grande porte atuam neste mercado. Nacionalmente, NET corresponde a 49%, SKY 26%, Telefônica 7% e demais 18% do total de assinantes.

Competição no Mercado de TV por Assinatura

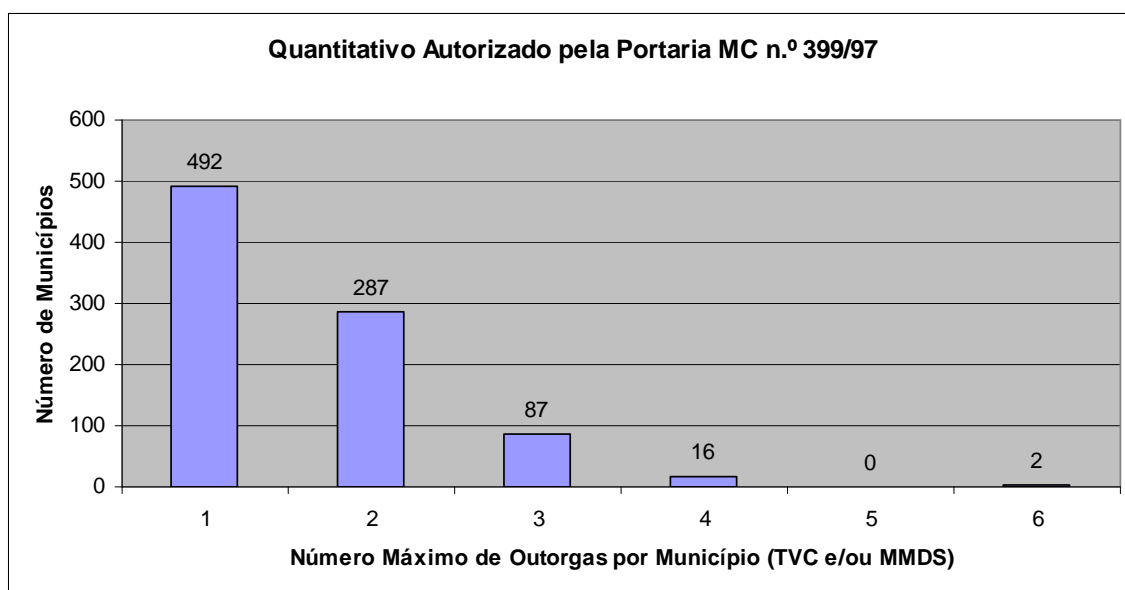
Referência: Sistema SATVA 12 / 2009

Grupo Economico	Nr de Assinantes
NET SERVIÇOS	3.617.804
SKY / DIRECTV	1.969.108
OUTROS	705.088
TELEFÔNICA	486.612
EMBRATEL	280.555
OI	247.819
ABRIL	166.490

Total Geral: 7.473.476



Este resultado, em grande parte, é derivado da estrutura perversa determinada pelo planejamento de TVC e MMDS, que impõe o monopólio na detenção destas infra-estruturas na grande maioria dos municípios brasileiros. O Anexo à Portaria MC nº 399/97 relaciona os municípios contemplados pelo planejamento de TVC e MMDS e respectivo quantitativo máximo de outorgas. Encontram-se relacionados no referido Anexo 884 municípios. Destes, 492 (ou 55% do total) podem receber somente 1 (uma) outorga. O gráfico e tabela abaixo detalham a distribuição de outorgas realizada pela mencionada Portaria.



Número Máximo de de Outorgas	Quantidade de Municípios	%
1	492	55,7%
2	287	32,5%
3	87	9,8%
4	16	1,8%
5	0	0,0%
6	2	0,2%
Total	884	100%

Fonte: elaboração própria. Anexo à Portaria MC nº 399/97.

A despeito de o planejamento de TVC e MMDS abranger cerca de 900 municípios, apenas 465 contam efetivamente com o serviço de TVC e/ou MMDS¹². O gráfico abaixo relaciona os municípios atendidos por tipo de tecnologia empregada.

¹² Boa parte das licitações realizadas até o ano de 2000 restou deserta.

