

Sumário (adicionado ao documento original)

Consulta

Parecer [reprodução dos itens constantes do tópico Parecer]

- I - Participação Societária em duas Pessoas Jurídicas que Exploram o mesmo Serviço de Telecomunicações na mesma Região
 - II - Previsão de Situação Ilegal ao Fim do Prazo de 18 meses
 - III - Deveres e Responsabilidade dos Administradores da Companhia
 - IV - Deveres e Responsabilidade do Acionista Controlador da companhia
 - V - Inexigibilidade de Obrigação cuja Prestação é Ilegal
 - VI - Impossibilidade superveniente de adimplir obrigação
- Resposta às consultas

PARECER JURÍDICO

Acordo de acionistas de sociedade controladora de companhia concessionária de serviços de telecomunicações. Exigibilidade de obrigação cujo adimplemento criará, segundo a legislação dos serviços de telecomunicações, impedimento a que a concessionária explore licenças de serviços de que é titular.

EXPOSIÇÃO DOS FATOS

Sociedade anônima (1ª Consulente) e sociedade limitada (2ª Consulente), em conjunto a seguir referidas como "Consulentes", assim expõem os fatos relativos à consulta:

"As Consulentes e JCC Telecom ("JCC") são acionistas da Águia Solpart Participações S.A. ("Águia"), sociedade controladora da Brasil Águia Participações Telecomunicações S.A. ("Telecomunicações S.A.") que, por sua vez, controla a Brasil Águia S.A. ("Brasil Águia"), concessionária de serviços de telefonia fixa na Região Y do Plano Geral de

Outorgas, aprovado pelo Decreto nº 2.534/1997 ("PGO"), correspondente aos territórios dos entes da Federação A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, L, M.

A Solpart foi constituída pelas Consulentes e pela Telecom BDA para participar do leilão de privatização da Telebras, no qual adquiriu o controle da Brasil Telecom Participações. Após o leilão e o exercício de opção de compra pela Telecom BDA, as Consulentes eram titulares de 61,99% do capital votante da Solpart e a Telecom BDA dos restantes 37,99%.

A Solpart é proprietária, nesta data, de 20,92% do total das ações da Brasil Telecom Participações e os restantes 79,08% são de propriedade do público investidor no Brasil e no exterior, com mais de 2 milhões de investidores minoritários e ações negociadas na Bovespa e na Bolsa de Nova York.

Em 00.07.1998 os sócios da Solpart firmaram acordo de acionistas para regular o exercício compartilhado do controle do grupo de sociedades Brasil Telecom (Brasil Telecom Participações e Brasil Telecom), e esse acordo assegurou à Telecom BDA, entre outros, direito de veto em determinadas questões e direito de eleger administradores da Solpart e suas então controladas.

A Brasil Telecom, como concessionária de serviço de telefonia, está sujeita a normas da legislação de telecomunicações, inclusive a constante do artigo 68 da Lei Geral de Telecomunicações do seguinte teor:

"Art. 68. É vedada, a uma mesma pessoa jurídica, a exploração, de forma direta ou indireta, de uma mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado, salvo em regiões, localidades ou áreas distintas".

Essa norma é repetida no artigo 9º do Regulamento que disciplina a Expedição de Autorização para Prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral (STFC), anexo à Resolução nº 283/01 da ANATEL, e no art. 8º do Plano Geral de Autorizações do Serviço Móvel Pessoal (PGA-SMP), aprovado pela Resolução nº 321/01 da ANATEL.

No início de 200Y a Brasil Telecom -- devido à relevância para a companhia do desenvolvimento de serviços de telefonia móvel -- tentou participar do primeiro leilão de venda de licenças de telefonia móvel (SMP), mas acabou sendo, de fato, impedida de licitar, vez que os representantes da Telecom BDA na administração da Solpart, da Brasil Telecom Participações e da Brasil Telecom inviabilizaram a aprovação do projeto em tempo hábil para a companhia finalizar sua proposta de compra.

Nada obstante, utilizando-se da oportunidade de negócio da Brasil Telecom, o Grupo Telecom BDA, através das suas subsidiárias Unicel S.A., Blucel S.A. e Starcel S.A., hoje reunidas na TIM Celular S.A. ("TIM"), adquiriu naquele leilão três licenças para explorar telefonia móvel (SMP) nas regiões I, II e III, o que lhes permite prestar esse serviço em todo o País, inclusive na área de atuação da Brasil Telecom; mas, pelo fato de a Telecom BDA ser acionista da Solpart e parte do acordo de acionistas desta, a TIM ficou impedida, nos termos da legislação pertinente, de explorar os serviços de telefonia móvel antes de 1º janeiro de 2004, salvo se a Brasil Telecom antecipasse as metas de universalização de serviço de telefonia fixa prevista para 31.12.2003.

A aquisição dessas licenças pela TIM criou, segundo a mesma legislação, impedimento a que a Brasil Telecom pudesse vir a explorar serviços de telefonia móvel inclusive na mesma área em que explora o serviço de telefonia fixa.

