

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR**EMENTA**

PROCESSO ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA. INDEFERIMENTO. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE PROVA. NÃO IMPUGNAÇÃO DE PROVA EXISTENTE NOS AUTOS. QUESTÃO DE DIREITO E DE FATO, COM ELEMENTOS DE DECIDIR JÁ EXISTENTES NOS AUTOS. PRECEDENTES JUDICIAIS. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA. RECUSA EM CONTRATAR SINAL ABERTO DE TELEVISÃO. DIREITO DE ACESSO. “ESSENTIAL FACILITY” DENÚNCIA DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE. LEI Nº 8.884/94 ART. 20 INCISOS I,II E IV, ART. 21 INCISOS V, VI E XIII. LEI Nº 9.742/97. LEI Nº 8.977/95. PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. SUSPENSÃO DA PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. MULTA POR INFRAÇÃO À LEI DA CONCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE MEDIDA PREVENTIVA: ACESSO IMEDIATO E IMEDIATA ABERTURA DE NEGOCIAÇÃO.

PRELIMINARMENTE

1. As Representadas protocolizaram, em 22 de fevereiro de 2001, requerimento de retirada do presente feito da pauta, com a finalidade de poderem realizar pesquisa de opinião pública, com a qual pretendem provar que a pesquisa juntada aos autos pela Representante não condiz com a realidade.
2. Verifica-se, pelos documentos já constantes dos autos, que o documento contra o qual pretendem insurgir-se as Representadas, foi juntado em **29 de novembro de 2000**. Em **18 de dezembro de 2000**, as Representadas requereram cópia dos documentos já juntados, dentre eles a pesquisa feita pela Representante e Parecer da lavra do Eminentíssimo jurista e ex-Presidente desta Autarquia, Professor WERTER FARIA.
3. As cópias foram autorizadas. Depois daquele pedido de cópias, outros também foram autorizados às Representadas.
4. O processo foi incluído em pauta para julgamento, em **21 de fevereiro de 2001**, tendo sido seu julgamento adiado para o dia 07 de março de 2001, por indicação do Relator.

5. Observe-se que no dia **20** de fevereiro, as Representadas entregam pessoalmente MEMORIAIS, nos quais consta especificamente o **requerimento de arquivamento do processo**. Somente no dia **22 de fevereiro** é que protocolizam petição em que requerem a retirada do processo da pauta, para que possam produzir provas.

6. Ora, o **artigo 130** do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do disposto no artigo 83 da Lei nº 8.884/94, determina expressamente que *“caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”*.

7. Por sua vez, o **artigo 330, I**, do CPC, determina ainda que *“o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença... I- quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”*.

8. Deve ser considerada também a disposição contida no **artigo 334 do CPC**, segundo a qual *“não dependem de prova os fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos no processo como incontroversos...”*

9. Ora, como se demonstrará no decorrer do voto, os elementos de decidir se fundam na legislação pertinente à matéria, **questão de direito**, e em documentos originários das próprias Representadas, que valem confissão, **questão de fato**.

10. Saliento que este processo administrativo, ajuizado como averiguação preliminar, foi protocolizado em **setembro de 1998**, quando se requereu medida provisória (aliás, indeferida pela ANATEL). Foi distribuído ao meu gabinete em **02 de março de 2000**. Foi remetido à douta Procuradoria em **11 de abril de 2000**. Ante as diligências solicitadas pelo douto Procurador, Dr. José Cândido de Carvalho Júnior, foi o processo, depois de realizadas, remetido novamente à Procuradoria em **24 de julho de 2000**.

11. A Jurisprudência dos Tribunais é pacífica, quando afirma que o indeferimento de prova requerida por uma das partes **não se constitui em cerceamento**, quando a prova requerida é inútil, desnecessária ou mesmo protelatória. Haja vista as seguintes Ementas, que são suficientemente claras e abrangentes:

EMENTA: Processual. Recurso especial. Prova pericial. Julgamento antecipado. Cerceamento de Defesa. Inocorrência. Torna-se desnecessária nova perícia, quando a parte contrária não impugna a existente nos autos, realizada em outro processo. O juiz pode indeferir diligências inúteis e protelatórias; o laudo pericial não condiciona o seu convencimento, que poderá ser formado à luz dos demais elementos constantes dos autos (Arts. **130 e 436** do CPC). Sendo a questão de direito e de fato é **prescindível** a produção de outras **provas** em audiência. O juiz conhecerá diretamente do pedido (CPC 330), não podendo a parte, que contribuiu para a antecipação desse conhecimento, alegar posteriormente **cerceamento** de defesa. Recurso não conhecido.

(RESP. 13378/ES – DJ 29.06.1992, p. 10299 – Rel. Min. Peçanha Martins – Data da decisão: 18/05/1992 – 2ª Turma – Unanimidade).

EMENTA: Contrato de revenda e distribuição. Desfazimento (resilição). Pedido de indenização (rejeição). Julgamento antecipado da lide. Perícia. **Cerceamento** de defesa (**improcedência**). Recurso (deficiência).

É lícito ao juiz conhecer diretamente do pedido, “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir **prova** em audiência” (Cód. De Pr. Civil, art. 330, I). Em tal sentido, é-lhe lícito assim proceder, em estando o processo “suficientemente instruído para julgamento, tanto assim que realmente não tive dificuldades para apreciar o mérito”, ou porque só se justificaria a perícia se assegurado o direito (an), a saber, “como o pedido é genérico, essa apuração de danos teria, necessariamente, no caso de procedência do pedido, de ser delegada para a fase liquidatória”.

É inadmissível o recurso especial, “quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (Súmula 284/STF). Mostra-se deficiente o recurso, se, em suas razões, **não se justifica a necessidade da prova**, deixando de mencionar com precisão os fatos sobre os quais haveria de recair a **prova**. Também é deficiente se, quanto ao mérito da causa, não o enfrenta à luz de preceito de direito material.

Inocorrência de ofensa aos arts. **130 e 330, I** do Cód. De Pr. Civil.

Dissídio inexistente, bem sequer regularmente comprovado.

Recursos especiais não conhecidos.

(RESP 202077/MG – DJ 08.03.2000, p. 00106 – Rel. Min. Nilson Naves – Data da decisão: 18.11.1999 – 3ª Turma – Unanimidade).

EMENTA: Processal civil. Alegação de **cerceamento** de defesa. Inocorrência. CPC, arts. **130** e 165. CTN art. 148.

Se a prova, por cuja produção a recorrente protestou, é insuficiente para infirmar a autuação contra que se insurge, não há identificar tenha o acórdão recorrido, confirmatório da sentença que julgou antecipadamente a lide, violado os arts. **130** e 165 do CPC.

O art. 148 do CTN não é aplicável ao caso, pois o que se discute é a penalidade imposta à recorrente e não o tributo devido.

Dissenso pretoriano não caracterizado. Aplicação do art. 255 e parágrafos do RISTJ.

Recurso especial não conhecido.

(**RESP** 38985/SP – DJ 07.10.1996, p. 37624 – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – Data da decisão: 12.09.1996 – 2ª Turma – Unanimidade).

EMENTA: Processual civil – Agravo regimental – Agravo de Instrumento – Artigo 535 do CPC – **Cerceamento de defesa – Inocorrência** – Prequestionamento – Ausência – Súmula 93/STJ – Dissídio jurisprudencial não configurado.

Todas as questões postas em juízo foram devidamente analisadas e decididas, pelo que não há que se falar em violação ao artigo 535 do CPC.

Se os elementos presentes nos autos são suficientes à formação da convicção do julgador, o julgamento antecipado da lide não configura **cerceamento** de defesa, nem ofensa ao artigo 740, mas aplicação de seu parágrafo único.

Quando aos artigos **130**, 463 e 515 do CPC; ao Decreto nº 22.626/33 e ao artigo 253 do Código Comercial restou ausente o requisito do prequestionamento. Incidência da Súmula 211/STJ.

O posicionamento adotado pelo Tribunal a quo encontra-se em perfeita harmonia com a jurisprudência consolidada desta Corte, consubstanciada na Súmula 93.

Divergência jurisprudencial não configurada.

Agravo regimental improvido.

(**AGA** 261401/SP – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento - DJ 26.06.2000, p. 00168 – Rel. Min. Waldemar Zveiter – Data da decisão: 15.05.2000 – 3ª Turma – Unanimidade).

12. Diante do exposto, com base na lei e na jurisprudência pacífica, **voto pelo indeferimento da prova requerida**, tendo em vista que, como será de-

monstrado, **a matéria formadora do convencimento - de direito e de fato - já está integralmente nos autos.**

NO MÉRITO

13. Este Processo Administrativo, cujo contexto fático consta do relatório acima, foi instaurado pela TVA, atual GALAXY, contra a TV GLOBO LTDA. e TV GLOBO SÃO PAULO LTDA., com a denúncia de exercício de abuso de posição dominante no mercado, através da recusa em contratar e conduta discriminatória.

14. A denúncia se alicerça no fato de a TVA, através de sua distribuidora de serviços de DTH, a DIRECTV, ter demonstrado interesse na retransmissão do sinal da GLOBO nos mesmos moldes do contrato estabelecido entre esta emissora e a NETSAT Serviços Ltda. - SKY, empresa distribuidora do serviço de DTH, filiada à GLOBO. As representadas se recusaram a contratar sem apresentar justificativa como suporte de sua atitude, deixando de responder à reiterada correspondência que lhes foi enviada.

15. É importante assinalar que o presente processo foi instaurado contra a TV GLOBO, e não contra a SKY. Esta empresa faz parte do processo simplesmente por estar no mesmo mercado que a DIRECTV e ser concorrente desta, sendo desta forma o comparativo para a denúncia de ação discriminatória. A presença da NETSAT Serviços Ltda. é equiparável à de mera assistência, nos termos do artigo 50 do Código de Processo Civil, pois que o ato questionado é o das representadas acima mencionadas. Sua presença no processo administrativo não é necessária, nem a decisão lhe poderá ser de alguma forma contrária.

16. A TVA – GALAXY, através da DIRECTV demonstrou por meio de pesquisas de opinião, que o sinal da TV Globo é um diferencial - valor agregado que interfere na escolha do consumidor, fazendo com que a falta do mesmo signifique perda do mercado. Tal fato foi apontado pela própria Globo, a fls. 689 e seguintes, como uma vantagem concorrencial.

