	<h1>ANÁLISE</h1>	NÚMERO E ORIGEM:
		46/2012-GCRZ
		DATA:
23/01/2012		
CONSELHEIRO RELATOR		
RODRIGO ZERBONE LOUREIRO		

1. ASSUNTO

Pedido de anuência prévia para transferência de controle da NET Serviços de Comunicação S.A. para a Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel.

2. REFERÊNCIAS

- 2.1. MACD nº 01/2012-CMLCE/SCM, de 04/01/2012;
- 2.2. Informe Complementar nº 02/2012-CMLCE, de 04/01/2012;
- 2.3. Parecer nº 1653/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, de 22/12/2011;
- 2.4. Informe nº 269/2011-CMLCE, de 15/12/2011;
- 2.5. Processo nº 53500.022775/2011.

3. EMENTA

ANUÊNCIA PRÉVIA PARA TRANSFERÊNCIA DE CONTROLE. NET SERVIÇOS E EMBRATEL. SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA. . INEXISTÊNCIA DE ÓBICES REGULATÓRIOS. ASPECTOS CONCORRENCIAIS CONSIDERADOS PARA A OPERAÇÃO. PRAZO PARA ADEQUAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 5º DA LEI 12.485/2011. APROVAÇÃO. EFEITOS DA OPERAÇÃO CONDICIONADOS À CERTIFICAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL.

1. No exame da anuência para a transferência de controle da empresa NET SERVIÇOS observou-se a regularidade regulatória da operação, cabendo às Interessadas a regularização fiscal.
2. Análise concorrencial preliminar realizada não identificou potenciais prejuízos à competição decorrentes da operação. O aprofundamento desta análise ocorrerá quando da submissão e apreciação do Ato de Concentração.
3. Concessão da anuência prévia para a realização da operação com efeitos a partir da regularização fiscal.
4. Concessão de prazo para a apresentação de pedido de anuência prévia com proposta de solução para adequação da estrutura de controle da NET às disposições da Lei 12.485/2011.

4. RELATÓRIO

4.1. DOS FATOS

4.1.1. Em 07/10/2011, foi protocolizada petição na Anatel, sob o n.º 53500.022454/2011, pelas seguintes empresas: (i) NET Serviços (NET); (ii) NET Brasília (NET BRASÍLIA); (iii) NET Rio (NET RIO); (iv) NET São Paulo (NET SÃO PAULO); (v) GB Empreendimentos e Participações S.A. (GB); (vi) Globo Comunicação e Participações S.A. (GLOBOPAR); (vii) Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel (EMBRATEL); e (viii) Embratel Participações S.A. (EMBRAPAR), doravante denominadas Interessadas, nas quais mencionam o pedido de anuência prévia apresentado a esta Agência no ano de 2004, aprovado por meio do Ato n.º 48.245, de 06/12/2004, autorizando a Telefônos de México S.A. de CV (TELMEX) a adquirir ações da NET e da GB.

4.1.2. Em sua petição, as Interessadas afirmam que naquela operação, embora a GLOBOPAR tenha mantido o controle acionário da NET, por meio de sua controlada GB, o Acordo de Acionistas da GB firmado em 21/03/05 previu a Opção de Venda de Ações da GB detidas pela GLOBOPAR à EMBRAPAR, bem como a Opção de Compra de Ações da GB detidas pela GLOBOPAR pela EMBRAPAR, sendo que tais operações estavam sujeitas a uma condição suspensiva, ou seja, tais Opções somente poderiam ser exercidas a partir do momento em que o marco regulatório aplicável autorizasse sociedade empresária não controlada por brasileiros, a adquirir participação majoritária no capital votante da GB.

4.1.3. Diante da edição da Lei n.º 12.485, de 12/09/2011 (Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado), com a revogação do art. 7.º da Lei n.º 8.977, de 06/01/1995 (Lei do Serviço de TV a Cabo), as Interessadas entenderam que verificou-se o preenchimento da condição suspensiva do Acordo de Acionistas da GB.

4.1.4. Assim, as Interessadas entendem que não há *mais restrições legais à finalização da operação que teve início em 2004* e informaram que *estão tomando as providências necessárias para que seja efetivado o exercício da Opção de Venda de Ações pela Globo ou o exercício da Opção de Compra de Ações pela Embrapar, conforme o caso, com os direitos e prerrogativas previstos no Acordo de Acionistas da GB já submetido à Anatel e ao Cade* quando do pedido de anuência prévia apresentado em 2004 e da submissão do Ato de Concentração correspondente.

4.1.5. Em 14/10/2011, a Superintendência de Comunicação de Massa (SCM) expediu os Ofícios n. 206 e 207/2011-CMLCE/SCM-Anatel, solicitando informações e documentação imprescindíveis à instrução do feito, ressaltando o entendimento de que a operação ora pretendida pelas Interessadas não foi objeto de exame e aprovação desta Agência quando da análise do Pedido de Anuência apreciado em 2004 pela Anatel, nem do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) quando da análise do Ato de Concentração relativo a esta operação.

4.1.6. Em 24/10/2011, a Embratel protocolizou nesta Agência, petição pela qual encaminhou a documentação e as informações solicitadas por meio do Ofício n.º 206/2011-CMLCE/SCM-Anatel.

4.1.7. Em 03/11/2011, a NET protocolizou na Anatel, petição pela qual apresentou as informações e documentação solicitadas por meio do Ofício n.º 207/2011-CMLCE/SCM-Anatel.

4.1.8. Em 24/11/2011, foram expedidos os Ofícios n. 247 e 248/2011-CMLCE/SCM-Anatel,

indagando *acerca da possibilidade de ocorrência de concentração horizontal no mercado de Provisamento de TV por Assinatura caso seja deferida a anuência prévia requerida, indicando eventuais eficiências e efeitos positivos da operação para o bem-estar econômico e analisando a possibilidade e a probabilidade do exercício do poder de mercado*, ressaltando que tais informações são imprescindíveis à instrução do feito.

4.1.9. Em 28/11/2011, a EMBRATEL protocolizou nesta Agência petição pela qual encaminhou resposta ao Ofício n.º 248/2011-CMLCE/SCM-Anatel.

4.1.10. Em 05/12/2011, a NET protocolizou na Anatel petição pela qual encaminhou resposta ao Ofício n.º 247/2011-CMLCE/SCM-Anatel.

4.1.11. Em 15/12/2011, a SCM elaborou o Informe nº 269/2011-CMLCE, analisando o pedido de anuência prévia com base nas informações apresentadas pelas Interessadas.

4.1.12. Em 22/12/2011, a Procuradoria Federal especializada da Anatel (PFE), por meio do Parecer nº 1653/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, se manifestou sobre esta matéria, sinalizando a necessidade de complementação da análise técnica sobre os aspectos concorrenciais da operação.

4.1.13. Em 04/01/2012, a SCM, por meio do Informe nº 02/2012-CMLCE, complementou a análise do processo em atendimento às manifestações da PFE.

4.1.14. Em 04/01/2012, por meio da MACD nº 01/2012-CMLCE/SCM, a matéria foi encaminhada à deliberação do Conselho Diretor.

4.1.15. Em 05/12/2011, conforme Comunicação de Tramitação nº 1.985, após sorteio o processo foi encaminhado ao meu Gabinete para análise e submissão ao Conselho Diretor.

4.1.16. Em 23/01/2011, a GLOBOPAR protocolizou petição, solicitando a juntada ao processo de parecer de autoria do Professor Carlos Ari Sundfield, *e com base no referido parecer vem requerer a manifestação da Anatel no sentido de que a Resolução nº 101/99 não se aplica ao caso ora em análise e que, por essa razão, a implementação desta operação levará à retirada completa e definitiva da GLOBOPAR do bloco de controle da NET*.

4.1.17. É o relato dos fatos.

4.2. DA ANÁLISE

4.2.1. DESCRIÇÃO DA OPERAÇÃO

4.2.1.1. O Informe da SCM de nº 269/2011-CMLCE, de 15/12/2011, apresenta inicialmente detalhada descrição da operação que culminaria com a alteração no controle da NET e de suas controladas, prestadoras do Serviço de TV a Cabo e de MMDS em diversos municípios brasileiros¹.

4.2.1.2. Nesse sentido o Informe descreve a atual estrutura societária de controle da NET,

¹ Vide relação completa das outorgas detidas pela NET e suas controladas na tabela constante das páginas 12 e 13 do Informe nº 269/2011-CMLCE.

controlada diretamente pela GB e indiretamente por Roberto Irineu Marinho, João Roberto Marinho e José Roberto Marinho (FAMÍLIA MARINHO) (Figura 1), bem como a atual participação da EMBRATEL e EMBRAPAR nessa estrutura de controle (Figura 2).