Em 2002, como a Brasil Telecom não antecipara as metas de universalização do serviço de telefonia fixa e ao Grupo Telecom BDA desejava iniciar, de imediato, através da sua subsidiária TIM, os serviços de telefonia móvel, as Consulentes e a Telecom BDA, por solicitação desta última, firmaram, em 27.08.2002, aditivo do acordo de acionistas da Solpart, que introduziu, além de modificações em diversos outros dispositivos do contrato, as seguintes alterações na posição da Telecom BDA, a fim de eliminar os impedimentos legais ao início da exploração dos serviços de telefonia móvel da TIM:

a) a participação da Telecom BDA no capital votante da Solpart foi reduzida de 37,29% para 19%, através da venda de ações para a Timepart e

a Techold, para que a Solpart deixasse de ser, segundo o artigo 2º da Resolução nº 101/99 da Anatel, coligada da Brasil Telecom; e

b) foi suspensa a eficácia das cláusulas do acordo que asseguravam à Telecom BDA direito de indicar administradores da Solpart e suas então controladas e direito de veto nas deliberações sociais, a fim de que deixasse de ser, conforme o artigo 1º da mesma Resolução, acionista controladora da Solpart.

O aditivo ao acordo estabeleceu ainda que (a) a Telecom BDA poderia exercer direito de recomprar as ações da Solpart vendidas à Techold e à Timepart, bem como que Techold e Timepart poderiam exercer o direito de revender à Telecom BDA as ações da Solpart desta adquiridas, em ambos os casos, entre outros, quando a Brasil Telecom cumprisse suas metas ou a partir de 01.01.2004, o que ocorresse em primeiro lugar; e (b) a suspensão dos direitos da Telecom BDA teria por termo a recompra dessas ações e sua reintegração no grupo de controle da Solpart.

No curso das negociações do aditivo ao acordo a Telecom BDA propôs a inclusão no aditamento de estipulações segundo as quais as Consulentes se obrigariam a fazer com que a Brasil Telecom não explorasse novos serviços, inclusive o de telefonia móvel, que de alguma forma impedissem o retorno da Telecom BDA ao bloco de controle da Brasil Telecom, mas essas propostas não foram aceitas pelas Consulentes e o aditivo não contém qualquer limitação à expansão das atividades da Brasil Telecom.

Em 00.001.200X, quando a Telecom BDA já deixara de integrar o grupo de controle da Solpart, a Anatel promoveu leilão para outorga de novas licenças de serviços de telefonia móvel e os administradores da Brasil Telecom entenderam que tinham o dever legal de aproveitar essa oportunidade, tendo em vista que (i) essa era oportunidade excepcional para que a companhia adquirisse licença para a exploração do serviço pessoal móvel, sobretudo na Região II, área na qual já prestava serviços de telefonia fixa, (ii) a exploração desses serviços era fundamental para preservar, a longo prazo, condições de competição e desenvolvimento da companhia, e (iii) com a saída da Telecom do bloco de controle, deixara de existir o impedimento legal a que a Brasil Telecom explorasse serviço de

telefonia móvel; e, como a Brasil Telecom foi a única a apresentar oferta nesta nova licitação de SMP, para os lotes 4, 5 e 6, na sub-faixa de frequência Banda E, a Anatel outorgou à sua subsidiária integral Brasil Telecom Celular S.A. ("Brasil Telecom Celular") licença para explorar esse serviço.

Um mês depois (em 00.01.200X) a Anatel, atendendo a solicitações formuladas pelas sociedades hoje reunidas na TIM, expediu autorização para que a Telecom BDA explorasse o serviço de telefonia de longa distância nacional e internacional. Em 00.00.200x+4, A Anatel formalizou a outorga à Brasil Telecom de licenças, para que explorasse o serviço de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, a que ela tinha direito desde a privatização em 1998.

Em consequência da aquisição dessas licenças pela Brasil Telecom, pela Brasil Telecom Celular e pela TIM, o cumprimento das estipulações do aditivo ao acordo de acionistas da Solpart que previam o restabelecimento da participação da Telecom BDA no controle da Solpart passou a ter por efeito criar a situação do impedimento prevista no artigo 68 da Lei Geral de Telecomunicações, no artigo 9º do anexo à Resolução nº 283/01 e no artigo 8º do PGA-SMP, pois tanto as Consulentes quanto o Grupo Telecom BDA seriam controladores de pessoas jurídicas explorando, na mesma área, serviços de telefonia móvel e de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional.

Em setembro de 200x3 a Telecom BDA solicitou à Anatel a confirmação de que podia voltar a participar do bloco de controle da Brasil Telecom.

Em 00.00.200X+3 as Consulentes, na forma do acordo de acionistas da Solpart, submeteram a disputa privada com a Telecom BDA e a Telecom BDA S.p.A., para ser solucionada por arbitragem conduzida de acordo com as regras da Câmara de Comércio Internacional.

A Anatel, embora reconhecendo a existência do impedimento legal, em 00.01.200X+4, fixou o prazo de 18 meses para que as partes interessadas resolvessem a questão, durante o qual a Telecom BDA não

pode participar, em todas as instâncias decisórias, das deliberações sobre matérias relacionadas a outorgas em que houver superposição.

Em 00.01.2004 a Telecom BDA notificou as Consulentes, pedindo a execução das estipulações do acordo que previam a volta da Telecom BDA ao grupo de controle da Solpart, o que as Consulentes recusaram, diante das consequências para a Brasil Telecom da situação de violação de normas legais.

Essa matéria, e seus desdobramentos, é objeto de litígio judicial estabelecido entre as partes no foro desta cidade e seus aspectos concorrenciais são objeto de análise pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CONSULTA

As Consulentes formulam as seguintes questões:

"1ª) A legislação dos serviços de telecomunicações veda ao Grupo Telecom BDA ser, simultaneamente, controladora da TIM e membro do grupo de controle da Solpart, controladora indireta da Brasil Telecom e da Brasil Telecom Celular?