17. Diante deste contexto factual a representante apresentou denúncia na ANATEL, que instaurou, após Averiguação Preliminar, Processo Administrativo, decidindo pelo seu arquivamento e remetendo-o a este Conselho.

DISTINÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO DOS SINAIS DE TELEVISÃO

18. TV ABERTA OU REDE ABERTA - A TV aberta é um serviço de interesse público oferecido gratuitamente para o consumidor. Para dispor de tal serviço apenas precisa ter o aparelho de televisão. As emissoras que distribuem sinais na TV aberta são: GLOBO, SBT, REDE RECORD, TV CULTURA, MANCHETE, BANDEIRANTES...

19. TV POR ASSINATURA - A TV por assinatura tem um custo para o usuário, custo este que é variável de acordo com a tecnologia utilizada. Existem basicamente 3 tipos de TV por assinatura: TV a cabo, sistema MMDS e DTH.

20. As diferenças entre a TV por assinatura e a rede aberta estão na variedade de programação oferecida, forma de transmissão, qualidade (um maior número de canais e programação estrangeira), e a qualidade na recepção do som e da imagem, dentre outras.

21. Para que se tenha acesso à TV por assinatura é necessário que se adquira equipamento especial para a recepção.

22. TV A CABO e MMDS - A TV a cabo e MMDS são substitutos quase perfeitos do ponto de vista do consumidor, pois têm custos financeiros equivalentes, e oferecem o mesmo tipo de serviço com variedades semelhantes. A diferença está na qualidade de recepção que pode variar.

23. O sistema MMDS é transmitido via microondas, e pode variar de acordo com as características do meio físico (topografia, densidade de prédios altos etc.), pois está sujeito a interferências dessas características. Já o sistema a cabo transmite os sinais por cabos, tendo desta forma condições menos variáveis.

24. É ponto pacífico entre Representante e Representadas que os canais da rede aberta devem estar acessíveis ao sistema por assinatura de TV a cabo. O que se discute é se os sistemas, também por assinatura, de MMDS e DTH também teriam direito ao acesso aos canais da rede aberta. A lei invocada, no caso, é a **Lei nº 8.977/95**, e nela especificamente o **artigo 23**, conhecido na linguagem técnica como dispositivo “**must carry**”.

25. Além dos canais da rede aberta a TV por assinatura transmite canais como HBO, CNN, BBC, ESPN e outros....

26. SISTEMA DE DTH (DIRECT TO HOME) - A superioridade em qualidade, variedade, alcance e preço diferencia este sistema dos acima cita-

dos. Este sistema possui um decodificador e uma antena especiais que aumentam o preço do serviço. Este sistema é transmitido via satélite. Para cada distribuidor do serviço – NETSAT e DIRECTV - existe um equipamento diferente.

27. Os canais transmitidos pelo sistema de DTH são praticamente os mesmos, a grande diferença é a qualidade da imagem e do som. O sinal da rede aberta é transmitido por este sistema, mediante contrato específico com as emissoras da rede aberta. Para recepção deste sinal existe um sistema de chaves “A-B” que desconecta a TV do sistema de DTH ligando-o à antena “normal”.

DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE – PRODUTO

28. **RICHARD WHISH** ensina que, para se verificar se uma empresa é detentora de posição dominante, há que serem examinadas preambularmente algumas questões complexas. É essencial salientar que a dominância não existe em abstrato, mas em relação a um determinado mercado. Daí a necessidade da análise do mercado em três perspectivas: **o mercado do produto, o mercado geográfico e o mercado temporal** ⁽¹⁾.

29. O poder de mercado somente pode existir em relação ao fornecimento de uma particular classe de bens ou serviços. O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia afirmou, no caso *Continental Can*, que, para identificação de uma posição dominante, a delimitação do mercado do produto era de importância crucial. Observa, contudo, WHISH que “o Tribunal não traçou um teste definitivo do que constitui o mercado relevante quanto ao produto, mas é possível extrair de seus julgamentos que a questão é vista essencialmente sob a ótica da **permutabilidade** (*interchangeability*). Quando os bens ou serviços podem ser vistos como **intercambiáveis**, eles estão dentro do mesmo mercado do produto. São os conceitos que o Tribunal da Comunidade traçou em *Continental Can* e *United Brands* ⁽²⁾.

¹ *Competition Law*. Third edition. London, Butterworths, 1993, p. 248-249.

² No caso *Continental Can*, o Tribunal afirma que, para se delimitar o mercado do produto, se deve investigar “*aquelas características dos produtos em questão em virtude das quais eles são particularmente aptos para satisfazer uma necessidade inelástica e são, somente dentro de uma limitada extensão, intercambiáveis com outros produtos*” (Caso 6/72 [1973]). Semelhantemente, no caso *United Brands*, em que o apelante argumentava que bananas pertenciam ao mesmo mercado de outras frutas, o Tribunal afirmou que tal questão estaria na dependência de bananas poderem

30. Do ponto de vista da intercambiabilidade, pode-se dizer, no presente caso que o mercado relevante, quanto ao produto, é o de **serviços de distribuição de sinais de televisão e de áudio via satélite - DTH** (direct to home).

DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE – GEOGRÁFICO

31. Quanto à dimensão geográfica do mercado em questão, a representada aponta o abrangente das cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre, sendo, portanto, **regional**, pois que é nessas cidades que a DIRECTV pretende acesso imediato ao sinal aberto, nas mesmas condições em que é concedido atualmente à SKY. A definição da Comissão Européia, que inspirou a definição da legislação brasileira, assim se expressa:

“o mercado geográfico relevante é o território no qual as empresas interessadas intervêm na oferta e procura de produtos ou serviços, no qual as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e em que as condições de concorrência são substancialmente distintas das prevalecentes em territórios vizinhos.”

32. É verdade que a Globo transmite seu sinal para todo o **território nacional** de maneira uniforme, e não somente para as capitais acima citadas, e a DIRECTV presta serviços para todo o Brasil, e não somente para aquelas cidades. Em que pese o **interesse imediato** da representante e a recusa das representadas se refira especificamente a estas cidades, entendo que o mercado relevante geográfico é de **âmbito nacional**.

33. É importante lembrar o julgamento no caso UNITED BRANDS v. Commission, em que a Comissão declara que as oportunidades para concorrência devem ser claramente definidas numa área geográfica em que o produto é comercializado e onde as condições sejam suficientemente homogêneas para o efeito de se poder avaliar o poder econômico da empresa investigada.

POSIÇÃO DOMINANTE DAS REPRESENTADAS

ser “*diferenciadas por características especiais que as distingam de outras frutas de sorte que sejam dentro de determinado limite intercambiáveis com elas e estejam expostas à sua concorrência de uma forma dificilmente perceptível*” (Caso 27/76 [1978]).

34. Assinale-se que as Representadas, como elas próprias reconhecem e confessam, exercem patente domínio de mercado quanto à **rede aberta**, detendo aproximadamente **50%** (cinquenta por cento) do total de telespectadores, **70%** (setenta por cento) do total de anúncios comerciais, um faturamento que, apesar de desconhecido seu exato valor, é possível supor que seja bem elevado, além, é claro, da notória preferência nacional pelas novelas e telejornais. Assim, é claro o seu domínio de mercado, como elas próprias reconhecem através do documento que foi juntado aos autos em 09 de janeiro de 2001, relativo à **Conferência** ocorrida em Nova York, no mês de outubro de 2000, promovida pela **Goldman Sachs**, empresa contratada pela Globo para vender ADR's da Globo Cabo (³). Ao tecer o perfil da empresa, está perfeitamente delineada a sua posição dominante no mercado brasileiro.:

“Perfil da empresa:

“A Globo Cabo é a maior empresa de transmissão a cabo do Brasil, com 1,47 milhões de assinantes, 78% dos cabos e 47% de todos os assinantes de TV-paga. O maior centro de concentração da Globo Cabo tem sido nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro. Com a aquisição da Net-Sul em 3Q2000, a Globo Cabo aumentou sua base de assinaturas em 34% e ganhou uma presença dominante no sul do País. A Globo Cabo comprou também recentemente a VICOM, uma estrutura empresarial de corporação de dados que utiliza uma rede de satélite para fornecer a seus clientes serviços de dados e redes fechadas de comunicação. Em janeiro de 2000, a Globo Cabo lançou comercialmente o seu serviço de acesso à Internet, VIRTUA, que, combinado com um provedor de serviço de Internet (ISP), dá aos consumidores um amplo acesso à Internet por meio de um modem a cabo. O capital votante da Globo Cabo é controlado pela família que controla a Globo, a maior empresa de comunicação do Brasil. Há atualmente 275.9 milhões de ADR-equivalentes emitidas e a pagar e o flutuante público é atualmente de 19.98% do total das ações emitidas.”(⁴).

³ As ADR, abreviação de “*American Depositary Receipt*”. São recibos de depósitos de ações. Recibo de ações de uma companhia sediada fora dos EUA, custodiado por um banco nos EUA e outorgando ao acionista o direito sobre todos os dividendos e ganhos de capital. Em vez de comprar ações de companhias estrangeiras nos mercados externos, os norte-americanos podem comprá-las nos EUA sob forma de uma ADR. Existem ADRs para centenas de ações de companhias sediadas em diversos países. Os ADRs também são denominados *American Depositary Shares*.

⁴ “Company profile

“Globo Cabo is Brazil’s largest cable company, with 1.47 million subscribers, a 78% share of cable and a 47% share of all Pay TV subscribers. Globo Cabo” traditional

35. O mesmo documento menciona ainda as participações do BRADESCO, da MICROSOFT, do BNDESPar e RBS.

36. A plena confiança em sua dominação no mercado pode ser vista na afirmação contida no mesmo documento:

“ A competição mercadológica deverá reverter-se a favor da Globo cabo:

1. [...] A competição entre as empresas de tv por assinatura no Brasil tem sido dominada nestes últimos anos pelos provedores de DTH, o que tem dado a eles um domínio maior do mercado. Mas a competição neste mercado encontra algumas barreiras e limitações, como a “Lei de obrigação de carregar” (must-carry) que, por outro lado são favoráveis à Globo Cabo. [...]

“A Lei de must-carry nem sempre se aplica, ferindo assim a TVA e a DIRECTV, duas das maiores competidoras da Globo Cabo.