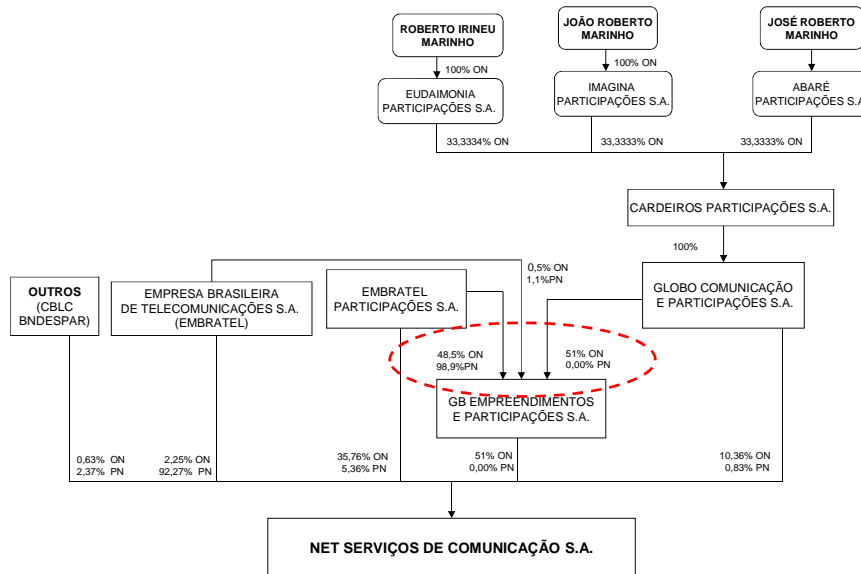


Figura 1

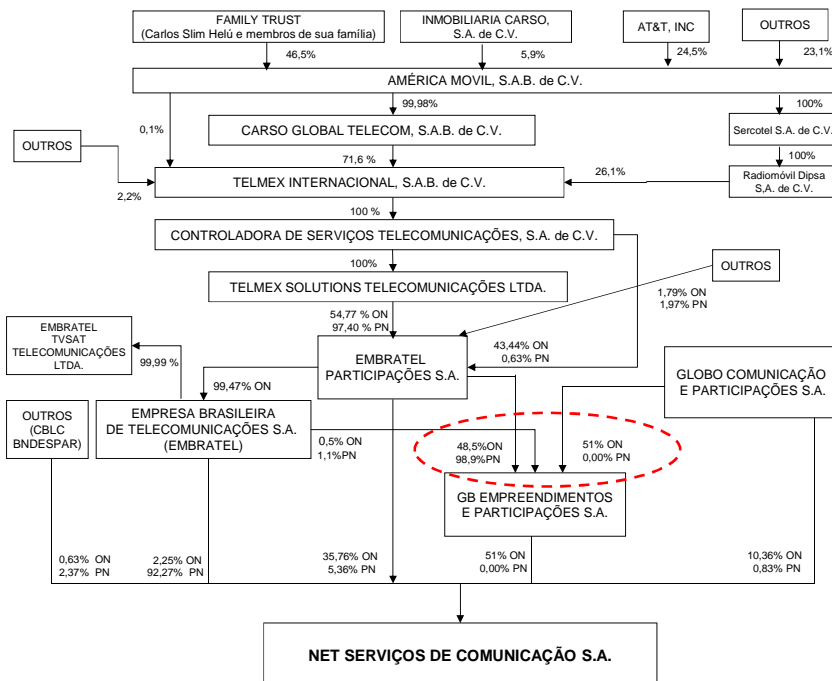


Figura 2

4.2.1.3. A operação pretendida consiste na efetivação da opção de compra/venda constante do acordo de acionista e seus aditivos, celebrados em as Interessadas, com a aquisição pela EMBRAPAR do montante de 1.077.520 ações ordinárias correspondentes a 5,5% do capital votante da GB detidas pela GLOBOPAR, acarretando uma alteração no controle da NET e

consequentemente de suas controladas (Figura 3).

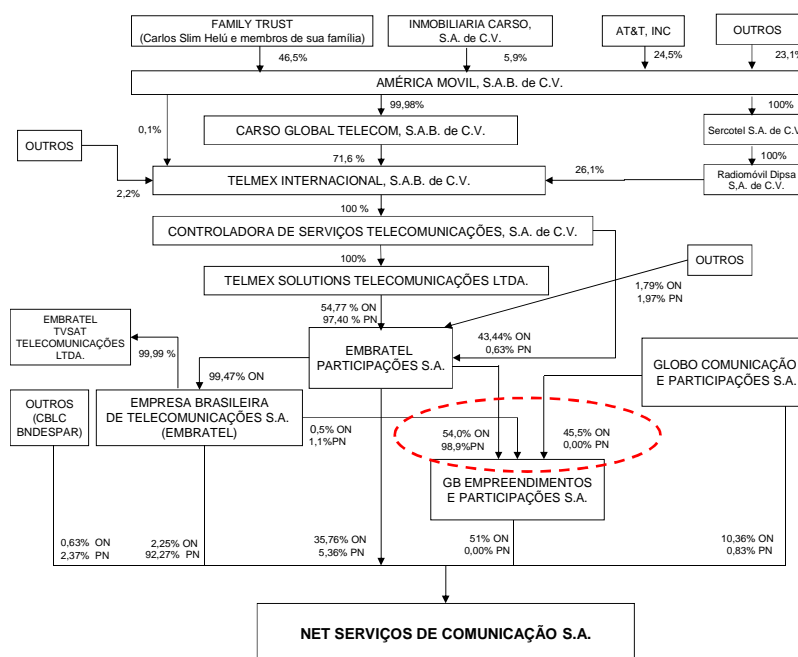


Figura 3

4.2.1.4. Serão mantidos os acordos de acionistas firmados anteriormente, sendo que a acionista GLOBOPAR perderá o direito de eleger a maioria dos membros (6 membros) do Conselho de Administração da NET, passando a eleger apenas 2 Conselheiros, enquanto a EMBRAPAR passa a eleger 9 Conselheiros, em vez dos 5 que hoje elege.

4.2.1.5. Da mesma forma, a GLOBOPAR perderá o direito de indicar os 2 diretores que elege atualmente, ao mesmo tempo em que a EMBRAPAR, que hoje elege apenas 1 diretor, passará a eleger todos os 3 diretores da NET.

4.2.1.6. Ressalta a SCM em seu Informe que, caso a operação seja aprovada, o controle da GB passará a ser exercido pela EMBRAPAR, em conjunto com a sua controlada EMBRATEL, as quais são indiretamente controladas pela FAMILY SLIM TRUST, S.A. de C.V. (FAMILY TRUST), pertencentes a Carlos Slim Helú e membros de sua família. Entende a SCM que, em consequência, o **controle** da NET deixaria de ser exercido pela FAMÍLIA MARINHO e passaria a ser exercido pela FAMILY TRUST, restando configurada a estrutura societária apresentada na figura 3 acima.

4.2.1.7. Quanto a este entendimento da SCM, referente à saída da FAMÍLIA MARINHO do controle da NET, a PFE, por meio do Parecer nº 1653/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, de 22/12/2011, alerta que:

“13. Pois bem, nesse ponto cumpre a esta Procuradoria alertar que, nos termos da Resolução nº 101, de 4 de fevereiro de 1999, o Grupo Globo persistirá considerado controlador da NET SERVIÇOS. Vejamos o que estabelece a referida Resolução:

Art. 1º No exercício das funções de órgão regulador e de órgão competente para

controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, no setor de telecomunicações, a Anatel, com vistas à apuração de controle e de transferência de controle que sejam objeto de vedação, restrição, limites ou condicionamentos, adotará os seguintes conceitos:

I - Controladora: pessoa natural ou jurídica ou ainda o grupo de pessoas que detiver, isolada ou conjuntamente, o poder de controle sobre pessoa jurídica;

II - Controle: poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa.

§ 1º Sem prejuízo de outras situações fáticas ou jurídicas que se enquadrem no conceito de Controladora, para fins de evitar fraude às vedações legais e regulamentares à propriedade cruzada e à concentração econômica e de resguardar a livre concorrência e o direito dos consumidores de serviços de telecomunicações, é equiparada a Controladora a pessoa que, direta ou indiretamente:

I - participe ou indique pessoa para membro de Conselho de Administração, da Diretoria ou órgão com atribuição equivalente, de outra empresa ou de sua controladora:

II - tiver direito de veto estatutário ou contratual em qualquer matéria ou deliberação da outra;

III - possua poderes suficientes para, por qualquer mecanismo formal ou informal, impedir a verificação de quórum qualificado de instalação ou deliberação exigido, por força de disposição estatutária ou contratual, em relação às deliberações da outra, ressalvadas as hipóteses previstas em lei;

IV - detenha ações ou quotas da outra, de classe tal que assegure o direito de voto em separado a que se refere o art. 16, III, da Lei nº 6.404/76.

§ 2º Para efeito deste Regulamento, o funcionamento da empresa compreende, entre outros aspectos, o planejamento empresarial e a definição de políticas econômico-financeiras, tecnológicas, de engenharia, de mercado e de preços ou de descontos e reduções tarifárias.