Municípios atendidos por Serviço de TV por Assinatura segundo tecnologia

Serviço	Municípios
Apenas MMDS	207
Apenas TVC	149
TVC e MMDS	109
Total	465

Fonte: Panorama dos Serviços de TV por Assinatura, 39ª edição – Dez/2009

Destes 465 municípios, 362 ou 78% do total é atendido por um único prestador, sendo toda a concorrência derivada do serviço de DTH, que possui menores possibilidades de oferta de serviços convergentes, notadamente o acesso à Internet via banda larga. A tabela abaixo detalha esta informação.

Ausência de Prestação, Monopólio ou Oligopólio em TVC e MMDS – Municípios Contemplados pela Portaria MC n.º 399/97 – Brasil – 2009

Número de Prestadoras no Município	Quantidade de Municípios	%
0	419	47,4%
1	362	41,0%
2	93	10,5%
3	10	1,1%
Total	884	100,0%

Fonte: Anexo à Portaria MC n.º 399/97 e Panorama dos Serviços de TV por Assinatura, 39ª edição – Dez/2009. Foram consideradas apenas prestadoras em operação.

Ou seja, somente 103 municípios brasileiros contam com mais de um provedor de TV por assinatura utilizando algumas destas infra-estruturas (TVC ou MMDS), a despeito da inexistência de recursos escassos de radiofrequência para prestação do serviço, a não ser no caso do MMDS.

De acordo com a mencionada Portaria MC n.º 399/97, 392 municípios poderiam receber mais de um prestador de MMDS ou TVC, o que ocorre somente 103 vezes conforme referido acima. A tabela abaixo mostra a alocação das outorgas e prestadoras nestes 392 municípios.

**Municípios com possibilidade de Duas ou Mais Outorgas - Portaria MC n.º 399/97 –
Quantidade de Municípios com Monopólio, Oligopólio ou Ausência de Prestadoras –
TVC e MMDS – Dez. 2009**

Faixa Port. 399 ¹³	1MM-0TVC	0MM-1TVC	2MM-0TVC	0MM-2TVC	1MM-1TVC	2MM-1TVC	1MM-2TVC	0MM-0TVC	Total
Dois	42	81	5	0	27	3 ¹⁴	0	129	287
Três	11	21	0	4	44	2	2	3	87
Quatro	2	0	0	0	12	1	1	0	16
Seis	0	0	0	0	1	0	1	0	2
No. Total de Municípios	55	102	5	4	84	6	4	132	392
	Monopólio		Duopólio			Triopólio		Sem Presença	
	157		93			10		132	

Fonte: Anexo à Portaria MC n.º 399/97 e Panorama dos Serviços de TV por Assinatura, 39ª edição – Dez/2009. Foram consideradas apenas prestadoras em operação.

O gráfico acima mostra que, destes 392 municípios em que é possível conceder pelo menos duas outorgas, 157 possuem apenas uma prestadora de MMDS ou TVC. 132 não possuem nenhuma prestadora. Dos 103 municípios restantes, 84 possuem 1 prestadora de MMDS e 1 de TVC simultaneamente, 9 possuem 2 prestadoras de MMDS ou TVC e 10 possuem o número máximo de prestadoras de MMDS/TVC encontrado em um município brasileiro: três.

Outra informação interessante que é possível extrair da tabela acima é que, nestes municípios com possibilidade de pelo menos duas prestadoras de MMDS e/ou TVC, o número máximo de outorgas permitido raramente é atingido. Na faixa de no máximo 2 outorgas, situação em que se encontram 287 municípios, o limite é atingido em apenas 30 deles. Quando são possíveis 3 outorgas, o que ocorre em 87 municípios, o limite é atingido em apenas 4. Nos 18 municípios restantes em que são possíveis 4 ou mais outorgas – as principais capitais brasileiras – há outorgas disponíveis em todos eles. Dos 392 municípios com 2 ou mais outorgas, há outorgas disponíveis em 358 deles (o limite é atingido em apenas 34¹⁵). Este dado reflete a dificuldade enfrentada pela Agência para, mesmo havendo

¹³ Corresponde ao número máximo de outorgas, estipulado no Anexo à Portaria MC n.º 399/97.

¹⁴ Os dados mostram que em 3 municípios haveriam mais prestadoras que o autorizado pela regulamentação. Estes casos ocorrem em áreas de prestação (APS) conurbadas, envolvendo regiões metropolitanas. Acredita-se que, não havendo equívoco na informação, a licitação possa não ter feito distinção para os municípios da APS metropolitana que supostamente extrapolariam o máximo permitido.