2ª) A execução das estipulações do aditamento ao acordo de acionistas da Solpart que visam a reintegrar a Telecom BDA no grupo de controle da Brasil Telecom criará a situação vedada pelo artigo 68 da Lei Geral de Telecomunicações, pelo artigo 9º do Anexo à Resolução nº 283/01 e pelo artigo 8º do PGA-SMP pois o Grupo Telecom BDA estará participando, de forma indireta, do controle da Brasil Telecom e da Brasil Telecom Celular e da TIM, que exploram o mesmo serviço de telefonia móvel e de longa distância nacional e internacional nas mesmas Regiões ?

3ª) Os administradores da Brasil Telecom tinham o dever legal de aproveitar, em novembro de 2002, a oportunidade, criada pela Anatel, de adquirir, em licitação pública, a licença de exploração de serviços de telefonia móvel na Região II? Tinham igualmente o dever legal de solicitar a formalização da expedição de outorgas para que a Brasil Telecom pudesse explorar os serviços de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, nas Regiões I, II e III ?

4ª) As Consulentes, únicas controladoras da Solpart ao tempo em que a Brasil Telecom adquiriu a licença de serviços de telefonia móvel e teve expedidas as outorgas para explorar os serviços de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, podiam validamente determinar aos administradores da Brasil Telecom que esta não adquirisse a licença de serviços de telefonia móvel e não pleiteasse a expedição de licenças para os serviços de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional ?

5ª) Existindo a previsão da situação ilegal referida na resposta à segunda questão, pode a Telecom BDA validamente exigir das Consulentes o cumprimento das estipulações contratuais de readmissão da Telecom BDA ao grupo de controle da Brasil Telecom?

6ª) Existindo a previsão da situação ilegal referida na resposta à segunda questão, as Consulentes estão obrigadas a cumprir as obrigações contratuais para restabelecer a Telecom BDA como parte do grupo de controle da Brasil Telecom ?"

PARECER

I - PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA EM DUAS PESSOAS JURÍDICAS QUE EXPLORAM O MESMO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES NA MESMA REGIÃO

1. A companhia, ou sociedade anônima, que explora serviços de telecomunicações está sujeita, simultaneamente, (a) à Lei das S.A. (nº 6.404/76), que regula, de um modo geral, a constituição e o funcionamento das sociedades empresárias organizadas com a forma de companhia, e (b) ao direito público da economia, que regula os serviços de telecomunicações com normas sobre participação societária e controle das sociedades concessionárias ou permissionárias desses serviços, e seus controladores, que criam limitações legais à liberdade de contratar que se sobrepõem aos aspectos exclusivamente privados da companhia porque visam a proteger o interesse público.

2. Os serviços de telecomunicações são regulados pela Lei nº 9.472, de 16.07.97 ("Lei Geral de Telecomunicações"), que dispõe sobre o regime jurídico desses serviços e cria para o poder público o dever de "adotar

medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços ..." (art. 2º, III), acrescentando no artigo 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 de ordem econômica."

São transcritas a seguir algumas normas da Lei Geral de Telecomunicações que interessam à resposta da consulta:

"Art. 68 - É vedada, a uma mesma pessoa jurídica, a exploração, de forma direta ou indireta, de uma mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado, salvo em regiões, localidades ou áreas distintas.

Art. 71 - Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência (Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel) poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

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

Art. 97 - Dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.

Art. 173 - A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - caducidade;

V - declaração de inidoneidade.

Art. 181 - A caducidade importará na extinção da concessão, permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de frequência, nos casos previstos nesta lei."

3. No exercício das atribuições que lhe confere a Lei Geral de Telecomunicações, a Anatel expediu a Resolução nº 101, de 04.02.99, regulamentando as normas legais relativas à apuração e transferência do controle das empresas de telecomunicações, a qual adotou conceito de controle que compreende tanto o controle interno da companhia, regulado pela Lei das S.A., quanto o chamado "controle externo", fundado em relações contratuais da companhia com terceiros e em relações de poder nos mercados. Essa Resolução contém, dentre outras, as seguintes regras:

a) é equiparada à controladora a pessoa que, direta ou indiretamente, (i) indique pessoa para membro de Conselho de Administração, da Diretoria ou órgão com atribuição equivalente, de outra empresa ou de sua controladora; ou (ii) tenha direito de veto estatutário ou contratual, em qualquer matéria ou deliberação da outra (art. 1º, II e § 1º, I e II);

b) uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se detiver, direta ou indiretamente, pelo menos vinte por cento de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos vinte por cento, pela mesma pessoa natural ou jurídica (art. 2º).

4. A legislação de serviços de telecomunicações cria, portanto, requisitos e proibições relativos (a) à participação de sócios, (b) ao exercício do direito de voto, (c) ao exercício do poder de controle, e (d) à indicação de administradores das concessionárias e permissionárias dos serviços de telecomunicações e seus controladores; e sancionam essas normas com penas impostas às concessionárias e permissionárias, que vão desde a advertência e multa até o cancelamento das concessões ou licenças.

Cabe destacar que essas sanções não se aplicam apenas a infrações cometidas pelas concessionárias ou permissionárias, mas a situações criadas por atos dos seus sócios e controladores, dentre os quais cabe destacar (a) a aquisição, além de determinadas porcentagens, de ações com direito de voto de concessionárias ou permissionárias e seus controladores, (b) a participação como membro do Conselho de Administração, da Diretoria ou de órgão com atribuição equivalente, (c) a indicação de pessoa para membro desses órgãos, (d) a participação no grupo controlador de concessionária ou permissionária, e (e) a exploração, direta ou indiretamente, dos mesmos ou de outros serviços de telecomunicações.

Vale dizer: segundo a legislação citada, a companhia concessionária ou permissionária de serviços de telecomunicações pode sofrer sanções, inclusive a caducidade da concessão ou licença, em razão de atos praticados por seus sócios e controladores.