Como resultado das relações íntimas com a maior rede de televisão nacional, a TV Globo, e a frouxa legislação de must-carry, nós acreditamos que a Globo Cabo possui uma significativa vantagem de programação perante estas grandes competidoras.”

[...]

“ Nós não prevemos nenhuma mudança adversa na atual legislação governamental que possa causar impacto no valor das ADR's da Globo Cabo. A mudança na legislação que mais afeta os negócios da Globo Cabo é a lei de must-carry para a programação nacional, que apenas se aplica às empresas de tv a cabo (e não p/ MMDS e DTH). Se a Lei de must-carry for estendida às empresas de DTH e MMDS, isto se-

stronghold has been in the major cities of São Paulo and Rio de Janeiro. With the acquisition of Net Sul in 3Q2000, Globo Cabo increased its subscriber base by 34% and gained a dominant presence in the south of the country. Globo Cabo also recently purchased VICOM, a corporate data infrastructure company that utilizes a satellite-based network to provide its customers with data services and closed communication networks. In January 2000, Globo Cabo commercially launched its Internet access service, Virtua, which combined with an Internet service provider (ISP), provides consumers with broadband Internet access via a cable modem. Globo Cabo's voting stock is controlled by the family that controls Globo, Brazil's largest media company.¹ There are currently 275.9 million ADR-equivalents outstanding and the public float is currently 19.98% of total shares outstanding”.

ria negativo para a Globo Cabo, porque nós acreditamos que competidores como TVA e Galaxy (DIRECTV) seriam beneficiadas pelo fato de poderem carregar a programação da TV Globo. Entretanto, nós não prevemos nenhuma mudança na legislação de must-carry.”

“Porém a Lei de must-carry não se aplica aos sistemas de MMDS e DTH. Hoje, as TV’s abertas podem excluir seu sinal da programação destas empresas, e a Globo, a maior do país, a exclui.”

[...]

“Por que algumas TV’s abertas **restringem a retransmissão pelos serviços de TV PAGA?**

A resposta se sustenta no **conflito de interesses e lucros**. Por exemplo, a Globo controla a TV Globo que detém 50% da audiência nacional. Controla ainda a Globo Cabo, a maior empresa de cabo e a NetSat, uma das duas maiores provedoras de DTH. A Globo reconhece que possui a mais valiosa programação do país, e é compreensível que **não esteja disposta a abrir mão dela para um provedor de um serviço que provavelmente o levará, eventualmente, a fazer com que a Globo perca sua liderança na audiência**. A Globo ainda reconhece que pode oferecer à Globo Cabo e à NetSat uma vantagem competitiva sobre os competidores dos sistemas de MMDS e DTH, através do fornecimento de **retransmissão exclusiva** na maior parte das regiões cobertas pelo sinal da Globo. Como resultado, em nossa opinião, **apenas a determinação governamental poderá mudar a posição da Globo.**”

[...]

“E das duas maiores provedoras de DTH no país, somente a subsidiária da Globo carrega o sinal da Globo, DIRECTV não o carrega” (5).

⁵ Competitive tide should turn in Globo Cabo’s favor. Subscriber growth for Globo Cabo is likely to be impacted by competitive dynamics but we believe that the current competitive trend is in Globo Cabo’s favor. Competition in Brazil’s Pay TV market has been dominated in recent years by the emergence of satellite direct-to-home (DTH) providers which have grown their market share substantially. But the competitive landscape is also impacted by some limited overbuilding and favorable “must-carry” laws for Globo Cabo”“We do not foresee any adverse government regulatory changes impacting the value of Globo Cabo ADRs. The regulation that most affects Globo Cabo’s video business is a must-carry law for broadcast programming that only applies to cable TV Companies (not MMDS or DTH). If must-carry laws were extended to include MMDS and DTH systems, this would be a negative to Globo Cabo because we believe competitors such as TVA and Galaxy Latin America

37. A segurança em seu predomínio a leva a enfatizar a previsão de um reduzido desempenho da ANATEL, como se pode ver pelas próprias palavras do conteúdo do texto:

ANATEL é a instituição reguladora brasileira encarregada de fiscalizar as empresas públicas de telecomunicação. Dentre seus encargos e competências se inclui a outorga de um limitado número de concessões, o estabelecimento de exigências de universalidade do serviço e de qualidade e continuidade do serviço, e a potencial imposição de sanções contra concessionários que infrinjam as normas de concessão. A fiscalização da ANATEL dos operadores privados é geralmente limitada ao estabelecimento de normas técnicas e regras de interconexão e emissão de licenças”. (6).

38. Entendem as Representadas que a lei existente não se aplica aos sistemas MMDS e DTH, *verbis*:

“As normas de obrigação de transmissão (must-carry laws) não são sempre aplicadas, prejudicando a TVA e DirectTV, dois dentre os maiores competidores da Globo Cabo.

“Como um resultado da estreita vinculação da Globo Cabo com a maior emissora de televisão do País, TV Globo, e as frouxas regulações de obrigação de transmitir, acreditamos que a Globo Cabo goza de uma significativa vantagem e programação sobre dois ou três de seus maiores competidores. TVA, segunda empresa a cabo do Brasil e primeira empresa MMDS, é uma subsidiária do conglomerado brasileiro de Comunicação ABRIL e opera principalmente em São Paulo e Rio. As leis de obrigação de transmitir (must carry laws) aplicam-se ao cabo, o que significa que tanto TVA quanto Globo Cabo transmitem as mesmas programações de televisão nestes mercados para suas franquias a cabo. Mas as normas de obrigatoriedade de transmissão (must-

would benefit from being able to carry TV Globo. However, we do not anticipate any change in the must-carry law.

⁶ “ANATEL is the Brazilian regulatory body in charge of oversight of public telecommunications companies. Its duties and responsibilities include the granting of a limited number of concessions, the establishment of universal service requirements and quality and continuity of service requirements, and the potential enforcement of sanctions against concessionaires that fail to meet concession requirements. ANATEL’s oversight of private operators is generally limited to the establishment of technical norms and interconnection rules and the issuance of licenses”.

carry laws) não se aplicam aos sistemas MMDS e DTH. Como resultado, os negócios MMDS da TVA no Rio de Janeiro não transmitem a Globo (a rede dominante de televisão). E dos dois maiores provedores DTH no País, somente a subsidiária NetSat da Globo transmite o canal de televisão da Globo; a DirecTV não o transmite. A TV Globo goza de uma participação de mercado de 50%. (7).

39. Ainda no mesmo documento consta que “a líder da rede nacional de televisão aberta é a TV Globo e suas afiliadas, controladas pela Família Marinho, sendo detentora de 78% de participação de rendas da publicidade pela TV e 50% de participação de audiência” (8).

40. Todo este contexto deixa claro que as Representadas mantêm **posição dominante** no mercado relevante agora sob análise, lembrando a con-

⁷ “Must-carry laws do not always apply, hurting TVA e DirecTV, two of Globo Cabo’s largest competitors. As a result of Globo Cabo’s close ties to the country’s largest television broadcaster, TV Globo, and loose must-carry regulations, we believe that Globo Cabo enjoys a significant programming advantage over two of its three largest competitors. TVA, Brazil’s number-two cable company and number-one MMDS company, is a subsidiary of Brazilian media conglomerate Abril and operates primarily in São Paulo and Rio. Must-carry laws apply to cable, which means that both TVA and Globo Cabo carry the same broadcast TV offerings in these markets for their cable franchises. But must-carry laws do not apply to MMDS and DTH systems. As a result, TVA’s MMDS business in Rio de Janeiro does not carry Globo (the dominant broadcast television network). And of the two major DTH providers in the country, only Globo subsidiary NetSat carries the Globo broadcast channel; DirecTV does not. TV Globo enjoys a 50% viewer market share”

⁸ “... The leading national open television network is TV Globo and its affiliates, controlled by the Marinho Family, accounting for a 78% share of TV advertising revenues and a 50% audience share”... “ Why do some broadcast networks **restrict retransmission** by Pay TV services? ... The answer lies with **conflicting interests and compensation**. For example, Globo controls TV Globo and its 50% viewer market share, Globo Cabo, the nation’s largest cable company, and NetSat, one of two major DTH providers. Globo recognizes that it possesses the country’s most valuable programming asset and is understandably not willing to give it away to provider of a service that is likely to eventually lead to an erosion of TV Globo’s superior viewer market share. In addition, Globo recognizes that it can provide Globo Cabo and Net Sat with an advantage over competing MMDS and DTH systems by providing them with exclusive retransmission rights to TV Globo in most of their coverage areas. As a result, only government-imposed regulation is likely to change Globo’s position, in our opinion”.

ceituação de posição dominante já detalhada pelo Tribunal de Justiça da União Européia, no caso 27/76, *United Brands v. Commission*:

*“Levando em conta todos estes fatores a Comissão adota a posição segundo a qual UBC é uma empresa em **posição dominante**, usufruindo de uma ampla independência de comportamento no mercado relevante, o que lhe possibilita afastar em larga medida qualquer concorrência efetiva de concorrentes...”* ⁽⁹⁾.

41. E no mesmo caso o Tribunal reitera e amplia a conceituação:

“A posição dominante mencionada neste artigo se refere a uma posição de poder econômico detida por uma empresa que lhe dá o poder de impedir que seja mantida no mercado relevante uma concorrência efetiva outorgando-lhe o poder de comportar-se em apreciável extensão independentemente de seus competidores, clientes e finalmente dos seus consumidores” ⁽¹⁰⁾.

42. Esta conceituação se consolida no caso *Michelin v. Commission* ⁽¹¹⁾ e no caso *Hoffmann-La Roche v. Commission* ⁽¹²⁾.

ÂMBITO ADMINISTRATIVO E CONCORRENCIAL

43. O Processo Administrativo, agora sob exame, desafia questões de variadas áreas do Direito. Saliento, em primeiro lugar, que as questões con-

⁹ . “Having regard to all these factors the Commission takes the view that UBC is an undertaking in a dominant position enjoying a degree of general independence in its behaviour on the relevant market which enables it to hinder to a large extent any effective competition from competitors...”

¹⁰ . “The dominant position referred to in this article relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers”.

¹¹ Case 322/81, *Michelin v. Commission*, [1983], ECR 3461, §§ 22-105.