¹⁵ A tabela acima emprega apenas prestadoras em operação, a fim de evidenciar a competição efetiva verificada nos municípios brasileiros. Tomou-se o cuidado de calcular o número de municípios em que há outorgas disponíveis considerando também as prestadoras em fase de instalação. Os valores encontrados permanecem praticamente inalterados. Somente na relação de 287 municípios em que é possível conceder 2 outorgas, considerando-se também as prestadoras em instalação, o limite é atingido em 33 deles ao invés de 30 como apontado pela tabela acima. Portanto, dos 392 municípios em que é possível a existência de pelo menos duas prestadoras, há outorgas disponíveis em 355 deles, havendo impedimento de novas outorgas em 37.

outorgas disponíveis, fomentar a entrada de novos competidores, face as restrições do modelo regulatório vigente e a indefinição sobre sua alteração.

Poder-se-ia argumentar, também, que haveria desinteresse na prestação deste serviço, sobretudo onde já há prestadoras, tendo em vista a existência de elevados custos fixos relativos ao cabeamento das cidades. Porém, a Agência registra mais de 1.000 pedidos de outorga dos serviços de TVC e/ou MMDS pendentes de análise, à espera da definição do modelo regulatório a ser empregado, o que demonstra efetivamente o interesse pelo negócio¹⁶.

A principal barreira à entrada, portanto, é de ordem regulatória. Outro ponto que demonstra a existência e o impacto desta barreira sob o ponto de vista social é o fato de que muitos destes pedidos pendentes referem-se a municípios em que não há o serviço de TVC e/ou MMDS, a despeito do desejo de entrada por parte do empreendedor. Tais pedidos são sistematicamente negados pela Agência, tendo em vista que o município não consta do planejamento de TV a cabo realizado em 1997.

Deve-se destacar, também, que o mercado de provimento de TV por assinatura possui desdobramentos muito importantes sobre outros mercados, sobretudo acesso à Internet via banda larga e STFC. O bloqueio da TVC em boa parte dos municípios brasileiros possui impacto direto sobre o mercado de banda larga, pois implica a exclusão de uma das principais plataformas prestadoras deste serviço.

Assim, a liberação do mercado de TVC pode ser uma importante medida para o Plano Nacional de Banda Larga, instituído pelo Decreto nº 7.175/2010, tendo em vista o potencial de ramificação a partir do *backhaul*, sobretudo com a participação de empresas locais, inclusive ofertando produtos convergentes (TVC e internet), bem como com a redução de preços decorrente do acirramento da concorrência.

3.2.6. Dos aspectos jurídicos da barreira regulatória

Se sob o prisma econômico a existência da atual barreira regulatória à entrada de novos competidores não possui fundamento, tampouco sob o ponto de vista estritamente jurídico tal restrição é justificável. Muito ao contrário, essa barreira é incompatível com a Constituição Federal, a LGT e a Lei do Cabo.

A Constituição Federal, em seu art. 1º, estabelece a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme se segue:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

¹⁶ Não se analisou se os pedidos pendentes referem-se ou não a cidades em que já existam prestadoras, tendo em vista restrições de tempo e informação para tanto. Considerando o elevado número de pedidos, acredita-se que parte relevante dos mesmos refira-se a cidades em que o serviço já é prestado, os quais, sendo atendidos, aumentariam significativamente a competição nestas localidades.

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

(...)"

Por sua vez, o art. 170 da Constituição prevê a livre concorrência e a defesa do consumidor como princípios da ordem econômica, *in verbis*:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

(...)"

A LGT, seguindo os ditames constitucionais, estabelece uma série de diretrizes e regras para a garantia da livre iniciativa e da livre concorrência, como demonstram os seguintes dispositivos:

“Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV - fortalecer o papel regulador do Estado;

V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.”

“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. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

I - a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade;

II - a competição livre, ampla e justa;

III - o respeito aos direitos dos usuários;

IV - a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público;

V - o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços;

VI - a isonomia de tratamento às prestadoras;

VII - o uso eficiente do espectro de radiofrequências;

VIII - o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes;

IX - o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor;

X - a permanente fiscalização.”

“Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;

II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;

III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;

IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;

V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.”

“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.”