5. Essa peculiaridade da legislação dos serviços de telecomunicações fundamenta, logicamente, as seguintes proposições:

a) os órgãos sociais da concessionária ou permissionária e das sociedades que a controlam têm o direito de adotar as providências necessárias para evitar que sócios ou controladores da companhia pratiquem atos que criem impedimentos para a sociedade ou a sujeitem a sanções administrativas;

b) os sócios e controladores de concessionária ou permissionária têm o dever de não praticar os atos que sejam vedados, ou criem situações vedadas pela lei de telecomunicações;

c) a sociedade controladora de concessionária ou permissionária organizada com a forma de companhia que, segundo a lei, tem o dever de usar o poder de controle com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social e não pode agir contra o interesse da companhia, tem o dever de não praticar -- e de usar de todos os meios de que disponha para evitar que sejam praticados por outros sócios -- atos que constituem infrações à legislação de telecomunicações e sujeitem a companhia a sanções impostas pela Anatel, ou criem situações que,

segundo essa legislação, impeçam a companhia de realizar seu objeto social.

6. Os fatos descritos na consulta exemplificam essa peculiaridade da legislação:

a) quando o Grupo Telecom BDA, apesar de compartilhar do controle da Solpart, utilizou oportunidade de negócio de interesse da Brasil Telecom e adquiriu em leilão, através de subsidiárias hoje reunidas na TIM, licença para explorar serviço de telefonia móvel (SMP) inclusive na Região em que a Brasil Telecom presta serviço de telefonia fixa, criou o impedimento constante do artigo 68 da Lei Geral de Telecomunicações e do artigo 8º do PGA-SMP a que a Brasil Telecom adquirisse outras licenças de telefonia móvel na sua área, que eram importantes para sua expansão e sobrevivência;

b) a Telecom BDA firmou com as Consulentes o aditamento ao acordo de acionistas da Solpart com o fim de perder a qualidade de acionista controlador da Brasil Telecom de modo a que a TIM pudesse iniciar imediatamente a exploração do serviço de telefonia móvel; mas ao eliminar o seu impedimento à exploração do serviço de telefonia móvel, eliminou também o impedimento da Brasil Telecom para adquirir licença do mesmo serviço;

c) quando a Brasil Telecom adquiriu, em licitação, a licença para explorar serviço de telefonia móvel, e também quando solicitou que fossem formalizadas as outorgas para exploração dos serviços de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, não estava impedida de o fazer pela legislação de telecomunicações nem pelo aditivo ao acordo de acionistas da Solpart, mas dessas aquisições, bem como da aquisição pelo Grupo Telecom BDA, através da TIM, de autorizações para explorar o serviço de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, resultaram a criação de impedimento para que a Telecom BDA volte a ser membro do grupo de controle da Solpart; esse impedimento surgiu, portanto, em razão de ato da Brasil Telecom e da Telecom BDA, e não das Consulentes.

7. A Anatel, em decisão constante do Ato nº 41.780/2004, apreciando o pedido da Telecom BDA para voltar ao grupo de controle da Solpart, embora tenha "anuído com a operação de retorno da Telecom BDA Internacional N. V." ao grupo de controle da Solpart Participações S.A. (art. 7º), não o fez porque entendesse que não havia a superposição de licenças vedada pela lei e sim porque sua decisão compreendeu simultaneamente o seguinte:

"Estabelecer que, enquanto permanecerem as superposições das mencionadas outorgas, a TELECOM BDA INTERNACIONAL N.V., direta ou indiretamente, fica impedida de participar, em todas as instâncias decisórias, das decisões sobre matérias relacionadas a estas outorgas."

Ou seja, segundo o que consta no Ato da Anatel, a Telecom BDA pode voltar a integrar temporariamente o grupo de controle mas não pode exercer o poder de controle, com o que fica eliminada a razão de ser do impedimento legal.

A existência do impedimento é confirmada no artigo 9º do Ato, do seguinte teor:

"Estabelecer o prazo máximo de 18 (dezoito) meses contado da publicação deste Ato, para que as empresas do grupo Telecom BDA Internacional N.V. e Brasil Telecom Celular S.A., detentoras de Autorizações para prestação do SMP, adotem as medidas necessárias para que deixe de haver a superposição de outorgas em relação à Região II do PGA - SMP, sob pena de aplicação das sanções previstas na legislação."

O ato da Anatel confirma, portanto, que a legislação dos serviços telecomunicações veda ao Grupo Telecom BDA ser, simultaneamente, controladora da TIM e membro do grupo de controle da Solpart e, portanto, controlador indireto da Brasil Telecom e da Brasil Telecom Celular.

II - PREVISÃO DE SITUAÇÃO ILEGAL AO FIM DO

PRAZO DE 18 MESES

8. No artigo 8º do Ato nº 41.780/2004 a Anatel estabelece o prazo de 18 meses para que as empresas dos grupos Telecom BDA e Brasil Telecom

"adotem as medidas necessárias para que deixe de haver superposição de outorgas". Essas medidas são negócios jurídicos que modifiquem as participações societárias e a influência que asseguram aos dois grupos a exploração indireta da TIM e da Brasil Telecom. Se os dois grupos acordarem nessas modificações, o impedimento legal ficará eliminado, mas há que se admitir a hipótese de que não sendo alcançado esse acordo, as superposições de outorgas continuarão a existir se e quando as estipulações do aditamento ao acordo de acionistas da Solpart que visam a reintegrar a Telecom BDA ao grupo de controle da Brasil Telecom forem executadas.