¹² Case 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Commission* [1979] ECR 461, §§ 21-127. James Flynn e Jemima Stratford, ao comentar a recente lei inglesa de concorrência, assinalam ainda **outros fatores que indicam dominação**, mencionando dentre eles as **disposições legais** (por exemplo, no caso presente, concessões, licenças ou permissões), **tecnologia e recursos técnicos, tamanho e poder das empresas**, etc (*Competition: Understanding the 1998 Act*. Bembridge, Palladian Law Publishing, 1999, p. 80).

correcionais podem ser vistas também sob outros ângulos. Relembre-se decisão do Tribunal de Conflitos da França, a que já fiz referência em outras decisões. Observa MICHEL MAIGRE que “já desde alguns anos, o Conselho de Estado vem se enveredando no caminho da **percepção do direito da concorrência no direito dos serviços públicos**. Esta circunstância não conseguiu afastar as incertezas relativas à articulação das competências contenciosas entre as duas ordens de jurisdição para aplicar as regras de concorrência aos atos dos organismos públicos ou privados que sejam **depositários de uma autoridade pública**” (¹³). No caso ADP e AIR FRANCE contra TAT European Airlines, o Tribunal

“considerando que são destacáveis da apreciação da legalidade de um ato administrativo, as práticas de AÉROPORTS DE PARIS suscetíveis de constituir um abuso de posição dominante consistente na obrigação imposta à Companhia TAT European Airlines de utilizar os serviços de assistência em escala deste estabelecimento público em substituição a seus pessoais...”

44. Já anteriormente, no caso Alpha Flight Service/ADP, a Comissão Europeia declarou que Aéroports de Paris, que é um órgão administrativo, havia infringido as disposições do artigo 86 (hoje 82) do Tratado utilizando sua posição dominante de exploradora dos aeroportos parisienses para impor aos prestadores e aos usuários de serviços de assistência ou de auto-assistência, em escala, relativos ao comissariado aéreo, preços comerciais discriminatórios nos aeroportos de Orly e de Roissy-Charles-de-Gaule.

45. Seguindo esse entendimento, podemos afirmar que se envolvem neste processo questões de **caráter constitucional**, de **conteúdo administrativo**, e de **caráter concorrencial**, ressaltando-se neste último caso o exame que se deve fazer sobre as alegações de **recusa de venda** e de **vedação de acesso a “essential facilities”**.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

46. Não se podem avaliar corretamente os aspectos concorrenciais sem entender o contexto constitucional em que deve ser inserida a matéria a ser agora discutida. Assim, é necessário ter presente que o **artigo 21** da Constituição Federal determina **competir à União** “explorar, diretamente ou mediante

¹³ Affaire ADP et AIR FRANCE contre TAT European Airlines, in *Revue de la Concurrence et de la Consommation – Droits et marchés*. N° 112, Nov.-Dez. 1999, pp.27-29.

autorização, **concessão** ou permissão... **a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”**.

47. Dispõe ainda o texto constitucional, **artigo 22**, que compete privativamente à União legislar sobre...IV- águas, energia, informática, **telecomunicações e radiodifusão”**.

48. Estes serviços se inserem dentre aqueles que a Constituição, a Lei, a Doutrina e a Jurisprudência chamam de **serviço público** que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define como:

”toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, **sob um regime de direito Público** - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - , instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo” (¹⁴).

49. Como parcela de serviço público, o serviço de telecomunicações e de radiodifusão entrelaça o contexto de Direito Administrativo e o de Direito Econômico. Assim é que aos dispositivos anteriormente citados deve-se acrescentar o preceito contido no **artigo 175** da C.F. que assim dispõe:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou **sob regime de concessão** ou permissão, sempre através de licitação, **a prestação de serviços públicos”**.

50. Para viabilizar e concretizar a previsão constitucional do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos foram editadas as Leis 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 9.074, de 7 de julho de 1995. Não posso deixar passar despercebida a crítica de BANDEIRA DE MELLO à aplicação do mandamento constitucional contido no artigo 175, pelo que o transcrevo integralmente, dada a sua importância para o entendimento das questões que serão discutidas no correr deste voto:

“Este dispositivo refere que tanto a permissão quanto a concessão de serviços públicos far-se-ão “sempre através de licitação”. Contudo, entre nós, quando se trata de concessão ou permissão de rádio ou de televisão, tal regra é inteiramente ignorada, seguindo-se, quando muito disfarçadamente, a velha tradição do mero favoritismo. Como se sabe, é grande o número de congressistas que desfruta de tal benesse. Neste se-

¹⁴ *Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 477.*

tor reina - e não por acaso - autêntico descalabro. A questão é particularmente grave porque, em País de alto contingente de iletrados e no qual a parcela de alfabetizados que lêem, mesmo jornal, é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente informam e, de outro lado, formam, a seu sabor, a opinião pública, de tal sorte que os senhores de tais veículos dispõem de um poder gigantesco. Deveras, como a esmagadora maioria de brasileiros não acede, ou só muito episódica e restritamente o faz, a outras fontes de informação ou cultura (livros, periódicos, cinema, teatro), as “mensagens” radiofônicas ou televisivas não encontram resistência alguma; antes, com o perdão da imagem prosaica, “penetram como faca quente na manteiga”. Em suma: nada as rebate; nada obriga o emissor a ajustar-se a concepções do público-alvo, pois estas serão as que se lhes queira inculcar. Dado que as emissões não se chocam com uma base cultural e ideológica medianamente consistente, o que só ocorreria se a população estivesse abeberada e subsidiada por outras fontes de informação ou cultura (capazes de, em sua mescla, engendrar um substrato de opinião dotado de alguma densidade), as mensagens do rádio e da televisão modelam livremente o “pensamento” dos brasileiros. Para servirmo-nos, ainda uma vez, da linguagem popular, ao gosto dos protagonistas destes meios de comunicação, eles “fazem a cabeça” da sociedade, sem quaisquer peias, modelando, a seu talante, tanto o brasileiro de hoje como o de amanhã, pois encontram um material quase informe, pronto para ser trabalhado. Não é de estranhar a eficiência dos resultados. Trata-se de uma tecnologia do Primeiro Mundo - e muitas vezes com uma qualidade e sofisticação só ali encontráveis -, operando sobre massas do Terceiro Mundo. O sucesso eleitoral de locutores, comentaristas ou “artistas” de rádio ou televisão comprova o envolvente poder destes meios de comunicações. Acresce que, para completar o quadro confrangedor, uma única estação de televisão detém índices de audiência nacional esmagadores, ensejados pelo sistema de cadeias ou repetidoras de imagens - sistema que, aliás, constitui-se em manifesta burla ao espírito da legislação de telecomunicações. O pior é que não há fundamento para alimentar-se esperanças sérias de saneamento da atual situação. Pelo contrário. O tratamento escandaloso que a Constituição dispensou ao assunto revela que inexistente coragem para enfrentar ou sequer incomodar forças tão poderosas - as maiores existentes no País. Veja-se: a disciplina da matéria foi estabelecida no art. 223 da Lei Magna. Ali se estabelece que a outorga e renovação de concessão, permissão ou autorização para radiodifusão sonora e de sons e imagens competem ao Poder Executivo, mas que o Congresso Nacional apreciará tais atos no mesmo prazo e condições conferidos aos projetos de lei de iniciativa do

Presidente, para os quais este haja demandado urgência. A outorga ou renovação só produzirão efeitos após deliberação do Congresso. Agora, pasme-se: para não ser renovada concessão ou permissão é necessário deliberação de 2/5 (dois quintos) do congresso Nacional e por votação nominal! Contudo, há mais, ainda: o cancelamento da concessão ou permissão antes de vencido o prazo (que é de 10 anos para as emissoras de rádio e de 15 para as de televisão) só poderá ocorrer por decisão judicial, contrariando, assim, a regra geral que faculta ao concedente extinguir concessões ou permissões de serviço público” (15).

51. Os serviços de telecomunicação, de rádio e de televisão estão previstos no Capítulo V do Título VIII da Constituição Federal, especificamente nos artigos **220 a 224**. O artigo **220** traz norma especificamente pertinente ao presente caso, verbis:

“A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo **não sofrerão qualquer restrição**, observado o disposto nesta Constituição”.

52. O parágrafo primeiro deste artigo reforça ainda mais a certeza de que não se admitirá qualquer espécie de restrição, ao afirmar que **“nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.**

A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA DA ÁREA DE TELECOMUNICAÇÃO

53. Os princípios constitucionais acima invocados encontram detalhamento na legislação pertinente à matéria de Direito Administrativo.

54. A Lei nº **9.472**, de 16 de julho de 1997, que se constitui na **Lei Geral de Telecomunicações**, dispõe no **artigo 6º**:

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

¹⁵ *Curso de direito Administrativo*, 11ª edição, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 501-502, nota 5.

gir os efeitos da **competição imperfeita** e reprimir as infrações da ordem econômica

Art. 7º - As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

.....
§ 3º - Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

55. Determina ainda o artigo **71** da mesma Lei:

“Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações”.

56. No capítulo referente à outorga da concessão, está dito, no **artigo 83**, que

*“a exploração do serviço no **regime público** dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante **concessão**, implicando esta o **direito de uso** das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.*

57. O **artigo 84**, por sua vez determina que **“as concessões não terão caráter de exclusividade**, devendo obedecer ao plano geral de outorgas, com definição quanto à divisão do País em áreas, ao número de prestadoras para cada uma delas, seus prazos de vigência e os prazos para admissão de novas prestadoras”.

58. Não se pode perder de vista a definição legal contida no artigo **60** da mesma Lei: **“Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.**

59. Observo, em primeiro lugar, que a redação, para ser mais complacente, do **artigo 7º** acima invocado, é no mínimo **contrária à Constituição**. Deve-se dizer que **“as normas gerais de proteção à ordem econômica”**, que são

justamente aquelas enumeradas no **Título VII** do texto constitucional, **são sempre aplicáveis**. As normas desta Lei (a Lei 9.472/97) é que somente serão aplicáveis **se conformes com as normas gerais de proteção à ordem econômica**.

60. Anteriormente a esta lei, que criou a ANATEL, já existia a **Lei nº 8.977**, de 6 de janeiro de 1995. Será importante transcrever alguns de seus artigos pertinentes à decisão da questão ora sob debate:

Art. 2º O Serviço de TV a Cabo é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte por meios físicos.