Como se observa pelos dispositivos citados acima, a LGT buscou garantir a livre iniciativa e a livre concorrência determinando que a Agência observe a mínima intervenção na vida privada, como, dentre outras, a vedação de imposição de limitações ao número de prestadoras de serviços de telecomunicações prestados em regime privado, salvo em situações excepcionalíssimas.

Aqui cabe um esclarecimento sobre a natureza jurídica do serviço de TV a cabo. Em que pese a Lei do Cabo nomear como concessão a outorga para a prestação do serviço, é certo que esse serviço não possui as características estabelecidas pela LGT para sua classificação como prestado em regime público, como a garantia pela União da existência, universalização e continuidade do serviço (arts. 63 e 64 da LGT).

É fora de dúvida e reconhecido pela Procuradoria da Anatel e pelo Tribunal de Contas da União que o Estado não tem interesse de garantir a existência, a universalização e a continuidade do serviço de TV a cabo, bem como não pode regular o preço do serviço por meio de tarifa.

Em verdade, trata-se tão somente de um problema terminológico, derivado da antecedência de mais de dois anos da Lei do Cabo em relação à LGT, que estabeleceu um sistema próprio de conceitos e terminologias. Entender o contrário seria apegar-se à forma em detrimento do conteúdo.

Ainda sobre a garantia de um ambiente competitivo para a prestação de serviços de telecomunicações, a própria Lei do Cabo deixa claro a vedação do monopólio e a valorização da concorrência em seu art. 14, *in verbis*:

“Art. 14. As concessões para exploração do serviço de TV a Cabo não terão caráter de exclusividade em nenhuma área de prestação do serviço.”

Assim, como o serviço de TV a cabo não utiliza recurso escasso e é prestado em regime privado, bem como a legislação pátria exige a concorrência e veda o monopólio na prestação desse serviço, não deve haver qualquer limitação ao número de prestadoras em cada área de atuação, o que acarreta a inexigibilidade de licitação.

Ainda nessa linha de argumentação, vale dizer, de redução de barreiras à entrada para estímulo à competição e de inexistência de limitação ao número de prestadoras em cada área de atuação, a outorga do serviço de TV a cabo deve ter como preço tão somente o custo administrativo da Anatel, tal como ocorre com as autorizações para prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) e do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Trata-se de medida fundamental para a promoção da concorrência no mercado de TV por assinatura.

Em conclusão, o atual planejamento de TVC e MMDS, além de não ter racionalidade econômica, é contraditório com as normas que regulam o setor.

3.2.7 Da transferência das competências estabelecidas pela Lei do Cabo para a Anatel

O art. 212 da LGT transferiu à Anatel todas as competências atribuídas pela Lei do Cabo ao Poder Executivo, como se segue:

“Art. 212. O serviço de TV a Cabo, inclusive quanto aos atos, condições e procedimentos de outorga, continuará regido pela Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, ficando transferidas à Agência as competências atribuídas pela referida Lei ao Poder Executivo.”

Dessa forma, a Anatel possui todas as competências regulatórias sobre o serviço de TV a cabo, inclusive de editar toda a regulamentação do setor.

Contudo, os incisos I e II do art. 214 da LGT estabelecem o seguinte:

“Art. 214. Na aplicação desta Lei, serão observadas as seguintes disposições:

I – os regulamentos, normas e demais regras em vigor serão gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela Agência, em cumprimento a esta Lei;

II – enquanto não for editada a nova regulamentação, as concessões, permissões e autorizações continuarão regidas pelos atuais regulamentos, normas e regras;”

Portanto, as normas anteriores à LGT continuam em vigor até a sua substituição por outro ato normativo da Agência, o que é o caso do planejamento de TVC e MMDS.

3.2.8 Da retirada da barreira regulatória à entrada de novos concorrentes

Como visto no item acima, o meio adequado para a retirada definitiva da barreira regulatória à entrada de novos competidores no serviço de TV a cabo é a edição de um ato normativo pela Agência que retire as restrições impostas pelas Portarias MC nº 388/97 e nº 399/97.

Contudo, o Processo nº 53500.000834/2004, que trata desse ato normativo que substituirá o atual planejamento de TVC e MMDS, está em trâmite nesta Agência desde 2004, conforme cronologia constante do Anexo I do Relatório da Auditoria Interna da Anatel nº 04/2010-AUD, de 18/5/2010¹⁷.