Isto é confirmado pela Anatel ao prestar informações ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE sobre o seu Ato nº 41.780/2004, ao registrar que:

"Com isso, seria mantida a condição necessária para se buscar uma alternativa, entre os envolvidos, no prazo regulamentar de 18 meses, passado o qual, caso não haja, solução para o conflito, além das penalidades aplicáveis, caberá à Anatel a retomada, das outorgas e sua transferência por meio de licitação." (grifos aditados)

Enquanto essas determinações não forem executadas, continuará a existir a situação na qual a Brasil Telecom e a Brasil Telecom Celular possuem licenças de exploração de telefonia móvel e de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, ou seja, de inexistência de impedimento à exploração dessas licenças.

O impedimento será criado, portanto, pela reintegração da Telecom BDA no grupo de controle da Solpart.

III - DEVERES E RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DA COMPANHIA

9. Cabe agora verificar se os atos praticados pelos administradores da Brasil Telecom ao concorrer à licitação aberta pela Anatel para outorgar licenças de serviços de telefonia móvel e, tendo a companhia sido vencedora nessa licitação, pediram e aceitaram a outorga dessa licença, bem como das licenças para explorar o serviço de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, embora não tenham -- como demonstrado nas questões anteriores -- infringido a

legislação de telecomunicações, podem ser considerados ilícitos segundo a Lei das S.A.

10. Diversas normas da Lei das S.A. dispõem sobre os deveres e a responsabilidade dos administradores (membros do Conselho de Administração e Diretores) e, para efeito das respostas às questões da consulta, cabe destacar as seguintes:

a) o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios (art. 153);

b) o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa (art. 154);

c) o administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para a defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres (art. 154, § 1º);

d) o administrador deve servir com lealdade à companhia, sendo-lhe vedado omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia (art. 155, II).

11. A responsabilidade dos administradores é definida no seguinte artigo da lei:

"Art. 158 - O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto."

O § 3º do artigo 117 dispõe que o acionista controlador que exerce cargo de administrador tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

A ação de responsabilidade civil contra administrador é regulada no artigo 159 e pode ser promovida pela companhia ou, observados os requisitos da lei, por acionistas (art. 159, §§ 3º e 4º).

12. Os administradores da Brasil Telecom, ao participarem da licitação aberta pela Anatel para aquisição de novas licenças de telefonia móvel não infringiram nenhum dispositivo legal mas cumpriram os deveres que lhes são impostos pela Lei das S.A. Da mesma forma, eles cumpriram seus deveres legais ao solicitar a formalização da expedição de outorgas para explorar os serviços de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional:

a) a aquisição da habilitação para explorar o serviço móvel era da maior importância para a Brasil Telecom e a licitação de novas licenças de SMP era oportunidade excepcional para que a Brasil Telecom alcançasse o objetivo de explorar aqueles serviços;

b) a exploração dos serviços de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, era também essencial para o Brasil Telecom realizar seu objeto social;

c) a Lei das S.A. impunha aos administradores da Brasil Telecom os deveres de exercer suas atribuições para lograr os fins e no interesse da companhia (art. 154), e os proibia de deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia (art. 155, II).

13. Cabe apreciar, finalmente, se o fato de o acordo de acionistas da Solpart estar arquivado na sede da Brasil Telecom e estipular, dentre outros aspectos, a volta da Telecom BDA ao grupo de controle quando a Brasil Telecom cumprisse suas metas, ou a partir de 01.01.2004, o que ocorresse em primeiro lugar, impedia os administradores da companhia de adquirir as licenças.

Os acordos de acionistas são contratos mediante os quais os acionistas criam entre si obrigações e direitos relativos ao exercício de

direitos conferidos por ações, que têm por objeto a compra e venda de ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito de voto ou do poder de controle (Lei das S.A., art. 118).

Embora a Lei das S.A. disponha que os acordos de acionistas "deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede" (art. 118), as partes do acordo são, por definição, os acionistas que o firmam, e não a companhia; e a lei prescreve à companhia sua observância quando o cumprimento das obrigações nele previstas implicam atos da companhia, como ocorre, por exemplo, com o registro nos livros sociais de negócios contratados no acordo que tenham por objeto as ações.

Acresce que o § 2º do artigo 118 da Lei das S.A. dispõe que os acordos de acionistas "não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (art. 115) ou do poder de controle (arts. 116 a 117)"; por conseguinte, os direitos estipulados no acordo de que são titulares membros do grupo controlador e cujo exercício constitua ato de abuso do poder de controle são inválidos não podem ser exercidos, nem devem ser observados pela companhia.

Os sujeitos passivos das obrigações previstas no aditamento ao acordo para reingresso da Telecom BDA no grupo de controle da Solpart (opções de compra e venda de ações e término da suspensão de vigência de diversas cláusulas contratuais) são os acionistas que firmaram o acordo, e não a Solpart e suas controladas, nem os administradores dessas sociedades.

Acresce que o reingresso da Telecom BDA no grupo de controle da Solpart era questão de interesse exclusivo dos acionistas partes no acordo, enquanto que a obtenção de licença para explorar serviço de telefonia móvel e de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, era do interesse social da Brasil Telecom, isto é, do conjunto de todos os seus acionistas, que compreende, além das partes do acordo de acionistas, mais de 2 milhões de pessoas que, no Brasil e no exterior, são titulares de aproximadamente 80% das ações emitidas pela companhia.

14. A leitura das normas da Lei das S.A. que definem os deveres dos administradores deixa evidente que os administradores da Brasil Telecom tinham o dever legal de aproveitar, em novembro de 2002, a oportunidade

de adquirir as licenças de exploração do serviço de telefonia móvel, e praticariam ato ilícito caso deixassem de agir no interesse da companhia a pretexto de que a aquisição das licenças criaria impedimento à reintegração da Telecom BDA no grupo de controle da Solpart.