14. Como se vê, é equiparada a controladora a pessoa natural ou jurídica que participe ou indique pessoa para membro do Conselho de Administração, da Diretoria ou órgão com atribuição equivalente de outra empresa ou de sua controladora.

15. É certo que, como consignou a área técnica, as restrições impostas pelo artigo 5º (e parágrafos) da Lei de Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado ainda não estão em vigor. Tais disposições, nos termos do artigo 40 da referida lei, entrarão em vigor 1 (um) ano após sua promulgação.

16. De qualquer sorte, também é certo que, quando da entrada em vigor de tais restrições, as interessadas terão que atendê-las. Há, inclusive, declarações nos autos

apresentadas pela Net Serviços e pela Embratel (fls. 162 e 240), por meio das quais se comprometem (por elas e por suas controladoras) a atender os limites e restrições contidos no artigo 5º (e parágrafos) da Lei de Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado quando de sua entrada em vigor.”

4.2.2. DA ANÁLISE REGULATÓRIA DA OPERAÇÃO

4.2.2.1. Considerando as diversas outorgas de serviços detidas pela NET, a SCM solicitou às demais Superintendências técnicas da Anatel (SPV e SPB) que se manifestassem sobre a viabilidade da operação pretendida, tendo recebido manifestações das áreas técnicas que auxiliaram a análise regulatória e concorrencial desenvolvida pela SCM.

4.2.2.2. Inicialmente, na análise regulatória vale destacar o enquadramento da presente operação nos critérios para a submissão prévia de alterações que possam vir a caracterizar transferências de controle estabelecidos pelo Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 04/02/1999.

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

(...)

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

4.2.2.3. Na operação sob análise, a GLOBOPAR deixará de deter a maioria do capital votante da GB e indiretamente da NET não restando dúvida quanto à necessidade de submissão desta operação previamente a aprovação da Anatel, uma vez que este entendimento está expresso no próprio acordo de acionistas celebrado anteriormente entre as Interessadas, no sentido de que a opção de compra/venda só poderia ser exercida após a publicação da aprovação da operação pela Anatel.

4.2.2.4. Especificamente na análise regulatória associada às outorgas de serviços detidas direta e indiretamente pela NET, a SCM atesta que a nova estrutura societária atende às disposições do Decreto 2.617, de 05/06/1998, uma vez que as outorgas são detidas pela NET ou por suas controladas, empresas brasileiras com sede e administração no País, cuja maioria do seu capital é detida pela GB, que por sua vez também é uma empresa constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

Art. 1º As concessões, permissões e autorizações para exploração de serviços de telecomunicações de interesse coletivo poderão ser outorgadas ou expedidas somente a empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, em que a maioria das cotas ou ações com direito a voto pertença a pessoas naturais residentes no Brasil ou a empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

4.2.2.5. Em relação às disposições da Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado (Lei 12.485/2011), destaca a SCM a comprovação do atendimento pelas Interessadas da obrigação estipulada no Art. 37, por meio de declarações constantes do processo

nas quais as Interessadas assumem o compromisso de promover a adaptação de suas outorgas para o Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) após a aprovação do Regulamento deste serviço pela Anatel.

Art. 37. Revogam-se o art. 31 da Medida Provisória n.º 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e os dispositivos constantes dos Capítulos I a IV, VI e VIII a XI da Lei n.º 8.977, de 6 de janeiro de 1995.

§ 1.º Os atos de outorga de concessão e respectivos contratos das atuais prestadoras do Serviço de TV a Cabo - TVC, os termos de autorização já emitidos para as prestadoras do Serviço de Distribuição de Canais Multiponto Multicanal - MMDS e do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite - DTH, assim como os atos de autorização de uso de radiofrequência das prestadoras do MMDS e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura - TVA, continuarão em vigor, sem prejuízo da adaptação aos condicionamentos relativos à programação e empacotamento previstos no Capítulo V, até o término dos prazos de validade neles consignados, respeitada a competência da Anatel quanto à regulamentação do uso e à administração do espectro de radiofrequências, devendo a Agência, no que couber, adequar a regulamentação desses serviços às disposições desta Lei.

[...]

§ 6.º Até a aprovação do regulamento do serviço de acesso condicionado, só serão admitidas pela Anatel renovações de outorgas, de autorização do direito de uso de radiofrequências, alterações na composição societária da prestadora, bem como transferências de outorgas, de controle ou demais alterações de instrumentos contratuais referentes à prestação dos serviços mencionados no § 1.º para prestadoras que se comprometerem com a Anatel a promover a adaptação de seus instrumentos de outorga para o serviço de acesso condicionado imediatamente após a aprovação do regulamento, que conterà os critérios de adaptação.

4.2.2.6. Conforme mencionado pela PFE, em relação ao disposto no art. 5º da referida Lei, a NET e Embratel TVSAT Telecomunicações LTDA (TVSAT), operadora de DTH controlada pela EMBRATEL, encaminharam declarações afirmando que atenderão aos limites e restrições contidos no art. 5º e respectivos parágrafos da Lei de Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado, os quais entrarão em vigor 01 (um) ano após a publicação da Lei.

*Art. 5.º O **controle** ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa **sob controle comum**, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.*

§ 1.º O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a

estas explorar diretamente aqueles serviços.

4.2.2.7. A SCM destaca em seu Informe que em levantamento realizado junto ao Sistema de Controle de Radiodifusão (SRD) da Anatel, foi identificado que a GLOBOPAR, acionista da NET, possui concessão ou permissão de radiodifusão sonora e de sons e imagens e que, portanto, o atendimento ao disposto no Art. 5º deverá ser verificado quando da vigência deste artigo que ocorrerá no prazo de 1 (um) ano após a promulgação da Lei conforme estabelecido no seu Art. 40.

Art. 40. O art. 5º passa a vigor 1 (um) ano após a promulgação desta Lei; o inciso I do caput do art. 20 passa a vigor 4 (quatro) anos após a promulgação desta Lei; o art. 18 passa a vigor 1 (um) ano após a promulgação desta Lei e os arts. 26 a 28 produzirão efeitos a partir do ano seguinte à sua publicação.

4.2.2.8. Em relação à exigência regulatória de que as referidas outorgas de TV a Cabo e MMDS detidas pela NET e suas controladas já estejam em operação para que possa ser aprovada a operação de transferência do controle, após consulta a área específica, não foi identificada nenhuma área de prestação na qual a NET atue direta ou indiretamente que não tenha sido iniciada a operação comercial do serviço.

4.2.2.9. Desta forma, em relação às outorgas de TV a Cabo, considerando a revogação do art. 7º da Lei do Serviço de TV a Cabo, pela Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado, que vedava o controle estrangeiro sobre operadoras de TV a Cabo, opinou a SCM pela não existência de empecilho regulatório para a realização da operação nos moldes apresentados pelas Interessadas.

4.2.2.10. Em relação às outorgas de MMDS detidas pela NET, a SCM analisou, além dos condicionamentos que se aplicam de forma análoga às outorgas de TV a Cabo, os limites de propriedade cruzada e os limites de outorgas estabelecidos pela Norma nº 002/94-REV 97 e concluiu que estes permanecerão atendidos após a efetivação da operação apresentada.

5.1.1. Cada entidade ou coligada somente poderá ter permissão para explorar o Serviço MMDS até os seguintes limites:

a) no máximo, para sete áreas de prestação do serviço com população igual ou superior a setecentos mil habitantes;

b) no máximo, para doze áreas de prestação do serviço com população igual ou superior a trezentos mil e inferior a setecentos mil habitantes.

5.1.2. Os limites estabelecidos no item 5.1.1 considerarão apenas as áreas de prestação do serviço em que a permissionária do Serviço MMDS o explora sem competição com outros prestadores de serviços de distribuição de sinais de televisão mediante assinatura, excluídos aqueles distribuídos via satélite.

4.2.2.11. Foi ainda verificada a regularidade fiscal das prestadoras envolvidas na operação e foram identificados diversos débitos junto ao FISTEL e FUST da NET e de suas controladas² o

² Vide tabela completa da análise fiscal nas páginas 31 a 33 do Informe nº 269/2011-CMLCE.

que caracteriza um impedimento ao atendimento do pleito das Interessadas, nos termos do § 1º do art. 15 do Regulamento para Arrecadação de Receitas do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, aprovado pela Resolução nº 255, de 29/03/2001.

Art. 15. Serão observados os seguintes procedimentos relacionados à obrigatoriedade de arrecadação das Taxas de Fiscalização das Telecomunicações:

(...)

§ 1º O pedido de qualquer natureza apresentado à Anatel, por parte de Prestadora, somente será analisado conclusivamente se o requerente comprovar regularidade quanto ao recolhimento das receitas do Fistel, exceto alteração cadastral por mudança de endereço de correspondência e sede, razão social, CGC/CPF, cancelamento de licença e extinção de Concessão, Permissão ou Autorização de Serviço de Telecomunicações e de uso de radiofrequência, ou do Direito de Exploração de Satélite Brasileiro ou da autorização do Direito de Exploração de Satélite Estrangeiro no Brasil.