É importante destacar que desde 2003 a Anatel poderia dar continuidade aos processos licitatórios, tendo em vista o Acórdão 231/2003 do Tribunal de Contas da União, contudo a

¹⁷ Esta Análise foi atualizada em 19/5/2010 para a inclusão dessa referência ao Relatório da Auditoria Interna da Anatel nº 04/2010-AUD, tendo em vista a pertinência temática.

indefinição sobre o novo modelo regulatório, derivada da longa tramitação do Processo nº 53500.000834/2004, bloqueou até a presente data a concessão de novas outorgas.

Sem fazer qualquer juízo de valor sobre o lapso temporal citado acima, o fato é que, como demonstrado nesta Análise, há um atual e inequívoco prejuízo ao consumidor – não só de Blumenau, mas de todo o Brasil – decorrente das restrições impostas pelo planejamento, já que os consumidores pagam mais caro pelos serviços de TV por assinatura e de acesso à internet banda larga ou simplesmente deixam de consumi-los, pelo baixo nível de competição no mercado.

Esse diagnóstico e a constatação de inadequação do planejamento em tela com o ordenamento jurídico pátrio impõem ao Conselho Diretor da Anatel o dever de agir imediatamente para obstar o prolongamento dos danos ao mercado, suspendendo a eficácia da alínea b do item 3.1 da Norma MC nº 13/96-REV/97 e das Portarias MC nº 388/97 e nº 399/97 até a deliberação final deste Conselho nos autos do Processo nº 53500.000834/2004. Isso suspenderá as prejudiciais restrições impostas pelo atual planejamento de TVC e MMDS.

Destaque-se que há precedentes de suspensão da eficácia de atos normativos de competência da Anatel por decisão do Conselho Diretor. Citamos, como exemplo, a suspensão da eficácia dos artigos referentes ao ponto-extra do Regulamento de Defesa dos Usuários dos Serviços de TV por Assinatura e a suspensão integral dos efeitos da Resolução nº 252/2000, que aprovou o Regulamento de Sinalização para Usuários.

É importante ressaltar que essa medida tem caráter cautelar, para reduzir os danos ao mercado decorrente da falta de competição até que o Conselho Diretor se pronuncie definitivamente sobre o tema no âmbito do Processo nº 53500.000834/2004.

Como materialização desta decisão, o Conselho Diretor deve determinar que a Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa comece a processar imediatamente todos os pedidos de outorga de serviço de TV a cabo, devendo enviar ao Conselho Diretor relatórios trimestrais sobre o andamento dos pedidos. A SCM deve, ainda, observar as seguintes diretrizes:

- O processamento dos pedidos de outorga deve ser feito por inexigibilidade de licitação, já que não deve considerar qualquer limitação ao número de prestadoras em cada área;
- O processamento dos pedidos deve considerar como preço das outorgas de TV a cabo tão somente o custo administrativo da Agência, tal como as autorizações de STFC e de SCM.

Ademais, dado o caráter cautelar da presente medida e a necessidade de preservação da segurança jurídica das requerentes de outorgas de TV a cabo, os requerimentos de outorga a serem processados pela SCM só devem ser deliberados em definitivo pelo Conselho Diretor após a decisão final a ser tomada nos autos do Processo nº 53500.000834/2004.

Deve-se destacar, ainda, que o Relatório da Auditoria Interna da Anatel nº 04/2010-AUD também recomenda uma ação imediata do Conselho Diretor e da área técnica da Agência para reverter o quadro de paralisia na concessão de novas outorgas de TVC e de MMDS, conforme se segue:

“Em atendimento à demanda contida na Solicitação de Auditoria nº 02/SVB/2010, a Gerência Geral de Regulamentação, Outorga e Licenciamento de Serviços por Assinatura – CMRO encaminhou, por intermédio do Mem. nº 08/2010-CMROO/CMRO, de 01/04/2010, entre outros documentos, o relatório ‘Solicitações para MMDS e TVC – Localidade’, que nos permitiu verificar a existência de 310 solicitações para exploração do serviço MMDS e 1.108 solicitações para exploração do serviço de TV a Cabo.

Desta forma, ao confrontarmos o mandamento contido no item 3.2 da Norma 13/97, com as informações prestadas pela área técnica, concluímos que, apesar das mais de 1.400 solicitações registradas, não foi realizada nenhuma nova licitação ou chamamento público para os serviços de TV a Cabo e MMDS desde o ano 2000.