IV - DEVERES E RESPONSABILIDADE DO ACIONISTA CONTROLADOR DA COMPANHIA

15. A Lei das S.A. regula com normas especiais os deveres e a responsabilidade do acionista controlador, cargo que se sobrepõe à estrutura formal dos órgãos da companhia quando um acionista torna-se titular de ações em quantidade suficiente para determinar as deliberações da Assembleia Geral ou dois ou mais acionistas se organizam para formar a maioria mediante exercício de seus votos de modo uniforme. Esse acionista, ou grupo de acionistas, passa a determinar as deliberações da Assembleia Geral e a comandar os órgãos administrativos de modo permanente -- independentemente de reunião da Assembleia.

A realidade da economia brasileira, na qual a companhia sem acionista controlador é excepcional, levou a Lei nº 6.404/76 a regular os deveres e responsabilidade do controlador.

16. A regra básica do comportamento do acionista controlador, constante do parágrafo único do artigo 116, é a seguinte:

"O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender."

17. A posição jurídica do acionista controlador é essencialmente diferente da dos acionistas não controladores, cuja função se resume a votar na Assembleia Geral para formar a vontade social, enquanto que o acionista controlador determina as deliberações da Assembleia Geral, dirige as atividades sociais e orienta o funcionamento dos órgãos da companhia.

Essa diferença explica a orientação da lei de submeter o acionista controlador a regime próprio, distinto daquele dos demais acionistas: (a) os

únicos deveres que a lei impõe aos acionistas não controladores são os de integralizar o preço de emissão das ações subscritas (art. 106) e exercer no interesse da companhia o direito de voto na Assembleia Geral (art. 115), mas não são obrigados nem a comparecer às reuniões da Assembleia Geral nem a votar; (b) o acionista controlador, diferentemente, tem o dever de usar o poder de controle com o fim de fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social (art. 116, parágrafo único), e diversas outras normas da lei criam regras sobre seu comportamento e sua responsabilidade por atos praticados com abuso de poder (art. 117).

18. As normas do § 1º do artigo 117 que definem -- exemplificativamente -- modalidades de abuso de poder do acionista controlador confirmam que esse poder somente pode ser usado no interesse da companhia; e, para efeito da resposta às questões da consulta, cabe destacar os seguintes exemplos de abuso de poder constantes das alíneas do § 1º do artigo 117:

a) levar a companhia a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira (alínea "a");

b) promover a adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízos a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa e aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia (alínea "c");

c) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal (alínea "e").

Se o controle é exercido por grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, as normas sobre deveres e responsabilidade do acionista controlador se aplicam a todos os integrantes do grupo; e o ato (comissivo ou omissivo) do membro do grupo controlador lesivo ao interesse da companhia é ilícito, e dele resulta o dever de indenizar os danos causados à companhia e a terceiros.

19. A leitura das modalidades de abuso do poder de controle constantes do § 1º do artigo 117 da Lei das S.A. deixa evidente que nem a Solpart nem as Consulentes, como únicas controladoras da Solpart, podiam validamente

determinar aos administradores da Brasil Telecom que não adquirissem as licenças de serviço de telefonia móvel, e de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, pois incorreriam em abuso do poder de controle nas seguintes modalidades previstas no § 1º do artigo 117:

a) estariam levando a Brasil Telecom a favorecer o Grupo Telecom BDA;

b) estariam promovendo decisões dos administradores da Brasil Telecom que não tinham por fim o interesse da companhia e que viriam a causar prejuízos a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa, aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia e ao mercado de telecomunicações;

c) estariam induzindo os administradores da Brasil Telecom a praticar ato ilegal pois estes -- como demonstrado no item III -- tinham o dever de adquirir as licenças.

V - INEXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO CUJA PRESTAÇÃO É ILEGAL

20. As Consulentes ajustaram com a Telecom BDA, no aditamento ao acordo de acionistas da Solpart, estipulações cujo fim era reintegrar a Telecom BDA ao grupo de controle da Brasil Telecom quando eliminado o impedimento legal para que esta explorasse licença de serviço de telefonia móvel na Região II; mas quando a Telecom BDA adquiriu autorização para explorar os serviços de longa distância nacional e internacional em todo o País e quando a Brasil Telecom adquiriu em leilão as licenças de serviço de telefonia móvel e, posteriormente, de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, a reintegração da Telecom BDA no grupo de controle da Solpart tornou-se ilegal, como demonstrado nos itens I e II deste parecer.

Por conseguinte, enquanto perdurar a superposição de licenças entre a Brasil Telecom, Brasil Telecom Celular e a TIM, a Telecom BDA não pode exigir o cumprimento das obrigações constantes do acordo de acionistas para sua volta ao grupo de controle da Solpart, porque as prestações dessas obrigações consistem em atos que constituem infrações às

normas da legislação dos serviços de telecomunicações, sujeitas às sanções previstas nessa legislação.

A validade das estipulações do acordo de acionistas, como de qualquer outro negócio jurídico, requer objeto lícito (Cód. Civil, art. 104), e o objeto das obrigações criadas por acordo de acionistas é o exercício de direitos conferidos pelas ações. Por conseguinte, a existência, validade e exigibilidade dessas obrigações pressupõem que tenham por objeto atos lícitos, segundo as normas legais e estatutárias aplicáveis; e as obrigações estipuladas no acordo de acionistas que conflitam com essas normas não são válidas nem exigíveis.