4.2.2.12. O posicionamento da PFE sobre este tema no Parecer nº 1653/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, endossado pela SCM, é de que a anuência prévia no caso em tela só pode ser concedida, com efeitos a partir da regularização dos débitos existentes.

“8. Pois bem. De fato, quanto aos aspectos regulatórios, a operação restou ampla e detalhadamente analisada pela área técnica, razão pela qual não se vislumbra óbices à operação, nos termos dos dispositivos legais, regulamentares e contratuais vigentes, sendo apenas necessário que as interessadas procedam à regularização fiscal.

9. Registre-se, por oportuno, que o termo regularidade fiscal abrange os créditos tributários e não tributários (inclusive os decorrentes de multas aplicadas no curso de Pados), constituídos de forma definitiva (após a coisa julgada), mesmo que ainda não tenha havido a inscrição em dívida ativa ou no Cadin.

10. Quanto ao tema, vale transcrever a conclusão do Parecer nº 134/2010/BSA/PGF/PFE-Anatel, de 04.02.2010, exarado por esta Procuradoria nos autos do processo nQ 53500.001147/2009, cujo entendimento, aliás, foi ratificado pela Procuradoria- Geral Federal:

85. Feitas essas considerações, conclui-se que:

a) o termo regularidade fiscal, abrange os créditos tributários e não tributários;

b) para comprovação da regularidade fiscal, há necessidade da Certidão de Quitação de Tributos e Contribuições Federais da Receita Federal, da Certidão conjunta de Quitação de Tributos e Contribuições Federais e da Dívida Ativa da União da Procuradoria da Fazenda Nacional, além da Certidão Negativa de Débitos em face da Agência Nacional de Telecomunicações, abarcando todos os débitos devidamente constituídos, independentemente de estarem inscritos em Dívida Ativa ou no Cadin: e,

c) somente deve ser recusada a expedição de certidão negativa de débitos, em face dos interessados que tiverem em seu nome dívidas definitivamente constituídas, no caso dos tributos e multas, após a decisão final do processo

administrativo, e na hipótese de preços e encargos, depois do vencimento dos débitos.”

4.2.2.13. Conclui a SCM que no âmbito da Superintendência de Comunicação de Massa, não foi constatada a existência de óbice ao consentimento prévio da operação quanto aos aspectos regulatórios vigentes. Contudo, considerando que a operação envolve outros serviços sob a jurisdição de outras Superintendências da Anatel, a SCM solicitou a SPB e a SPV que se manifestassem sobre a operação pretendida. Nesse sentido, constam do Processo manifestação dessas Superintendências nas quais não são identificados óbices regulatórios à realização da operação.

4.2.3. DO PRAZO PARA ANÁLISE DA OPERAÇÃO PELA ANATEL

4.2.3.1. Por fim, antes de seguir para a análise concorrencial da operação, ressalta a SCM a necessidade de conclusão da apreciação do pleito das Interessadas dentro do prazo de 90 (noventa) dias do seu recebimento, sob pena de sua aprovação automática, conforme estabelecido nos §10 e §14 do art. 37 da Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado.

Art. 37. Revogam-se o art. 31 da Medida Provisória n.º 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e os dispositivos constantes dos Capítulos I a IV, VI e VIII a XI da Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995.

(...)

§ 10. A Anatel deverá adotar as medidas necessárias para o tratamento da solicitação de que tratam os §§ 2.º e 6.º e se pronunciar sobre ela no prazo máximo de 90 (noventa) dias do seu recebimento.

(...)

§ 14. As solicitações de que tratam os §§ 2.º e 6.º serão consideradas automaticamente aprovadas caso a Anatel não se pronuncie sobre elas no prazo estabelecido no § 10.

4.2.3.2. Neste tema, a PFE manifestou o seguinte entendimento:

“19. Como se vê, o dispositivo prevê a aprovação automática da solicitação caso a Anatel não se pronuncie sobre ela no prazo estabelecido. Cumpre registrar, entretanto, que, para tanto, é imprescindível que todos os documentos necessários para a análise da operação tenham sido apresentados pelas interessadas.

20. Do contrário, admitir-se-ia que as interessadas se beneficiassem da própria torpeza, pois teriam o benefício da aprovação automática da operação pretendida, simplesmente por terem impedido a efetiva análise pelo órgão regulador, por meio da apresentação dos documentos indispensáveis para tanto.

21. No presente caso, conforme consignado pela área técnica, fez-se necessária a solicitação de informações e documentação imprescindíveis à instrução do feito...

(...)

26. Dessa feita, não há dúvidas de, para o cômputo do prazo a que se refere o § 10º do artigo 37 da Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado, é imprescindível

que todos os documentos necessários para a análise da operação tenham sido apresentados pelas interessadas, devendo-se considerar suspenso o prazo entre as solicitações de instrução do feito e a efetiva apresentação da documentação pelas interessadas.”

4.2.4. DA ANÁLISE CONCORRÊNCIAL

4.2.4.1. Em relação aos impactos concorrenciais da operação, apesar de ainda não ter sido protocolizado na Agência o Ato de Concentração referente a esta operação, a área técnica apresentou uma análise concorrencial, suportada nas competências estabelecidas pelo inciso XIX do art. 19 da LGT, focada principalmente no mercado de TV por Assinatura no qual a NET e suas controladas atuam como prestadoras de TV a CABO e MMDS e a EMBRATEL atua no mercado de DTH, por meio de sua controlada TVSAT.

4.2.4.2. Para subsidiar esta análise, a SCM encaminhou Ofícios a NET e a EMBRATEL para que estas se manifestassem *sobre a possibilidade de concentração horizontal no mercado de TV por Assinatura, indicando eventuais eficiências e efeitos positivos da operação para o bem estar econômico e analisando a possibilidade e a probabilidade do exercício de poder de mercado.*

4.2.4.3. Em resposta a este Ofício a EMBRATEL apresentou petição, por meio da qual prestou os seguintes esclarecimentos:

“7. Quanto à ocorrência de concentração horizontal no mercado de provimento de televisão por assinatura, algumas considerações devem ser feitas.

8. No caso em tela, o único serviço onde se verifica sobreposição é o de televisão por assinatura, ressaltando-se que a NET presta o serviço de televisão por assinatura empregando a tecnologia denominada cabo, bem como o serviço de distribuição de sinais multiponto multicanais – MMDS, e a Embratel, por intermédio de sua controlada Via Embratel, que iniciou a prestação de serviços de televisão por assinatura em dezembro de 2008, vale-se do sistema direct-to-home (DTH), por satélite.

9. Se considerarmos o mercado de prestação de serviços de televisão por assinatura nacionalmente, temos hoje a seguinte configuração:

<i>Milhares</i>	<i>2010</i>		<i>2011.1T</i>	
NET	4.212	43,12	4.328	41,54%
SKY	2.552	26,12	2.858	27,43%
Telefônica	486	4,97%	509	4,89%
Embratel	1.130	11,57	1.376	13,21%
Oi TV	275	2,82%	311	2,98%
Abril	166	1,70%	162	1,55%
Outros	948	9,70%	876	8,41%
Total	9.769	100,0	10.419	100,00

Fonte: <http://www.teleco.com.br/optva.asp>

10. As participações de mercado da Via Embratel e da NET não podem ser analisadas isoladamente. Outros fatores determinam o efetivo poder de mercado de empresas que se integram, além do registro quantitativo da fração de mercado.

11. *No caso do mercado de televisão por assinatura, deve-se considerar, entre outros, o fato de a demanda por esse serviço vir crescendo continuamente.*

12. *E, sobretudo, o fato de o segmento de televisão a cabo – a integrar o mercado de televisão por assinatura – no qual a NET atua, ter sido recentemente desregulado, e assim eliminadas inteiramente as barreiras regulatórias antes existentes, o que já permite o ingresso de novos concorrentes habilitados a ofertar televisão por assinatura empregando essa tecnologia em todos o território nacional, incrementando assim a concorrência no mercado de televisão por assinatura.*

13. *Nesse contexto, a concorrência a ser oposta à NET e à Via Embratel pelos demais figurantes desses mercados, atuais e potenciais, é expressiva.*

14. *Em uma palavra: se haverá uma concentração horizontal no mercado de televisão por assinatura a resultar da operação ora em análise, ela não poderá ser considerada restritiva à concorrência.*

(...)

16. *Vale ainda dizer que, além dos novos figurantes que deverão ingressar no mercado em decorrência da eliminação de barreiras regulatórias pela nova lei, atualmente já existem, atuantes, operadoras de televisão por assinatura por meio de DTH, detentoras de expressivo porte econômico.*

17. *Por fim, a integração permitirá a expansão da oferta em um mercado altamente competitivo, tornando-se assim um fator de incremento da concorrência, em benefício do direito do usuário.”*

4.2.4.4. Em resposta a ao Ofício da SCM a NET apresentou petição, afirmando:

“Sem prejuízo da formalização da operação frente à Anatel, com a entrega dos devidos formulários e de análises concorrenciais e regulatórias específicas, a NET Serviços não se furta a apresentar considerações preliminares acerca da concentração horizontal decorrente da operação ora pretendida. É de se notar que somente há sobreposição no que se refere ao serviço de televisão por assinatura, serviço este que a NET presta nas modalidades cabo e de distribuição de sinais multiponto multicanais – MMDS e a Embratel, por sua vez, por intermédio de sua controlada Via Embratel, na modalidade direct-to-home (DTH), por satélite.