Parágrafo único – Incluem-se neste serviço a interação necessária à escolha de programação e outras aplicações pertinentes ao serviço, cujas condições serão definidas por regulamento do Poder Executivo.

Art. 3º - O Serviço de TV a Cabo é destinado a promover a cultura universal e nacional, a diversidade de fontes de informação, o lazer e o entretenimento, a pluralidade política e o desenvolvimento social e econômico do País.

Art. 5º - Para os efeitos desta Lei são adotadas as seguintes definições:

.....
V – Operadora de TV a Cabo - é a pessoa jurídica de direito privado que atua **mediante concessão**, por meio de um conjunto de equipamentos e instalações que possibilitam a recepção, processamento e geração de programação e de sinais próprios ou de terceiros, e sua distribuição através de redes de sua propriedade ou não, a assinantes localizados dentro de uma área determinada.

VII – Canal – é o conjunto de meios necessários para o estabelecimento de um enlace físico, ótico ou radioelétrico, para a transmissão de sinais de TV entre dois pontos.

VIII – Canais Básicos de Utilização Gratuita – é o conjunto integrado pelos canais destinados à transmissão dos sinais das emissoras geradoras locais de TV em circuito aberto, não codificado e pelos canais disponíveis para o serviço conforme o disposto nas alíneas “a” a “g” do inciso I do artigo 23 desta Lei.

Artigo 6º - Compete ao Poder Executivo a outorga, por concessão, do serviço de TV a Cabo, pelo prazo de quinze anos, podendo ser renovado por períodos sucessivos e iguais.

Artigo 10º - Compete ao Poder Executivo, além do disposto em outras partes desta Lei, determinar ou normatizar, de acordo com a conveniência ou interesse público:

V - os critérios legais que coíbam os abusos de poder econômico no Serviço de TV a Cabo;

VI – o desenvolvimento do serviço de TV a Cabo em regime de livre concorrência.

Artigo 23 – A operadora de TV a Cabo, na sua área de prestação de serviço, **deverá tornar disponíveis canais** para as seguintes destinações:

I – canais básicos de utilização gratuita:

canais destinados à distribuição obrigatória, integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, da programação das emissoras geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em VHF ou UHF, abertos e não codificados, cujo sinal alcance a área do Serviço de TV a Cabo e apresente nível técnico adequado, conforme padrões estabelecidos pelo Poder Executivo;

Artigo 30 - A operadora de TV a Cabo poderá:
transmitir sinais ou programas produzidos por terceiros, editados ou não, bem como sinais ou programas de geração própria;
cobrar remuneração pelos serviços prestados;

Artigo 32 – A concessionária de telecomunicações está obrigada a realizar o transporte de sinais de TV em condições técnicas adequadas.

Artigo 38 – O Poder Executivo deve levar em conta, nos regulamentos e normas sobre o Serviço de TV a Cabo, que a radiodifusão sonora e de sons e imagens É ESSENCIAL À INFORMAÇÃO, AO ENTRETENIMENTO E À EDUCAÇÃO DA POPULAÇÃO, devendo adotar disposições que assegurem o contínuo oferecimento do serviço ao público.

61. O disposto no artigo 23, acima transcrito, contém o **dever** “que se tornou conhecido entre nós pelo nome de seu equivalente na legislação americana-

na - “**must carry**”, como bem observa a representada a fls. 59, em sua defesa.

INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ARTIGO 23

62. O legislador, quando emitiu a norma contida no artigo 23, em que criou o **dever de transmitir**, deve ter tido diante de si o **meio mais moderno de transmissão até então existente**.

63. Sabendo que o ordenamento jurídico é um sistema fechado e completo, inexistindo nele lacunas, mesmo que as haja na lei, podemos afirmar que o legislador quis dizer que “a operadora de TV a Cabo”, meio mais moderno já existente, ou qualquer outro meio mais moderno que viesse a ser criado **deveria tornar disponíveis os canais básicos de utilização gratuita**.

64. Dentro de um quadro de evolução tecnológica vertiginosa, não se pode, **razoavelmente**, pretender que o legislador tenha condições de emitir, a cada avanço tecnológico, uma norma nova para aplicar-se àquela inovação.

65. O que quis dizer, e disse efetivamente, o legislador é que qualquer meio moderno de transmissão, aí incluídos os sistemas MMDS e DTH e **quaisquer outros que venham a ser criados**, deverão sujeitar-se à obrigação de transmitir os canais abertos.

66. Esta interpretação teleológica é a única compatível com a visão do legislador expressa na **Lei nº 4.117**, de 1962, que dispõe sobre **Serviços Especiais**. No artigo 4º desta lei dispõe o legislador que “*para os efeitos desta lei constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético*”.

67. *O artigo 36 do Decreto nº 2.196, de 08 de abril de 1997, que regulamenta a Lei nº 4.117/62 e dispõe exatamente sobre Serviços Especiais, determina especificamente o seguinte:*

“A concessionária de serviços Públicos de Telecomunicações, quando do provimento de circuitos da rede pública de telecomunicações, **deverá tratar igualmente e em bases não discriminatórias todas as permissionárias de Serviços Especiais**”.

68. Ora, os Serviços de **MMDS** e **DTH** são classificados pelas normas jurídicas regulamentadoras, como **Serviços Especiais**. A **Portaria nº 254**, de 16 de abril de 1997, que estabelece a **Norma nº 002/94 – REV/97 – Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal MMDS** - determina expressamente:

“2.2. Serviço MMDS: é uma das modalidades de Serviços Especiais, regulamentados pelo Decreto nº 2.196, de 8 de abril de 1997, que se utiliza de faixa de microondas para transmitir sinais a serem recebidos em pontos determinados dentro da área de prestação do serviço”.

2.2.1. Os sinais a serem transmitidos poderão estar associados a qualquer forma de telecomunicação tecnicamente disponível”.

69. Relativamente ao Serviço DTH, a **Portaria nº 321**, de 21 de maio de 1997, estabelece a **Norma nº 008/97 – Serviço de Distribuição de sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite (DTH)**, que determina expressamente:

“2.1. O Serviço DTH é uma das modalidades de Serviços Especiais regulamentados pelo Decreto nº 2.196, de 8 de abril de 1997, que tem como objetivo a distribuição de sinais de televisão ou de áudio, bem como de ambos, através de satélites, a assinantes localizados na área de prestação do serviço”.

70. A referência ao **acesso** está feita no **item 7.1.** da Norma estabelecida pela **Portaria nº 321/97**, *verbis*:

“7.1. A permissionária do Serviço DTH poderá:

- a) transmitir sinais ou programas originados por terceiros, programas originados por terceiros e editados pela permissionária e sinais ou programas gerados pela própria permissionária;*
- b) veicular publicidade comercial;*
- c) cobrar remuneração assinatura) pela prestação do serviço.*

7.1.1. O disposto no item 7.1 não exime a permissionária da observância da legislação de direito autoral, inclusive quando for o caso, da necessidade de autorização da detentora do direito para transmissão ou edição desses programas.

71. A proibição de **discriminação** está presente no **item 7.3**, *verbis*:

“A permissionária não poderá proibir, por contrato ou qualquer outro meio, que o assinante seja servido por outras redes ou serviços de distribuição de sinais, ou use outros equipamentos de recepção, que não os que oferece, desde que compatíveis”.

72. A **Portaria nº 321/97**, referente ao Serviço Especial DTH, no item referente à **exploração do serviço** dispõe especificamente:

*“7.9. Diante de situação concreta ou de reclamação fundamentada sobre pontos como **abuso de preço, condições contratuais abusivas, tratamento discriminatório ou práticas tendentes a eliminar deslealmente a competição**, o Ministério das Comunicações poderá determinar a implementação das medidas cabíveis, sem prejuízo de o reclamante representar o caso perante outros órgãos governamentais competentes”.*

73. Em relação ao **assinante do serviço**, a referida Portaria dispõe, no **item 8.1.**, *verbis*:

*“8.1. A permissionária **não pode recusar, sem justa razão, o acesso ao Serviço** a todos quantos, encontrando-se dentro da área de prestação do serviço, solicitem assinatura, desde que tecnicamente possível”.*

74. Todos estes dispositivos regulamentares devem ser vistos dentro do contexto constitucional acima explicitado e do contexto dos artigos **20** e **21** da Lei nº 8.884/94, visualizando o comportamento das empresas prestadoras de serviços públicos, por concessão, no âmbito concorrencial do mercado.

ORDENAMENTO JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA

75. O **artigo 20** da Lei nº 8.884/94, seguindo os parâmetros da legislação da Comunidade Européia, estabelece os **critérios** que devem nortear a pesquisa da existência de condutas que possam ser consideradas anticoncorrenciais, dispondo que constituem infração da ordem econômica estabelecida primordialmente no Título VII da Constituição Federal *“limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”*, como ainda *“dominar mercado relevante de bens ou serviços”* e fundamentalmente *“exercer de forma abusiva posição dominante”*.

76. Sob este comando, deve ser verificada a presença de **dois critérios fundamentais**: a empresa cuja conduta deve ser examinada deve ter **posição**

dominante no mercado relevante em questão; em segundo lugar, mas visceralmente ligado ao primeiro pressuposto, a empresa deve estar valendo-se **abusivamente** de sua posição dominante.

77. Não há qualquer dúvida de que, em face do acima exposto, as Representadas **são detentoras de posição dominante**, e são elas próprias que confirmam esta situação através de sua defesa e através dos documentos constantes dos autos.

78. Na medida em que as Representadas, como confessado na sua defesa, com reforço de toda a prova existente nos autos, procuram “*limitar ou impedir o acesso*” da Representante ao mercado de televisão aberta; na medida em que “*criam dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresa concorrente*”, e na medida em que “*impedem o acesso de concorrente às fontes de insumo, equipamentos ou tecnologia*”, e ainda na medida em que “*regulam mercados de bens ou serviços, limitando ou controlando, dificultando ou impedindo a produção de serviços*”, “*recusando a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais*”, infrações configuradas nos **incisos IV, V, VI, X e XIII do artigo 21**, como forma de assegurar e garantir a sua posição dominante no mercado, **estão cometendo abuso de sua posição dominante**. Estão perfeitamente caracterizadas, a meu sentir, a **discriminação**, a **negativa de acesso ao mercado**, a **recusa de contratar**.