No caso dos acordos de acionistas, essa proposição é confirmada pelo § 2º do artigo 118 da Lei das S.A., segundo o qual os acordos de acionistas "não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (art. 115) ou do poder de controle (arts. 116 a 117)"; por conseguinte, os direitos estipulados no acordo que tenham por objeto atos vedados pela lei são inválidos e não podem ser exercidos.

As obrigações assumidas pelas Consulentes de reintegrar a Telecom BDA no grupo de controle da Solpart eram válidas no momento em que foram contraídas, mas a partir da aquisição, pela Brasil Telecom Celular, de licença de serviço de telefonia móvel e pela Brasil Telecom e pela TIM de licenças para explorar o serviço de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, passaram a ter objeto ilícito, porque a lei veda que o Grupo Telecom BDA explore, indireta e simultaneamente, na mesma Região, e através de duas pessoas jurídicas, os serviços de telefonia móvel e de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional.

VI - IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DE ADIMPLIR OBRIGAÇÃO

21. O Código Civil brasileiro dispõe, no artigo 104, que a validade do negócio jurídico requer objeto lícito e possível, e no artigo 396 que "não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora"; e, embora não use expressamente o conceito de "impossibilidade superveniente", a doutrina distingue entre a possibilidade do objeto da

obrigação no momento da formação do negócio jurídico -- que o torna nulo, segundo o artigo 104 do Código Civil -- e a impossibilidade que surge depois da formação válida do negócio, compreendida na norma do artigo 396 do Código Civil.

ORLANDO GOMES (2004, pág. 172) assim explica esse conceito:

"113 - *Inadimplemento Fortuito*. O adimplemento da obrigação pode ser obstado por fato não imputável ao devedor.

A inexecução decorrente do acaso caracteriza-se pela impossibilidade da prestação, determinada por evento estranho e superior à vontade do devedor. Deve tratar-se, obviamente, de *impossibilidade superveniente*, visto como, se for originária, a relação obrigacional será nula."

A impossibilidade pode ser física ou jurídica, e ORLANDO GOMES (ob. cit., p. 147) assim explica a diferença:

"115 - *Espécies de Impossibilidade*. Costuma-se distinguir a *impossibilidade física da impossibilidade jurídica*. Física quando provém de acontecimento natural. Se o devedor deixa de entregar a coisa, por ter sido destruída por um terremoto, há impossibilidade material de cumprir a obrigação. *Impossibilidade jurídica* ocorre quando o obstáculo ao inadimplemento resulta de prescrição legal."

Essa questão foi também analisada por FRANCISCO CAMPOS (1956, págs. 109-120), que assim resume o entendimento das diversas legislações sobre a matéria:

"Em última análise, seja para nosso Código Civil (arts. 865 e 879), seja para o alemão (§ 275), seja para o francês (art. 1.147), seja para o italiano (art. 1.225), o fundamento da exoneração do devedor, assim da prestação prometida, como das perdas e danos, é a impossibilidade de execução por fato ou circunstância que não possa ser imputada ao devedor, ou a ausência de falta ou de culpa por parte do devedor em relação ao evento que tornou impossível a prestação. A causa da exoneração é, em suma a inexistência de falta.

Ora, não foi por falta ou culpa da promitente vendedora que esta não pôde executar a obrigação. A impossibilidade da execução resultou de fato estranho à sua vontade ou que lhe não pode ser imputado. Nem o devedor

poderia, quando assumiu a obrigação, prever a futura impossibilidade de executá-la, nem estar no seu poder eliminar a impossibilidade atual que se opõe à execução. Caracteriza-se, desta maneira, a hipótese de caso fortuito ou força maior, que, a um só tempo, exime o devedor da execução da obrigação da promessa e o exonera da consequência normal da inexecução das obrigações, a qual consiste na reparação do prejuízo.

Pouco importa que a impossibilidade não resulte de um fato natural. A impossibilidade que se origina de um fato jurídico tem o mesmo efeito que a resultante de fato ou acontecimento da natureza. Assim, o fato do Príncipe ou o ato da autoridade pública pode constituir obstáculo ou impossibilidade à execução de uma obrigação ao mesmo título ou com a mesma força que um fato da natureza." (...) (pp. 114-5)

É juridicamente impossível a prestação cujo cumprimento foi obstado por proibição legal" (ORLANDO GOMES, ob. cit., p. 173). É fácil compreender o fundamento dessa proposição: se o objeto da prestação é ato do devedor que, segundo a legislação, tornou-se ilícito após a criação da obrigação, o ordenamento jurídico seria contraditório se assegurasse a tutela do Estado ao credor da obrigação para exigir que o devedor praticasse ato que, segundo o mesmo ordenamento jurídico não pode ser praticado -- é ilícito sujeito a sanção.

Embora distinguindo entre ilegalidade e impossibilidade, a doutrina inglesa conduz ao mesmo resultado, segundo P.S. ATIYAH (1995, págs. 231/232);

"Problema similar ocorre quando o cumprimento do contrato se torna não impossível, porém ilegal, depois da sua criação. Nesses casos, ainda, prima facie o contrato será dissolvido por tal modificação na lei porque "não pode haver inadimplemento em não fazer aquilo que a lei proíbe de ser feito."

LUIGI MOSCO 1958, págs. 431-2), assim expõe a questão no direito italiano, ressaltando o aspecto -- presente na questão objeto da consulta -- da prevalência de interesses públicos sobre os do credor, como causa de impossibilidade jurídica superveniente de cumprimento da obrigação:

"O segundo grupo de interesses, que colidindo com aquele do credor, prevalecem sobre este, em sendo seguramente superior, é o relativo à

economia pública. Nosso ordenamento jurídico vigente tutela sob múltiplos aspectos e com variadíssimos meios os interesses da economia pública, e revela a tendência mais acentuada a subordinar a satisfação dos interesses econômicos individuais à consecução do bem estar econômico coletivo.