Não obstante, a concentração resultante é de caráter marginal, tendo em vista que, conforme reiterada jurisprudência, os mercados de TV por assinatura possuem âmbito geográfico local. Assim, enquanto as tecnologias de TV a Cabo e MMDS possuem alcance restrito e localizado, concentrando-se nas maiores cidades do país, a tecnologia DTH concentra-se sobretudo nas áreas não atendidas pelas duas primeiras. Por tal motivo, as bases de assinantes da NET e da Via Embratel são complementares, sendo reduzida a concorrência existente entre ambas, tornando assim negligenciáveis os impactos decorrentes da aquisição do controle da NET por parte da Embrapar.

Vale lembrar que as participações de mercado da Via Embratel e da NET

precisam ser analisadas no contexto atual do mercado de televisão por assinatura, que recentemente teve suas barreiras regulatórias eliminadas e suas regras uniformizadas com a edição da Lei do Serviço de Acesso Condicionado, Lei n.º 12.485/2011. Esta verdadeira desregulação provocará um significativo incremento da concorrência no mercado de televisão por assinatura, com o ingresso de novos players e a expansão de ofertas em um mercado que já é competitivo.

A NET acredita, portanto, que a operação pretendida não acarretará restrição à concorrência, haja vista que outras variáveis determinam o efetivo poder de mercado em decorrência de integrações como tais. No caso em análise, a concorrência dos players entrantes será expressiva, e a concentração gerará fatores benéficos aos usuários, tais como a expansão e variedade de ofertas.”

4.2.4.5. A Análise concorrencial realizada parte da definição do mercado relevante, em suas dimensões produto e geográfica, tendo sido o produto fixado como o de Provedor de TV por Assinatura, incluindo três modalidades do serviço: o DTH, a TV a CABO e o MMDS, dada a possibilidade de sobreposição de atividades nessas modalidades associadas à entrega de conteúdo audiovisual por meio de assinatura.

4.2.4.6. Quanto a dimensão geográfica da análise foram identificados os municípios nos quais ocorre a sobreposição de oferta de TV por Assinatura entre as prestadoras envolvidas na operação. Esta análise concluiu pela existência de 92 municípios com atuação conjunta da NET por meio da oferta de TV a CABO e MMDS e da EMBRATEL por meio da TVSAT.

4.2.4.7. Definidos os mercados relevantes foi realizada uma avaliação dos possíveis efeitos positivos e negativos sobre o bem estar econômico da concentração horizontal decorrente da operação.

4.2.4.8. Nesse sentido, a SCM, considerando as ponderações levantadas pela PFE por meio do nº 1653/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, analisou a possibilidade e a probabilidade de exercício de poder de mercado com base nos fatores estabelecidos no Guia SEAE/SDE para Análise de Concentrações Horizontais³ usado como referência na análise concorrencial de operações que possam vir a representar uma concentração horizontal de mercado, quais sejam: concorrência de importações, barreiras à entrada de novos competidores, efetividade de rivalidade e probabilidade de abuso de poder de mercado ou de coordenação de decisões.

4.2.4.9. As conclusões da SCM sobre tais questões foram resumidas no Informe nº 02/2012-CMLCE:

“5.52. A concentração no mercado pode reduzir a efetividade da rivalidade por três maneiras. A primeira, considerando um mercado com produtos homogêneos, decorre da impossibilidade do desvio de consumo por parte dos consumidores para os produtores concorrentes. Isso ocorre quando as empresas rivais não forem capazes de aumentar suficientemente a sua oferta em um prazo razoável. A segunda, considerando o mercado com produtos diferenciados, procede da incapacidade de parcela significativa dos consumidores não conseguir transferir seu consumo para produtos substitutos. Isso ocorre quando a parcela significativa de consumidores considera os produtos das

³ www.seae.fazenda.gov.br/central.../guias/portconjseae-sde.pdf

empresas envolvidas no Ato de Concentração como escolhas prioritárias, quando as opções subsequentes não forem substitutas próximas; quanto maior as características técnicas dos produtos – a marca, por exemplo – menor é o grau de substituição. A terceira são os fatores que apuram as condições de coordenação de condutas e de orientação de regras, o que beneficia a determinação de sanções para os que se desviarem de acordos estabelecidos entre as empresas. As condições para a coordenação de condutas são maiores quando existem poucas empresas no mercado, os produtos e as empresas são homogêneos, a informação relevante sobre os rivais estão disponíveis e quando as condutas das empresas, embora legais, restringem a competição entre as empresas.

5.53. *No caso em tela, os serviços ofertados são, em regra, homogêneos, ou seja, o consumidor médio entende que os Serviços de TV por Assinatura, independentemente da tecnologia com que são prestados, são equivalentes, o que os torna substitutos próximos (item 5.110 do Informe de instrução). Dito isso, a despeito das diferentes tecnologias empregadas nos meios de distribuição e de eventuais diferenças nos pacotes de canais oferecidos por cada uma das prestadoras, pode se concluir pela existência de rivalidade no mercado em análise. Ademais, não há razões para se supor a possibilidade de coordenação de decisões entre as diversas participantes desse mercado. (...)*

5.67. *Resumidamente, considerando que o mercado em tela trata de prestação de serviços, concluiu-se que, em razão de sua natureza, não sofre influência de importações.*

5.68. *Com relação à entrada de novos competidores, a edição da Lei n.º 12.485, de 2011 (Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado), abriu o mercado, eliminando barreiras à entrada de cunho regulatório, possibilitando a entrada de novos competidores.*

5.69. *Quanto à tempestividade da entrada de novos concorrentes, o mercado de TV por Assinatura é intensivo em capital. Assim, havendo interesse e disponibilidade financeira é possível que um novo competidor ingresse operacionalmente no mercado no prazo de dois anos, o que tornaria a entrada tempestiva.*

5.70. *No que se refere à entrada suficiente foi destacado que o mercado de TV por Assinatura apresentou elevado crescimento em sua base de assinantes nos últimos anos, indicando que novos entrantes teriam espaço para formar suas bases de assinantes, uma vez que o mercado não dá mostras de estar exaurido.*

5.71. *Sinteticamente foi ainda abordada a questão dos custos, tendo indicado a existência de barreiras à entrada devido aos custos irrecuperáveis típicos da indústria de TV por Assinatura. Por outro lado, também foi aduzido que a operação em tela apresenta, potencialmente, grandes retornos de escala, uma vez que os custos de redes e de programação, característicos do negócio, passariam a ser rateados por um maior número de usuários. Esta situação representa potencial efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico.*

5.72. *Quanto à existência de rivalidade no mercado, ficou demonstrado um*

certo grau de efetividade da competição, com indicativo de expansão e que não há razões para se supor a possibilidade de coordenação de decisões entre as diversas outorgadas participantes desse mercado.

5.73. *Conforme já dito, o fato de a probabilidade do exercício de poder de mercado não ser “praticamente nula” não implica que a concentração reduza o bem-estar da economia brasileira. Para avaliar o efeito líquido da concentração sobre a economia é necessário comparar os custos econômicos com as possíveis eficiências econômicas específicas derivadas do ato.*

5.74. *As eficiências específicas supracitadas podem se dar sob a forma de economias de escala e escopo, da introdução de uma tecnologia mais produtiva, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e da geração de um poder de mercado compensatório.*

5.75. *A operação ora analisada poderá se beneficiar de economias de escala otimizando recursos de infraestrutura e logística, dentre outros, inclusive pelo evento da convergência de serviços integrando diferentes plataformas, podendo resultar em redução de custos médios. A economia de escopo poderá se dar via integração dos serviços de imagem, voz e dados em múltiplas plataformas, como cabo, micro-ondas e satélite e do melhor aproveitamento de insumos comuns, bem como dos recursos de distribuição e comercialização, podendo, também resultar em redução de custos médios.*

5.76. *A introdução de uma nova tecnologia específica da concentração tem a possibilidade de gerar diversas formas de eficiências.*

5.77. *As poucas informações fornecidas pelas empresas quanto à eficiência da operação podem ser assim sintetizadas: “as bases de assinantes da NET e da VIA EMBRATEL são complementares, sendo reduzida a concorrência existente entre ambas, tornando assim negligenciáveis os impactos decorrentes da aquisição do controle da NET por parte da EMBRAPAR” e “a concorrência dos players entrantes será expressiva, e a concentração gerará fatores benéficos aos usuários, tais como a expansão e variedade de ofertas”.*

5.78. *Importante ratificar que, diante das informações, fatos e entendimentos acima apresentados, observa-se que atualmente a NET Serviços e suas controladas já ocupam posição dominante no mercado brasileiro de TV por Assinatura, respondendo por 60,43% do market share nas 92 APS objeto da operação. A concentração das duas empresas, ou seja, a união do controle das outorgas do Serviço de TV a Cabo e MMDS do Grupo NET com a operação do Serviço DTH da Embratel, resultará em 69,85% do referido mercado, significando um incremento de 9 pontos percentuais em relação ao nível de concentração atualmente verificado.*

(...)