79. Caracterizada a infração, estão as Representadas, além de sujeitas às penalidades de **multa, cassação e caducidade**, a serem oportunamente aplicadas pelo órgão regulador, como previsto no **item 10.1** da Portaria nº 321/97, também sujeitas às penalidades previstas no **artigo 23 da Lei nº 8.884/94**.

80. O intento do legislador, na redação do artigo 21, não foi o da exaustividade na definição dos tipos, não foi o da taxatividade, até porque as condutas econômicas não são passíveis de uma descrição tipológica que acompanhe o rigor da tipologia penal.

81. O que as normas de Direito da concorrência têm por objetivo concreto é o de assegurar a todas as empresas uma adequada possibilidade de exercerem sua atividade no mercado; é a de garantir a possibilidade de **entrada** no mercado, de **permanência**, e de **saída** a exclusivo critério da empresa participante.

82. Donde se conclui que qualquer entrave, qualquer obstáculo criado por uma empresa que detenha **posição dominante** no mercado, à entrada, à per-

manência ou à saída de empresas que estejam no mercado, constituem **abuso de sua posição dominante**.

83. O Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior observa:

“uma cláusula contratual, ao se constituir numa exclusividade dirigida, tem peculiarmente este efeito. **O caráter discriminatório da conduta ocorre de forma sutil, mas visível.** A restrição imposta ao número de parceiros acaba por constituir-se numa condição operacional que trata diferentemente a parte que a aceita em face da que a recusa, pois esta fica **excluída** do relacionamento comercial com a empresa dominante e dos benefícios que aquela posição, mormente pelo fator **parceiro obrigatório**, possa significar.”(...) **Além do abuso de posição dominante**, mais detidamente esclarecido, a cláusula de exclusividade dirigida pode provocar um **falseamento da concorrência dentro de um oligopólio**, na exata medida em que o consolida de uma forma estável e mais confortável do que aconteceria com a entrada de novos concorrentes. **A dominação de mercado ainda que compartilhada é inevitável.** Do art. 21 da lei 8.884/94 destaquem-se, pois, os incisos III, V e XII. O primeiro porque a estrutura oligopolista do mercado faz com que a imposição da cláusula de exclusividade dirigida conduza a uma **consolidação do mercado entre os maiores concorrentes**, que entre eles fica dividido. O segundo, na medida em que a cláusula **termina por constituir-se numa barreira de entrada a outros concorrentes menores.** Por conseqüência, nos termos do inciso V, a cláusula cria dificuldades de funcionamento para as empresas que tenham necessidade, nas condições do mercado relevante, de disputar com as dominantes o acesso às dependentes. Por fim, nos termos do inciso XII, **ocorre uma discriminação** das próprias empresas dependentes e seus clientes, pois só as que suportam a cláusula da exclusividade dirigida terão acesso aos benefícios proporcionados pela dominante, e por forma da mesma exclusividade, a uma Segunda empresa do oligopólio, desfavorecidas as que a recusarem” (*os grifos não estão no original*)¹⁶.

84. O Prof. WERTER FARIA, ex-Presidente desta Autarquia, em seu parecer de fls., cita a opinião de EDUARDO GALÁN CORONA:

¹⁶ Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida, Revista do IBRAC, Vol. 4, n.1, janeiro 1997, p. 30-32.

“A essência da exclusividade consiste em que estabelece limitações à liberdade de contratar de uma das partes (ou das duas), dando lugar com isso a uma limitação da concorrência, limitação que tem lugar, não entre as partes vinculadas pelo pacto ou cláusula de exclusividade, porém entre uma das partes e aqueles empresários que se dediquem ao mesmo gênero de atividade”.

85. O artigo 14 da Lei 8.977, de 6 de janeiro de 1995, segue posição norte-americana sobre a promoção da concorrência dos serviços de televisão a cabo e proíbe a concessão para a exploração destes que tenham caráter de **exclusividade, in verbis:**

“As concessões não terão caráter de **exclusividade**, devendo obedecer ao plano geral de outorgas, com definição quanto à divisão do País em áreas, do número de prestadoras para cada uma delas, seus prazos de vigências e os prazos para admissão de novas prestadoras”.

86. A proibição de **concessões exclusivas** tem por objetivo fomentar a concorrência, em benefício dos usuários, entre concessionárias de telecomunicações, na mesma área.

87. A exploração dos serviços de telecomunicações está sujeita a prévia outorga, mediante licença ou concessão - **artigo 223 C.F.** Compete ao Poder Executivo **outorgar e renovar a concessão, permissão e autorização** para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal, o que deveria ser feito obedecendo ao princípio constitucional e legal da licitação pública, como observa acima CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁽¹⁷⁾.

88. O Estado concede à iniciativa privada a **concessão** do sinal da rede **aberta** de televisão. As empresas de serviços de televisão teriam o direito de autorizar ou de proibir a retransmissão de suas emissões, invocando o direito de propriedade, ou o direito autoral, com base no **artigo 95 da Lei n. 9.610/98?**

89. A resposta a esta pergunta estaria explicitada no **artigo 14 da Lei 8.977**, onde se lê textualmente que **“as concessões para exploração de Serviço de TV a Cabo não terão caráter de exclusividade em nenhuma área de prestação do serviço”**. Assim, a propriedade do sinal televisivo e o direito

¹⁷ Vale recordar a observação feita pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, acima mencionada, quanto a esta forma de concessão dos serviços de radiodifusão.

de autorizar não lhes conferem o direito de práticas discriminatórias. Ou seja, a liberdade de contratação não está acima do **princípio de não discriminação**, mas se coordena com ele.

90. Nesta linha de raciocínio nos deparamos com o conceito de “**essential facility**” que é uma forma de restrição ao direito de propriedade ou ao direito do concessionário de explorar o serviço público que lhe é concedido. Este conceito diz que empresas que dominam o mercado têm a obrigação de adotar uma conduta de não discriminação. É o que ensinam **Simon Bishop** e **Mike Walker**:

“Nesta situação, os detentores de “essential facilities” estão obrigados por Lei a proporcionar acesso às “infra-estruturas” (“essential facilities”) a preços razoáveis (...) O uso do conceito de “essential facilities” tem tido um significativo crescimento no programa de Liberalização da Comissão, sendo implementado para as indústrias de telecomunicações, gás, eletricidade e transporte”¹⁸).

91. A Globo é detentora de uma “essential facility” e tanto o é que o Estado permite através de concessões a exploração deste mercado. Desta forma o produto da Globo é de interesse coletivo, pois se trata de uma transmissão de informação, de cultura.

92. Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XIV, que é assegurado a todos o acesso à informação. Em seu parecer, o **Prof. WERTER FARIA** contribui mais uma vez para o esclarecimento da questão, trazendo o ensinamento de GAY FUENTES:

“no âmbito da comunicação social, a concorrência desempenha uma função especial, que transcende o meramente econômico e que deve traduzir o princípio democrático básico na organização dos meios de comunicação: o pluralismo político e cultural.

“Política de concorrência no setor de comunicação social desempenha uma função institucional consistente em definir as condições estruturais de um mercado que permitam o estabelecimento de uma pluralidade de fontes de informação e de opinião, capazes de reproduzir o debate cultural e político aberto de que necessita toda a sociedade democrática. (...) “uma redução da concorrência no mercado informativo é uma redução, em termos reais, do funcionamento de um sistema demo-

¹⁸ Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement, London, Sweet & Maxwell, 1999, p.114-115, n. 5.24

crático. Os valores em jogo já não são o equilíbrio das regras de mercado econômico, mas a própria essência do sistema político”.

93. A TV GLOBO está utilizando um produto que é de interesse público, regulado pois pelo Estado e estendido à iniciativa privada, através de concessão, para prática de abuso de poder dominante e ação discriminatória, ao fornecer apenas à SKY o seu **sinal aberto** de TV. Desta forma a Globo está limitando e prejudicando a livre concorrência, o mercado e o consumidor.

94. É notório que o sinal da Globo é o que tem maior popularidade, principalmente por suas novelas, e é o mais assistido. Sendo assim, o serviço de DTH que carrega o seu sinal possui um valor agregado, possui um diferencial, enfim, uma vantagem. A afirmação tanto condiz com a verdade, que a própria Globo admite tal fato no processo.

ANÁLISE DA DEFESA DAS REPRESENTADAS

95. As Representadas trazem em sua defesa uma série de argumentos que merecem uma análise mais detida.

I. Em primeiro lugar, afirmam as Representadas que *“os sinais de TV aberta são bens absolutamente gratuitos e não escassos”*.

96. Ora, deixando de lado a discussão teórica de gratuidade e escassez (¹⁹), se os sinais de TV assim o são, qual a razão de sua oposição à pretensão da Representante?

II. Em segundo lugar, ao se referir à recusa de venda, afirmam as Representadas que *“a recusa de venda somente é ilícita na medida em que sirva como instrumento de abuso do poder econômico. Salvo nesta hipótese, nenhum agente econômico é obrigado a contratar com quem não deve ou não deseja, sendo perfeitamente lícita a recusa.*

97. Neste ponto invocam jurisprudência do CADE, que, aliás, não se aplica ao caso em questão, pois que naqueles casos a recusa de venda estaria justifi-

¹⁹ Afirma N. GREGORY MANKIWI: “A administração dos recursos da sociedade é importante porque os recursos são escassos. **Escassez** significa que a sociedade tem menos a oferecer do que aquilo que as pessoas desejam ter. Assim como uma família não pode dar a seus membros tudo o que estes desejam, a sociedade não pode dar a cada pessoa o padrão de vida mais alto ao qual ela aspira” (*Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. Rio de Janeiro, Campus, 1999, p.3-4)

cada quer pela **não-configuração da tentativa de dominação de mercado**, quer pelo direito que tem o fabricante de não vender seus produtos para determinado comerciante, **por motivos comportamentais subjetivos**.

98. Invoca também um texto de Herbert HOVENKAMP. Lamento, contudo, dizer que a citação foi feita parcialmente, suprimindo-se a parte que não interessava às Representadas, por lhes ser exatamente contrária. Eis o texto citado, seguido do texto omitido:

“In the United States v. Colgate & Co. the Supreme Court reiterated the ancient common law doctrine that ‘in the absence of any purpose to create a monopoly’ a private trader may ‘freely exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal. The rule remains good law.