A esse respeito fomos informados pela área técnica, que a proposta de um novo Planejamento dos Serviços de TV a Cabo e MMDS é objeto do processo nº 53500.000834/2004.

Da análise do processo nº 53500.000834/2004, observamos que a tramitação se alonga no tempo, principalmente em virtude dos seguintes fatores:

- a) proposições de alterações à redação original;*
- b) questionamentos de cunho técnico produzidos pelo Conselho Diretor;*
- c) adequações e proposições feitas pela área técnica (SCM);*
- d) falta de definição quanto à destinação da faixa de 2,5 Ghz;*
- e) necessidade de novas Consultas Públicas, decorrentes de alterações das propostas originais;*
- f) mudanças de relatores; e*
- g) complexidade do tema.*

A cronologia dos fatos ocorridos no trâmite do Processo nº 53500.000834/2004, encontra-se detalhada no anexo I deste relatório.

Em que pese existir explicações para a longa tramitação do processo, tal indefinição tem mantido reprimidas mais de 1400 solicitações para a exploração dos serviços.

Por fim, concluímos que a quase completa estagnação do processo de outorga dos serviços de televisão por assinatura é consequência da falta de celeridade do processo 53500.000834/2004. Este fato impede a realização de novas licitações o que reflete, diretamente, de forma negativa, na ampliação e oferta dos serviços.

Diante desses fatos, recomendamos ao Conselho Diretor e a área técnica responsável que, no âmbito de suas competências, dêem celeridade na conclusão do processo sobre a aprovação do novo Planejamento dos Serviços de TV a CABO e MMDS.” (sic)

3.2.9 Das recomendações para o caso concreto

Como visto, a operação gerou uma concentração altíssima no mercado de TV por assinatura em Blumenau, equivalente a 93% de participação de mercado para o Grupo Net. Ainda que esta Análise esteja propondo a remoção da barreira regulatória à entrada de novos concorrentes, a elevada concentração gerada e a comprovação de elevação de preços decorrente desta operação, admitida pelas próprias Requerentes, demonstram a necessidade de imposição de restrições para que a operação possa ser aprovada.

Entendo que a restrição mais efetiva para o caso deve ter caráter estrutural. A cisão e posterior venda de parte da empresa resultante da operação poderia restabelecer a concorrência no mercado de forma mais rápida e sem as dificuldades de acompanhamento das restrições comportamentais. Nessa linha, o eventual comprador de uma das empresas cindidas deveria, necessariamente, preencher os requisitos objetivos e subjetivos para a outorga de TVC, que seria garantida pela Anatel, ao valor do custo administrativo.

Caso o CADE opte por uma restrição comportamental, considero que a obrigatoriedade de compartilhamento de rede poderia resultar em algum benefício efetivo ao mercado. Caso haja conflito sobre o valor a ser cobrado, a Anatel tem competência legal para arbitrá-lo.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, proponho:

- (i) suspender a eficácia das Portarias MC nº 399/97 e nº 388/97 e da alínea b do item 3.1 da Norma MC nº 13/96-REV/97 até a decisão final do Conselho Diretor nos autos do Processo nº 53500.000834/2004;
- (ii) determinar que a Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa comece a processar imediatamente todos os pedidos de outorga de serviço de TV a cabo, devendo enviar ao Conselho Diretor relatórios trimestrais sobre o andamento dos pedidos, bem como observar as seguintes diretrizes:
 - a. O processamento dos pedidos de outorga deve ser feito por inexigibilidade de licitação, já que não deve considerar qualquer limitação ao número de prestadoras em cada área;
 - b. O processamento dos pedidos deve considerar como preço das outorgas de TV a cabo tão somente o custo administrativo da Agência, tal como as autorizações de STFC e de SCM.
- (iii) determinar que, como medida de preservação da segurança jurídica das requerentes de outorgas de TV a cabo, os requerimentos de outorga a serem processados pela SCM só devem ser deliberados em definitivo pelo Conselho Diretor após a decisão final a ser tomada nos autos do Processo nº 53500.000834/2004;

- (iv) encaminhar o presente ato de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica com sugestão de aprovação da operação com restrições.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO RELATOR

JOÃO BATISTA DE REZENDE