6. CONCLUSÃO

6.1. *Considerando a explicitação das etapas para a análise econômica de Atos de Concentração que inclui a análise da probabilidade de exercício de poder de mercado,*

em suas diversas vertentes, que permitiu aclarar o entendimento expresso pela Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa em seu Informe n.º 269/2011-CMLCE, de 15 de dezembro de 2011, tem-se que a avaliação do efeito líquido da operação sobre o bem-estar econômico leva ao entendimento de que a concentração resultante gera controle substancial de parcela de mercado (embora antes da operação o controle substancial já se verifique), mas considerando o baixo nível de barreira à entrada e a existência de rivalidade efetiva, o exercício de poder de mercado mostra-se pouco provável, e essa baixa probabilidade indica que a concentração não tem o condão de reduzir o bem-estar da economia brasileira. Por outro lado, segundo as Interessadas, a título de eficiências, “a concentração gerará fatores benéficos aos usuários, tais como a expansão e variedade de ofertas”. A conjunção desses fatores redundará na compreensão de que a concentração objeto da operação em tela pode receber parecer favorável pelo Conselho Diretor da Anatel por resultar em efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico.

6.2. *A aprovação da operação, no entanto, implica no constante monitoramento do mercado por parte da Anatel e dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, os quais dispõem de todos os instrumentos previstos na legislação da ordem econômica e/ou de natureza regulatória para reprimir de forma rápida e rigorosa qualquer possível prática restritiva à concorrência.”*

4.2.5. DAS CONSIDERAÇÕES DO RELATOR

4.2.5.1. Da análise da operação submetida à anuência prévia da Anatel resta claro que o efetivo exercício das opções de compra/venda pela EMBRAPAR e pela GLOBOPAR caracteriza uma alteração no controle da NET, prestadora de serviços de telecomunicações (TV a CABO, MMDS e SCM), com a redução do controle do Grupo Globo e com um incremento de participação de controle do Grupo Telmex, não só pelo aumento da participação acionária no capital da NET, mas principalmente pela implementação das cláusulas do acordo de acionista, que dão a EMBRAPAR o direito de indicação da maioria dos membros para o Conselho de Administração, bem como de indicar todos os diretores da companhia.

4.2.5.2. Trata-se, portanto, de uma reorganização interna no controle da NET, uma vez que os atuais dois grupos controladores, Grupo Globo e Grupo Telmex, continuarão a exercer parcela de controle sobre a companhia, decorrente de direitos preservados no Acordo de Acionistas.

4.2.5.3. Pelo Acordo de Acionistas, o Grupo Globo, mesmo deixando de possuir a maioria do capital votante da GB e indiretamente da NET, continuará a indicar membros para o Conselho de Administração e, de acordo com o Acordo de Acionistas, ainda terá poderes de decisão, por meio de exigência de quórum qualificado, em temas relacionados à atuação da NET no setor de distribuição de conteúdo audiovisual e de telecomunicações de uma forma mais ampla.

4.2.5.4. Nesse sentido, o Acordo de Acionistas obriga a realização de Reunião Prévia de Matérias Relevantes, na qual a aprovação de qualquer Matéria Relevante de Quórum Qualificado dependerá do voto favorável de todos os acionistas participantes do Acordo que possuam mais de 10% do capital votante da NET.

4.2.5.5. Resta claro, portanto, que a operação ora analisada, apesar de envolver alterações

no controle da NET, preserva influência significativa do Grupo Globo na gestão daquela empresa de telecomunicações.

4.2.5.6. Tal influência não possui relevância se levarmos em consideração as previsões legais ou regulatórias vigentes, mas representará ponto fundamental para a regulação setorial a partir de entrada em vigor do art. 5º da Lei n.º 12.485, de 12/09/2011 (Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado), já que tal dispositivo veda o **controle de prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo** por detentoras de outorga de radiodifusão sonora e de sons e imagens, bem como por programadoras e produtoras.

4.2.5.7. Nesse sentido, a questão que se coloca é o conceito de controle que a Anatel adotará para verificar o cumprimento do citado dispositivo legal. O Grupo Globo defende, por meio de Parecer encaminhado a esta Agência, que a Anatel afaste a aplicação do Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101/1999, e aplique o conceito de controle estabelecido no Código Civil e na Lei das S/A, que é menos restritivo. Para isso, argumenta que:

“a) A Lei 12.485/2011, ao fixar limites para a atuação simultânea de empresas nas atividades inerentes à comunicação audiovisual de acesso condicionado (arts. 5º e 6º), empregou a expressão controle, porém, não a definiu.

b) A opção legal foi pela liberdade de iniciativa nesse segmento, restringindo as barreiras à entrada nesse mercado àquelas que estivessem expressamente encartadas na própria lei (art. 4º, § 1º, in fine).

c) A reserva legalmente instituída sobre o tema das restrições de acesso ao mercado impede o reconhecimento de competência regulamentar para definir o conceito de controle a ser adotado nessa matéria.

d) O conceito de controle a ser aplicado nessas hipóteses, portanto, é o definido na legislação geral sobre o tema (Código Civil, art. 1098 e Lei das S/A, arts. 116 e 243). A definição de controle cunhada pela Anatel em sua Resolução 101 não pode ser empregada para fins de aplicação dos arts. 5º e 6º da Lei 12.485/2011. O conceito de controle da Resolução 101 só poderia ser aplicado em relação a normas exclusivas do setor de telecomunicações, o que não é o caso dos dispositivos em análise.

e) As restrições previstas nos 5º e 6º da Lei 12.485/2011 afetam simultaneamente os setores de radiodifusão, telecomunicações e de produção e programação de conteúdo audiovisual, sujeitos a autoridades reguladoras distintas (Executivo, Anatel e Ancine, respectivamente). A Lei 12.485/2011, porém, só conferiu poder regulamentar a esses entes para disciplinarem matérias atinentes às suas respectivas competências originárias (art. 42), negando-lhes, por consequência, a prerrogativa de criar normas com abrangência intersetorial. Com isso, não é possível conceber a criação de um conceito regulamentar de controle para fins de aplicação dos referidos arts. 5º e 6º, uma vez que tais dispositivos produzem efeitos, simultaneamente, em mais de um setor regulado.”

4.2.5.8. Os argumentos do Grupo Globo, entretanto, não merecem prosperar. Em primeiro lugar a Lei nº 12.485/2011 não estabelece reserva legal para a definição do conceito de controle estabelecido em seu art. 5º, já que em nenhum momento remete a outra lei tal definição. Ao

contrário, a Lei nº 12.485/2011 reforça em diversos dispositivos, e de maneira expressa, o poder regulamentar da Anatel.

4.2.5.9. Tampouco é válido o argumento de intersetorialidade da norma, o que forçaria a aplicação de uma legislação geral e não específica de cada setor. Isso porque o caput do art. 5º impõe uma restrição ao controle e à composição de capital de **prestadoras de serviço de telecomunicações**, que, por sua vez, devem se submeter inequivocamente ao poder regulamentar da Anatel. No presente caso, portanto, a restrição recai sobre a NET, como prestadora de serviços de telecomunicações, e não ao Grupo Globo, que só será afetado de maneira indireta, como um dos controladores da NET.

4.2.5.10. Além disso, as definições do Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações são expressamente aplicáveis a casos de verificação de controle e propriedade cruzada vedados, exatamente a questão em tela. Vejamos o texto do Regulamento:

Art. 1º No exercício das funções de órgão regulador e de órgão competente para controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, no setor de telecomunicações, a Anatel, com vistas à apuração de controle e de transferência de controle que sejam objeto de vedação, restrição, limites ou condicionamentos, adotará os seguintes conceitos:

I - Controladora: pessoa natural ou jurídica ou ainda o grupo de pessoas que detiver, isolada ou conjuntamente, o poder de controle sobre pessoa jurídica;

II - Controle: poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa.

§ 1º Sem prejuízo de outras situações fáticas ou jurídicas que se enquadrem no conceito de Controladora, para fins de evitar fraude às vedações legais e regulamentares à propriedade cruzada e à concentração econômica e de resguardar a livre concorrência e o direito dos consumidores de serviços de telecomunicações, é equiparada a Controladora a pessoa que, direta ou indiretamente:

I - participe ou indique pessoa para membro de Conselho de Administração, da Diretoria ou órgão com atribuição equivalente, de outra empresa ou de sua controladora;

II - tiver direito de veto estatutário ou contratual em qualquer matéria ou deliberação da outra;

III - possua poderes suficientes para, por qualquer mecanismo formal ou informal, impedir a verificação de quórum qualificado de instalação ou deliberação exigido, por força de disposição estatutária ou contratual, em relação às deliberações da outra, ressalvadas as hipóteses previstas em lei;

IV - detenha ações ou quotas da outra, de classe tal que assegure o direito de voto em separado a que se refere o art. 16, III, da Lei nº 6.404/76.