***The Colgate doctrine of refusal to deal contains two explicit exceptions. First, the decision not to deal must be ‘independent’. The doctrine does not apply to concerted refusals, which are discussed in chapter 5. Second, the refusal must occur ‘[i]n the absence of any purpose to create or maintain a monopoly’. If a unilateral refusal to deal is ever illegal, it is when the refusal is undertaken by a monopolist, or by someone who hopes by the refusal to become one”** (20)*

III. Em terceiro lugar, equivocou-se, *data venia*, a Representada, ao afirmar, a fls. 59 que *“no que diz respeito ao **must carry**, não se pode jamais esquecer que o dever imposto às operadoras de TV a Cabo, de veicular os sinais locais das TVs abertas existentes nas suas respectivas áreas de concessão, é estabelecido **no interesse das emissoras de TV aberta**, a fim de incrementar a concorrência no mercado (ex vi do art. 38 da mesma Lei).*

²⁰ Ao analisar a posição adotada no caso *Colgate*, observa LEONARDO BELLODI que *“lo Sherman Act non può limitare il diritto, largamente riconosciuto nell’ordinamento statunitense, dei produttori e dei venditori di gestire liberamente le proprie attività commerciali e, pertanto, di scegliere i soggetti con cui contrarre. Il che equivale a dire, ragionando **ab contrario** che lo Sherman Act può essere utilizzato in determinate circostanze per imporre determinati obblighi di contrarre. Più recentemente, le Corte americane hanno statuito che: ‘stated more generally, the essential facilities doctrine imposes liability when one firm, which controls an essential facility, denies a second firm reasonable access to a product or service that the second firm must obtain in order to compete with the first”* (Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario. Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, p.107 – *Alaska Airlines v. United Airlines and others*, 948 F 2d 536, 9th Cir. 1991).

99. O equívoco se coloca em dois planos. Em primeiro lugar, a **concessão** não tem como finalidade o interesse da empresa concessionária, mas, nos próprios termos constitucionais, o interesse dos **cidadãos e da sociedade**, como já demonstrado acima. Em segundo lugar, o invocado **artigo 38** se refere à **essencialidade** do serviço tendo como alvo **a informação, o entretenimento e a educação da população**. A essencialidade mencionada no texto legal não tem como destinatária a empresa concessionária.

100. Em suas alegações finais, especificamente, a fls. **181** fazem as Representadas a seguinte afirmação, que transcrevo literalmente:

“Pobre Hughes!!!

Finalmente, há que se ter em vista que a análise do impacto concorrencial das atitudes das representadas deve levar necessariamente em conta a dimensão empresarial da DIRECTV e de suas controladoras.

“Como é de domínio comum, a DIRECTV é controlada pela HUGHES, que acaba de adquirir as ações que a representante detinha na DIRECTV brasileira.

“A HUGHES, por sua vez, é um gigante de telecomunicações, de porte muito maior do que o das representadas, que faz parte do Grupo General Motors, o maior grupo empresarial do mundo.

“Esse porte é de tal ordem que o próprio satélite de que a SKY se utiliza para transmitir seus sinais para o território Brasileiro é de propriedade da HUGHES”.

LIBERDADE DE CONTRATAR - RECUSA DE CONTRATAR

101. Como apontado no relatório, as Representadas estão sendo acusadas de abuso de poder dominante por não quererem conceder o direito de retransmissão de seu sinal aberto para a DIRECTV nos mesmos moldes que concederam à SKY. Neste ponto é importante lembrar que o presente processo foi instaurado contra a TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo Ltda.

102. Como assinalado no Parecer da ANATEL, a fls. 217, trata-se de *“apuração de infração que estaria sendo cometida no terreno do relacionamento vertical entre dois mercados (mercado ‘de origem’ e ‘mercado alvo’, respectivamente)...”* pelo que duas perguntas hão de ser respondidas: Por que a Globo contratou com a SKY, que é uma empresa de seu grupo, e não fez o mesmo com a única concorrente da própria SKY no mercado? Está a Globo infringindo a Lei de Concorrência por não querer contratar com a DIRECTV da mesma forma com que contratou com a SKY, empresa afiliada?

103. A recusa em contratar nem sempre é ilegal de acordo com o Princípio da Autonomia da Vontade, como ensina o Professor Caio Mário da Silva Pereira, em seu livro Instituições de Direito Civil -Volume III,pg. 10:

“ A ordem jurídica, que assegura aos indivíduos a faculdade de criar direito e estabelecer uma vinculação efetiva, não se contenta com isto, e concede-lhes a liberdade de contratar. [...]”

“Em primeiro lugar vigora a faculdade de contratar e de não contratar, isto é, o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico-contratual.[...]”

“Mas este princípio não pode ser absoluto, nem refletir a realidade social em sua plenitude. Acima da Autonomia da Vontade encontra-se o Poder Regulador Estatal que defende as normas de ordem pública e os bons costumes. Entende-se por normas de ordem pública “as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação.”.(grifei)

104. Assim, há que haver um equilíbrio entre a autonomia da vontade e as normas de ordem pública para que não se atente contra a justiça e contra o equilíbrio do mercado e no mercado. Quando este equilíbrio inexistente, está o Estado plenamente capaz de intervir na vida do contrato, seja mediante aplicação de leis, seja com adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, para que, assim, se coíbam abusos advindos do desequilíbrio econômico do mesmo. A Constituição Federal, no artigo 170, garante o direito à propriedade privada, mas lhe acrescenta a obrigatoriedade da função social.

105. Ao lado dessa dicotomia entre o interesse público e a garantia da autonomia da vontade, existe ainda uma outra perspectiva que deve ser abordada, em se tratando de contrato. Existe também um conflito, uma contradição entre o direito civil, em sentido amplo, e o direito da concorrência. Assinala a este respeito **LOUIS VOGEL**, Professor de Direito na Universidade de Paris-Panthéon-Assas:

“o conflito se manifesta na contradição entre o direito civil, em sentido amplo, e o direito da concorrência. A oposição entre as finalidades do direito civil e aquelas do direito da concorrência é evidentemente a mais forte no campo do direito da concorrência no sentido estrito. Este direito corresponde ao direito antitrust nos Estados Unidos, e ao

direito das práticas anticoncorrenciais em França. Ao direito civil, compete a proteção subjetiva dos operadores, ao direito da concorrência, a proteção objetiva do mercado. Esta oposição nos objetivos pode diretamente levar a uma contrariedade nos resultados.

O direito da concorrência tem por vocação assegurar o bom funcionamento do mercado, lutando contra o poder de monopólio. Este surge quando uma empresa dominante, ou uma concentração, atua sobre as quantidades produzidas diminuindo-as para aumentar os preços. Ela força assim os consumidores a procurar outros produtos incorporando cada vez mais recursos raros, e acarreta de fato um desperdício de recursos na economia.

Contrariamente a este objetivo econômico do direito da concorrência, o direito comercial e o direito civil somente têm em sua origem a vocação para reger relações privadas, garantindo o respeito da liberdade contratual e reparando os danos. A especificidade do direito da concorrência a este respeito é ilustrada pelos artigos 7 e 8 da Lei de concorrência francesa, que não punem alguns comportamentos - o abuso e a concertação - a menos que sejam suscetíveis de produzir um efeito anticoncorrencial sobre o mercado. Esta condição é completamente ignorada pelo direito comum, que se limita a uma análise das relações entre as partes. (²¹).

106. O Professor **WERTER FARIA**, em seu brilhante parecer de fls., invocando o ensinamento de **Thiesing-Schröter-Hochbaum** (²²) diz in verbis:

*“Os acordos que restringem a concorrência são proibidos, sem qualquer distinção, conforme as empresas em causa estejam situadas no mesmo estágio ou estágios diferentes do processo econômico. Portanto, a disposição proíbe não somente as restrições da concorrência entre concorrentes (acordos horizontais) **mas também as restrições da concorrência verticais**, por exemplo entre produtores e distribuidores. Conforme assinalou a Corte de Justiça, ‘em princípio, não cabe distinguir onde o tratado não distingue’. Os acordos de concessão exclusiva podem preencher, portanto, o elemento constitutivo do art. 85, § 1º” (atual art. 81, n° 1, Tratado de Roma) (grifei).*

²¹ L’Articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence, *Revue de la concurrence et de la consommation*. Paris, Documentation Française, n° 115, Mai-Juin 2000, p. 6-7.

²² *Les Ententes et les Positions Dominantes dans le Droit de la C.E.E*, trad. Francesa. Paris, Editions Jupiter-De Navarre, 1977, p.71

107. A partir do momento em que uma empresa entra a fazer parte de um mercado e, principalmente, desde que passa a fornecer neste mercado um **serviço público por concessão governamental** e desde que ali assume **posição dominante**, sujeita-se a um contexto normativo constitucional e legal que supera as vinculações que atingem outras empresas.

108. Se outras empresas, principalmente as que detêm posição dominante, não podem dividir mercados, não podem limitar ou impedir o acesso de outras empresas, não podem criar dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas concorrentes e não podem **discriminar** adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços, com muito maior razão estão sujeitas a tais **restrições de ordem constitucional e legal** as empresas que detêm posição dominante em consequência de uma concessão administrativa.

109. O ordenamento legal incorpora **princípios de uma economia de mercado**, principalmente os que estão enumerados no Título VII da Constituição Federal, dentre eles a **liberdade de contratar**. Todavia, em alguns casos, como ensinam JONATHAN FAULL e ALI NIKPAY⁽²³⁾, há determinações legais que obrigam a empresa a contratar ou a impedem de recusar-se a contratar, *verbis*:

*“O artigo 82 do Tratado da Comunidade é uma destas determinações. Em circunstâncias específicas ele impõe a empresas que detêm uma posição dominante a **obrigação de contratar**, quer com clientes quer com concorrentes. Em outras palavras, uma recusa de contratar pode constituir um **abuso de posição dominante** em consonância com o sentido do artigo 82. Mas só se constituirá em abuso quando a recusa não somente prejudica um consumidor ou concorrente, mas substancialmente enfraquece a concorrência no mercado relevante e não é objetivamente justificada”⁽²⁴⁾.*

²³ *The EC Law of Competition*. Oxford, University Press, 1999, pp. 151-162.