(...)

Uma acentuação da tutela dos interesses públicos prevalecentes sobre aqueles econômicos privados existe em outro relevantíssimo grupo de hipóteses, nas quais a prevalência da tutela pode assumir o aspecto de um verdadeiro e próprio comando negativo específico, isto é, de uma proibição de adimplir. Este é o vastíssimo grupo de hipóteses nas quais em virtude de uma norma específica pública, penal, administrativa ou fiscal, que impõe ao devedor um certo comportamento conforme o interesse público tutelado, aquele se encontre na impossibilidade de adimplir.

(...).

Em todas as hipóteses deste grupo o obstáculo que se interpõe ao adimplemento é de índole jurídica, e por esta razão é nitidamente prevalecente a tendência doutrinária a classificar todas essas hipóteses como hipóteses de impossibilidade jurídica." (grifos aditados)

A impossibilidade pode ser definitiva e temporária. (ORLANDO GOMES (ob. cit., p. 147) assim expõe a distinção:

"Importante a distinção entre impossibilidade definitiva e temporária.

A rigor, somente a impossibilidade definitiva exonera o devedor. A impossibilidade temporária apenas retarda o adimplemento da obrigação. Da natureza transitória do obstáculo resulta que o devedor pode satisfazer, mais tarde, a prestação, salvo em alguns contratos, nos quais é essencial o termo para o cumprimento da obrigação. Se a procrastinação dura tanto que a prestação se torna inútil para o credor, também não se lhe pode exigir que espere indefinitivamente. Extinguindo essa obrigação por impossibilidade transitória, o credor não tem direito a exigir seu cumprimento quando se torne possível."

No mesmo sentido é a lição de FRANCISCO CAMPOS (ob. cit., p. 115):

"A impossibilidade, para que resolva a obrigação, não há de ser momentânea, passageira ou transitória. O fato que apenas de modo passageiro ou transitório se opõe à execução somente libera da mora o devedor; não tem, entretanto, a força de resolver os laços da obrigação. Desaparecido o obstáculo, o credor pode exigir o cumprimento da obrigação."

LUIGI MOSCO (ob. cit., p. 435) assim explica a mesma distinção:

"24. *Impossibilidade Temporária e Impossibilidade Definitiva* - A impossibilidade da prestação poderia ser, antes que definitiva, temporária; o que tem lugar quando o obstáculo de fato ou de direito que se opõe ao adimplemento é atualmente insuperável, mas se pode prever que com o decurso do tempo possa desaparecer.

(...)

Mas a impossibilidade temporária, quando o obstáculo perdura, pode também transformar-se em impossibilidade definitiva, e portanto produzir a liberação completa do devedor."

No caso da consulta, a impossibilidade do cumprimento da obrigação pode deixar de existir caso haja alteração na legislação dos serviços de telecomunicações, ou qualquer outro fato, que elimine a proibição que impede o cumprimento da obrigação.

RESPOSTA ÀS CONSULTAS

22. Com esses fundamentos, assim respondemos às questões da consulta:

1ª) A legislação dos serviços de telecomunicações veda à Telecom BDA ser, simultaneamente, controladora da TIM e membro do grupo de controle da Solpart, controladora da Brasil Telecom e da Telecom Celular.

2ª) A execução das estipulações do aditamento ao acordo de acionistas da Solpart para reintegrar a Telecom BDA no grupo de controle da Brasil Telecom criará a situação vedada pelo artigo 68 da Lei Geral de Telecomunicações, pelo artigo 9º do anexo à Resolução nº 283/01 e pelo artigo 8º do PGA-SMP, pois o Grupo Telecom BDA estará participando, de forma indireta, da Brasil Telecom e da Brasil Telecom Celular e da TIM, que exploram o mesmo serviço de telefonia móvel e de telefonia fixa, nas

modalidades de longa distância nacional e internacional, nas mesmas Regiões.

3ª) Os administradores da Brasil Telecom tinham o dever legal de aproveitar, em novembro de 2002, a oportunidade criada pela Anatel de a Brasil Telecom adquirir, em licitação pública, a licença de exploração de serviço de telefonia móvel. Tinham, igualmente, o dever legal de formular solicitação para que a Anatel adotasse as providências para assegurar à Brasil Telecom a exploração de serviço de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, nas Regiões I, II e III do PGO.

4ª) As Consulentes, únicas controladoras da Solpart ao tempo em que a Brasil Telecom adquiriu as licenças de serviços de telefonia móvel e fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional, praticariam ato de abuso de poder de controle se determinassem aos administradores da Brasil Telecom que esta não adquirisse a licença de serviço de telefonia móvel e não adotassem as providências para assegurar a exploração dos serviços de telefonia fixa, nas modalidades de longa distância nacional e internacional.

5ª) A Telecom BDA não pode validamente exigir das Consulentes o cumprimento das estipulações contratuais de readmissão da Telecom BDA ao grupo de controle da Brasil Telecom porque essa readmissão criaria situação vedada pela Lei Geral de Telecomunicações.

6ª) As Consulentes não estão obrigadas a cumprir as obrigações contratuais para readmitir a Telecom BDA ao grupo do controle da Brasil Telecom enquanto existir a previsão de que esta readmissão criará a situação vedada pela Lei Geral de Telecomunicações.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 8 de junho de 2004