§ 2º Para efeito deste Regulamento, o funcionamento da empresa compreende, entre outros aspectos, o planejamento empresarial e a definição de políticas econômico- financeiras, tecnológicas, de engenharia, de mercado e de preços ou de descontos e reduções tarifárias.

4.2.5.11. É importante destacar mais uma vez que estamos verificando a adequação da NET, empresa prestadora de serviços de telecomunicações, e não da GLOBOPAR ou qualquer outra empresa do Grupo Globo à regulamentação setorial. Portanto, não há que se falar em extrapolação da normas da Anatel para empresas não reguladas pela Agência, como quer o parecer trazido aos autos pelo Grupo Globo.

4.2.5.12. Assim, tendo em vista que o Grupo Globo passará a indicar 2 membros para o Conselho de Administração e continuará a possuir poder de veto em ampla gama de matérias da NET, situação que se subsume perfeitamente ao disposto nos incisos I e II do § 1º do art. 1º do Regulamento aprovado pela Resolução nº 101/1999, não há como negar que após a efetivação da operação em análise, o Grupo Globo continuará a exercer, de forma compartilhada, o controle da NET.

4.2.5.13. Por outro lado, a abrangência das limitações a serem impostas aos poderes de acionista do Grupo Globo na NET deve ser avaliada em uma interpretação sistemática da própria Lei nº 12.485/2011 em face da Resolução nº 101/1999. Explico.

4.2.5.14. A referida lei dividiu em quatro as atividades de provimento de conteúdo audiovisual por meio de acesso condicionado, a saber: produção, programação, empacotamento e distribuição. Dessas, somente a atividade de distribuição foi enquadrada como serviço de telecomunicações, no caso o Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), ficando, portanto, sob regulação da Anatel. As demais atividades estão sob regulação da Ancine.

4.2.5.15. Além disso, a lei em comento trouxe limites à propriedade cruzada e à prestação direta de três dessas atividades. De forma simplificada, quem distribui – ou de forma mais ampla presta qualquer de serviço de telecomunicações – não pode produzir, programar ou prestar serviço de radiodifusão e vice versa. O art. 5º da lei assim dispõe:

*Art. 5.º O **controle** ou a **titularidade de participação superior a 50%** (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas **prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido**, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, **por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.***

§ 1.º O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

4.2.5.16. Contudo, como se pode ver acima, a lei não fez qualquer limitação à atividade de

empacotamento, que pode ser exercida tanto por distribuidores (prestadores de serviço de telecomunicações) quanto por programadores, produtores e radiodifusores.

4.2.5.17. Dessa forma, a Lei nº 12.485/2011 permitiu que a NET exerça as atividades de distribuição e de empacotamento. Entretanto, como demonstrado anteriormente, somente a atividade de distribuição foi considerada como serviço de telecomunicações e sob regulação desta Agência. Não há como negar, portanto, que a aplicação da Resolução nº 101/1999 deve se ater a esses limites, sob pena de invasão de competência de outro órgão regulador.

4.2.5.18. Dito isso, considero que a situação societária atual da NET será incompatível com a Lei nº 12.485/2011 a partir da vigência de seu art. 5º (12 de setembro de 2012) e, portanto, determino que essa prestadora apresente, em até 90 dias antes do início da vigência do art. 5º da Lei nº 12.485/2011, pedido de anuência prévia para alteração dos seus instrumentos societários de forma que retire todos os poderes decisórios do Grupo Globo, ao menos nos assuntos relacionados a quaisquer serviços de telecomunicações prestados pela Net, o que deverá abranger todos os incisos do § 1º do art. 1º do Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, inclusive com a vedação até mesmo à presença de representantes do Grupo Globo em qualquer deliberação, formal ou não, dos assuntos citados.

4.2.5.19. Ressalto, todavia, que caso a NET opte pela manutenção dos atuais poderes do Grupo Globo nas demais matérias que não versem sobre serviços de telecomunicações, a autorização desta Agência para a mudança estará condicionada à real efetividade da estrutura proposta, tanto na análise da anuência prévia, quanto no acompanhamento da decisão da Anatel.

4.2.5.20. Isso significa que eventuais descumprimentos ou mesmo impactos negativos nos serviços de telecomunicações decorrentes da implementação da nova estrutura de controle a ser proposta podem resultar em restrições ainda maiores, sem que isso caracterize extrapolação dos poderes da Agência, já que, nesse caso, a regulação estará se adequando ao patamar que se revelar necessário e suficiente para a devida proteção aos serviços sob competência desta Agência.

4.2.5.21. Em relação aos demais aspectos regulatórios da operação, manifesto o meu suporte ao posicionamento da SCM e da PFE de que não foram identificados óbices regulatórios que pudessem conduzir a não concessão da anuência à operação, ressaltando a necessidade de comprovação da regularidade fiscal para a produção dos efeitos da anuência concedida pela Anatel.

4.2.5.22. Em relação à análise concorrencial gostaria de tecer alguns comentários que entendo necessários para uma melhor avaliação do caso sob análise. Primeiramente, é preciso ressaltar, mais uma vez, que os atuais dois grupos controladores, Grupo Globo e Grupo Telmex, continuarão a compartilhar o controle da companhia, resumindo-se, a operação em análise, à redistribuição de parcela deste controle.

4.2.5.23. Com isso, não é razoável esperar uma alteração significativa no grau de concorrência setorial e, mais particularmente, no nível de competição e/ou cooperação entre a NET a TVSAT e a Embratel, de modo a possibilitar externalidades econômicas positivas ou negativas perceptíveis.

4.2.5.24. Tal constatação, embora relativize a importância de análises de métrica de variações de concentração de mercados ou de investigação de possíveis benefícios econômicos decorrentes de ganhos de escala ou de escopo, não afasta a conveniência e a oportunidade de se proceder uma avaliação sistêmica sobre a dinâmica competitiva do mercado de TV por Assinatura no Brasil e eventuais riscos ou indícios de abuso de poder de mercado por parte de empresas dominantes.

4.2.5.25. Sendo assim, cabe destacar que o mercado de TV por Assinatura no Brasil sofreu nos últimos anos com a existência de barreiras legais e regulatórias que dificultaram, e em certos casos até mesmo impediam, o surgimento de novos prestadores.

4.2.5.26. A existência de limites ao número de outorgas em cada APS no caso da TV a Cabo e do MMDS, bem como a existência de restrições legais que bloqueavam a entrada dos grupos controladores de concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado nesse mercado, impediram durante anos o crescimento desses serviços. Somente mais recentemente nos últimos anos, com a expedição de novas outorgas para a exploração do DTH, pôde ser observado o início de uma nova fase de expansão desses Serviços de TV por Assinatura.

4.2.5.27. Tal situação explica em boa parte os altos valores encontrados pela SCM para o índice HHI (*Herfindahl–Hirschman Index*) nas APS analisadas, caracterizando um mercado bastante concentrado, com atuação significativa de apenas alguns agentes econômicos.

“5.42. Calculado o HHI do mercado relevante da NET SERVIÇOS e suas controladas, bem como o da EMBRATEL, pode-se perceber que os mercados nas 92 APS já se encontram fortemente concentrados, variando entre 2.500 e 8.500 pontos de HHI. Ademais, verifica-se que, se antes da operação, a maioria das APS possuía entre 2.500 e 6.000 pontos, após a operação essa concentração passaria para a faixa entre 4.000 e 7.000 pontos. Tais informações constam do item 5.170 do mencionado Informe e estão detalhadas nos quadros que a ele se seguem, os quais indicam, para cada uma das 92 APS, o HHI antes da operação, o HHI depois da operação e o Δ HHI. Resumidamente verificou-se que, “como resultado da operação, verifica-se que em 32 APS o \square HHI variou entre 0 e 999 pontos, em 50 APS o \square HHI variou entre 1.000 e 1.999 pontos e em 10 APS o \square HHI variou entre 2.000 e 2.700 pontos” (item 1.171 do Informe n.º 269/2011-CMLCE). Destaque-se que todas as informações utilizadas para as análises e cálculos realizados pela área técnica constam do Anexo 7.2 – Confidencial do mencionado Informe.”

4.2.5.28. Contudo, algumas medidas regulatórias recentes adotadas pela Anatel, como a edição do novo Planejamento de Outorgas do Serviço de TV a Cabo e MMDS, eliminando quaisquer limites numéricos à obtenção de outorgas desses serviços, bem como a recente publicação da Lei 12.485, de 12/09/2011, eliminando barreiras ao capital estrangeiro e a participação das concessionárias do STFC, sinalizam um novo cenário em um futuro próximo, no qual novas prestadoras devem atuar em um regime ampliado de competição com os atuais prestadores.

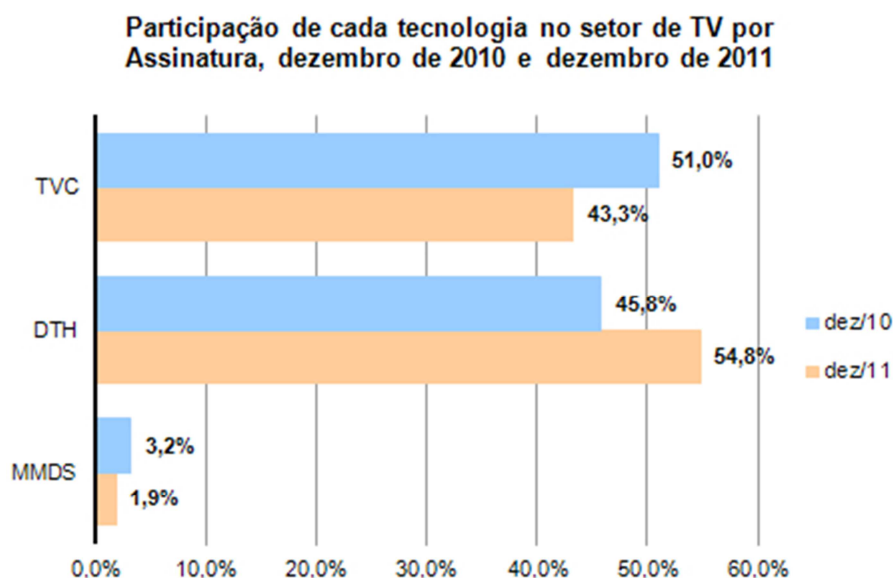
4.2.5.29. Os primeiros sinais de recrudescimento da competição e de ampliação do dinamismo do mercado de TV por Assinatura começaram a ser percebidos já no ano de 2010, que registrou um crescimento anual do número de assinaturas de 30,72%, frente a crescimentos de cerca de 18% ao ano em 2008 e 2009, performance repetida em 2011, conforme tabela abaixo.

Ano	Total de assinaturas	Novos assinantes (de janeiro a dezembro)	Crescimento Anual (%)
2006	4.583.125	406.767	9,7
2007	5.348.571	765.446	16,7
2008	6.320.852	972.281	18,18
2009	7.473.476	1.152.624	18,24
2010	9.768.993	2.295.517	30,72
2011	12.744.025	2.975.032	30,45

Fonte: Notícia vinculada pela Anatel em 20 de janeiro de 2012

(<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=24534>)

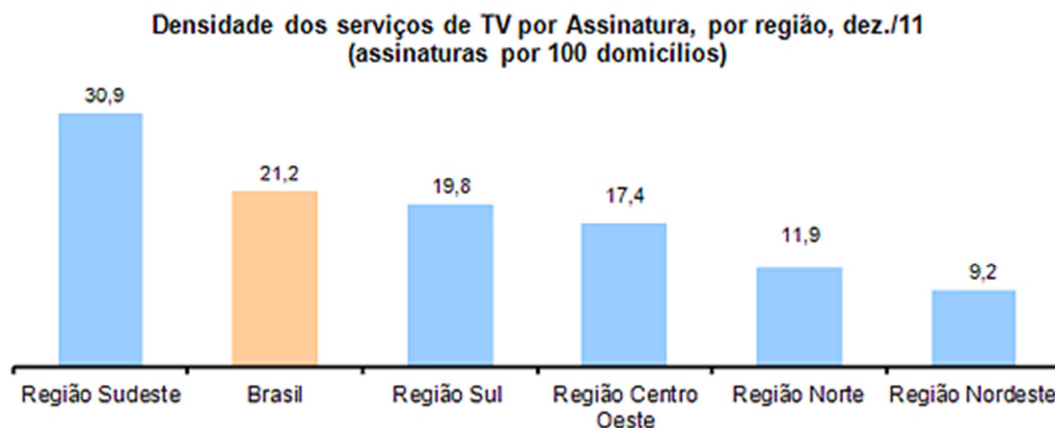
4.2.5.30. Em termos da evolução da tecnologia empregada, verificou-se uma perda de *market share* da TV a Cabo e MMDS (tecnologias exploradas pela NET), frente a forte expansão do serviço DTH, utilizada pela EMBRATEL.



Fonte: Notícia vinculada pela Anatel em 20 de janeiro de 2012

(<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=24534>)

4.2.5.31. Em relação ao grau de penetração do serviço de TV por Assinatura, apesar do forte crescimento observado nos últimos anos, estima-se que apenas 21,2% dos domicílios no país possuem acesso ao serviço, sendo que as regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste, justamente onde o dinamismo econômico atual é maior, apresentam grande potencial de crescimento.



Fonte: Notícia vinculada pela Anatel em 20 de janeiro de 2012

(<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=24534>)

4.2.5.32. Entendo que de forma geral e preliminar, conforme demonstrado no Informe Complementar da SCM nº 02/2012-CMLCE, os efeitos concorrenciais indesejáveis de uma provável aproximação na atuação da NET e da TVSAT decorrentes dessa operação, estão minimizados pela abertura do mercado de TV por Assinatura a novos prestadores, especialmente em função da possibilidade, bastante factível, do aumento da participação de grandes empresas que atuam em múltiplos serviços de telecomunicações, que já dispõe de parte da infraestrutura necessária e que podem se beneficiar de economias de escala e de escopo de forma mais expressiva do que a NET e a TVSAT, que naturalmente já exploram grande parte das oportunidades de cooperação possíveis, particularmente por meio de parcerias com a Embratel.

4.2.5.33. Pelo exposto acima, percebe-se que o mercado de TV por Assinatura no Brasil apresenta uma estrutura oligopolista, resultante da existência de economias de escala e de escopo, potencializada pelo processo de convergência digital, e pela existência de barreiras econômica à entrada de novos competidores.

4.2.5.34. Tal situação, no entanto, foi atacada pela remoção dos limites de outorgas da TV a Cabo e de MMDS, pela expansão das outorgas de DTH e pela Lei 12.485, de 12/09/2011, que deve alterar significativamente a estrutura concorrencial do mercado de TV por Assinatura nos próximos anos.

4.2.5.35. Resta claro, portanto, que uma análise mais aprofundada dos impactos concorrenciais da operação deverá ser realizada quando da apresentação do Ato de Concentração pelas Interessadas, momento no qual, caso seja necessário, poderão ser propostos condicionamentos necessários a garantir níveis adequados de competição nesse mercado.

4.2.5.36. Por fim, quanto ao prazo para análise do pedido de anuência prévia, estabelecido no art. 37 da Lei 12.485, concordo integralmente com o entendimento da PFE de que tal prazo ficou suspenso durante o período em que as Interessadas foram incitadas a apresentar informações que pudessem subsidiar a análise da área técnica e a decisão do Conselho Diretor.

4.2.5.37. Contudo, gostaria de ressaltar aos demais membros do Conselho Diretor que, mesmo considerando o entendimento manifestado pela PFE, já transcorreram 76 dias do prazo e que, portanto, restam apenas 14 dias para a manifestação final do Conselho Diretor sobre esta matéria.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, com fundamento nesta Análise, no Informe nº 269/2011-CMLCE, de 15/12/2011, no Parecer nº 1653/2011/LFF/PGF/PFE-Anatel, de 22/12/2011 e no Informe Complementar nº 02/2012-CMLCE, de 04/01/2012, proponho:

- a. Conceder anuência prévia ao pedido apresentado pelas empresas (i) NET Serviços (NET); (ii) NET Brasília (NET BRASÍLIA); (iii) NET Rio (NET RIO); (iv) NET São Paulo (NET SÃO PAULO); (v) GB Empreendimentos e Participações S.A. (GB); (vi) Globo Comunicação e Participações S.A. (GLOBOPAR); (vii) Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel (EMBRATEL); e (viii) Embratel Participações S.A. (EMBRAPAR), para a realização da operação de transferência de controle nos moldes constantes do Processo nº 53500.022775/2011;
- b. Determinar que a anuência prévia concedida no item “a” só produzira seus efeitos a partir da regularização fiscal das empresas (i) NET Serviços (NET); (ii) NET Brasília (NET BRASÍLIA); (iii) NET Rio (NET RIO); (iv) NET São Paulo (NET SÃO PAULO); (v) GB Empreendimentos e Participações S.A. (GB); (vi) Globo Comunicação e Participações S.A. (GLOBOPAR); (vii) Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel (EMBRATEL); e (viii) Embratel Participações S.A. (EMBRAPAR);
- c. Determinar que, em até 90 dias antes da entrada em vigor do art. 5º da Lei 12.485/2011, as Interessadas encaminhem à Anatel pedido de anuência prévia com proposta de solução para adequação da estrutura de controle da NET às disposições da referida Lei, conforme exposto nesta Análise.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO RELATOR

RODRIGO ZERBONE LOUREIRO