²⁴ Ao se referir às **justificativas objetivas** para recusar-se a contratar, FLYNN e STRATFORD mostram que possíveis **justificativas objetivas** poderiam incluir uma **razoável preocupação quanto à credibilidade** ou dificuldades temporárias de capacidade”. Observam, entretanto, que **não podem ser consideradas justificativas objetivas para recusa**: a vontade por parte da empresa dominante de entrar ela própria no novo mercado em substituição a um cliente e a retaliação desproporcional contra as práticas comerciais de um cliente” (*Competition: Understanding the 1998 Act*. Bembridge, Palladian Law Publishing, 1999, p. 88)

110. O conceito de recusa de negociar engloba uma série de práticas, como, por exemplo, a recusa de fornecer quer produtos quer serviços; a recusa de fornecer informação; a recusa de licenciar direitos de propriedade intelectual; a recusa de proporcionar acesso a uma “*essential facility*” ou a recusa de tornar-se parte de uma rede.

111. A Comissão Europeia tem considerado também que uma **indevida, inexplicável ou injustificável demora** em responder a uma solicitação de **acesso a uma infraestrutura essencial** pode também se constituir em um **abuso**.

112. Em se tratando de uma **infra-estrutura essencial**, não pode a empresa dominante recusar-se a contratar. Havendo recusa de contratar, em tal situação, **há uma presunção legal de dano ao mercado**.

113. No caso **MCI Communications Corp. v. AT&T** (²⁵) os juízes do Tribunal de Apelação do 7º Circuito (Chicago) entenderam que a recusa de conceder acesso a uma infra-estrutura essencial se considera ilícita se presentes as seguintes condições:

- ◆ A infra-estrutura essencial deve estar sendo controlada por uma empresa monopolista;
- ◆ A empresa concorrente pretendente ao acesso não deve estar em condições, na prática ou em termos razoáveis, de duplicar tal infra-estrutura;
- ◆ A efetiva recusa de conceder o acesso à infra-estrutura;
- ◆ O acesso à infra-estrutura deve ser tecnicamente disponível.

A DOUTRINA DA “ESSENTIAL FACILITY”

²⁵ MCI Communications corp. v. American Tel. & Tel. Co., 708 F. 2d. 1081 (7th Circuit), **464 U.S. 891** (1983), a Corte afirmou: “*A monopolist’s refusal to deal under these circumstances is governed by the so-called essential facilities doctrine. Such a refusal may be unlawful because a monopolist’s control of an essential facility (sometimes called bottleneck) can extend monopoly power from one stage of production to another, and from one market into another. Thus, the antitrust laws have imposed on firms controlling an essential facility the obligation to make the facility available on non discriminatory terms*”.

114. O leading- case em matéria de “**essential facilities**”⁽²⁶⁾ é o **U.S. Terminal Railroad Association of St. Louis**⁽²⁷⁾, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1912. Naquele caso, a Terminal Railroad Association of St. Louis, uma sociedade do Estado de Missouri, foi organizada através de um contrato realizado em 1889 entre Jay Gould e algumas empresas ferroviárias com a expressa finalidade de adquirir a propriedade de alguns terminais ferroviários em St. Louis, com o escopo de englobá-las e operá-las como um sistema unitário.

115. A Suprema Corte anulou a decisão da Corte inferior e determinou o retorno do processo com orientações para uma decisão de as partes apresentarem ao Tribunal “um plano para a reorganização do contrato entre as catorze empresas-rés e a empresa do terminal ferroviário, que apontamos como responsáveis pelo acordo infringente da lei”. Dentre tais normas de orientação, vale ressaltar as seguintes:

“Estabelecer a possibilidade a qualquer empresa presente ou futura de ter acesso à propriedade e controle dos terminais, em termos tão justos e razoáveis que possam colocar tais candidatos em plano de igualdade com relação aos benefícios e ônus com os atuais proprietários.”

“Este plano de reorganização deve também prover definitivamente o uso do terminal ferroviário por qualquer outra empresa que prefira não se tornar um co-proprietário, com condições e regulações igualmente justas e razoáveis, que coloque, quanto ao uso, características e custo do serviço, qualquer dessas empresas em aproximadamente igual plano relativamente a despesas e encargos quanto aqueles que incumbem às empresas proprietárias”.

²⁶ “Essential facilities are another issue which is particularly likely to arise in cases concerning the regulated industries and the Chapter II prohibition. An essential facility is a service or piece of infrastructure, without **access** to which a competitor is unable to compete in some down-stream market, and which facility it is commercially infeasible, economically inefficient and undesirable for the competitor to replicate. The OFT Guideline on the Chapter II Prohibition states that utility distribution networks and some telecommunications networks may potentially constitute essential facilities” (FLYNN & STRATFORD, *Competition: Understanding the 1998 Act*. Bembridge, Palladian Law Publishing, 1999, p. 187).

²⁷ U.S. v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383.

“Eliminando do presente acordo entre o terminal e as empresas proprietárias qualquer cláusula que restrinja a qualquer dessas empresas o uso das estruturas do terminal ferroviário” (28).

116. No caso **Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.** (29), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu:

²⁸ “These considerations lead to a reversal of the decree dismissing the bill. This is accordingly adjudged, and the case is remanded to the district court, with directions that a decree be there entered directing the parties to submit to the court, within ninety days after receipt of mandate, a plan of the reorganization of the contract between the fourteen defendant railroad companies and the terminal company, which we have pointed out as bringing the combination within the inhibition of the statute.

“First. By providing for the admission of any existing or future railroad to joint ownership and control of the combined terminal properties, upon such just and reasonable terms as shall place such applying company upon a plane of equality in respect of benefits and burdens with the present proprietary companies.

Second. Such plan of reorganization just also provide definitely for the use of the terminal facilities by any other railroad not electing to become a joint owner, upon such just and reasonable terms and regulations as will, in respect of use, character, and cost of service, place every such company upon as nearly an equal plane as may be with respect to expenses and charges as that occupied by the proprietary companies.

Third. By eliminating from the present agreement between the terminal company and the proprietary companies any provision which restricts any such company to the use of the facilities of the terminal company.”

²⁹ 472 U.S. 284, decidido em 1985. This case requires that we decide whether a per se violation of § 1 of the Sherman Act occurs when a cooperative buying agency comprising various retailers expels a member without providing any procedural means of challenging the expulsion. The case also raises broader questions as to when per se antitrust analysis is appropriately applied to joint activity that is susceptible of being characterized as a **concerted refusal to deal**. [...] This case therefore turns not on the lack of procedural protections but on whether the decision to expel Pacific is properly viewed as a group boycott or concerted refusal to deal mandating per se invalidation. “Group Boycotts” are often listed among the classes of economic activity that merit per se invalidation under § 1. Exactly what types of activity fall within the forbidden category is, however, far from certain. [...] Cases to which this Court has applied the per se approach have generally involved joint efforts by a firm or firms to disadvantage competitors by “either directly denying or persuading or coercing suppliers or customers to deny relationships the competitors need in the competitive struggle.” In these cases, the boycott often cut off access to a supply, facility, or market necessary to enable the boycotted firm to compete, and frequently the boycotting firm possessed a dominant position in the relevant market. In addition, the practices were generally not justified by plausible arguments that they were intended to enhance overall efficiency and make markets more competitive. Under such

circumstances the likelihood of anticompetitive effects is clear and the possibility of countervailing procompetitive effects is remote. [...] Although a concerted refusal to deal need not necessarily possess all of these traits to merit per se treatment, not every cooperative activity involving a restraint or exclusion will share with the per se forbidden boycotts the likelihood of predominantly anticompetitive consequences. For example, we recognize last Term in *National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of University of Oklahoma* that per se treatment of the NCAA's case restriction on the marketing of televised college football was inappropriate-despite the obvious restraint on output-because the "case involves an industry in which horizontal restraints on competition are essential if the products is to be available at all". [...] Wholesale purchasing cooperatives such as Northwest are not a form of concerted activity characteristically likely to result in predominantly anticompetitive effects. Rather, such cooperative arrangements would seem to be 'designed to increase economic efficiency and render markets more, rather than less competitive'. *Broadcast Music, Inc. V. Columbia Broadcasting System, Inc.* The arrangement permits the participating retailers to achieve economies of scale in both the purchase and warehousing of wholesale supplies, and also ensures ready access to a stock of goods that might otherwise be unavailable on short notice. [...] Pacific, of course, does not object to existence of cooperative arrangement, but rather raises an antitrust challenge to Northwest's decision to bar Pacific from continued membership.⁵⁵ It is therefore the action of expulsion that must be evaluated to determine whether per se treatment is appropriate. The action of expulsion from wholesale cooperative does not necessarily imply anticompetitive animus and thereby raise a probability of anticompetitive effect. Wholesale purchasing cooperatives must establish and enforce reasonable rules in order to function effectively. Disclosure rules, such as the one on which Northwest relies, may well provide the cooperative with a needed means for monitoring the creditworthiness of its members. Nor would the expulsion characteristically be likely to result in predominantly anticompetitive effects, at least in the type of situation this case presents. Unless the cooperative possesses market power or exclusive access to an element essential to likely to have an anticompetitive effect is not warranted. Absent such a showing with respect to a cooperative buying arrangement, courts should apply a rule-of-reason analysis. At no time Pacific made threshold showing that these structural characteristics are present in this case. [...] A plaintiff seeking application of the per se rule must present a threshold case that challenged activity falls into a category likely to have predominantly anticompetitive effects. The mere allegation of a concerted refusal to deal does not suffice because not all concerted refusals to deal are predominantly anticompetitive. When plaintiff challenges expulsion from a joint buying cooperative, some showing must be made that the cooperative possesses market power or unique access to a business element necessary for effective competition. Focusing on the argument that the lack of procedural safeguards required per se liability, Pacific did not allege any such facts. Because the Court of Appeals applied an erroneous per se analysis in this case, the court never evaluated the District Court's rule-of-reason analysis rejecting Pacific's claim. A remand is therefore appropriate for the limited purpose of permitting appellate review

“Os casos aos quais esta Corte tem aplicado a regra “per se” têm geralmente envolvido esforços conjuntos de uma empresa ou empresas para prejudicar competidores quer diretamente negando ou persuadindo quer compelindo fornecedores ou clientes para negar relacionamentos de que os competidores têm necessidade na luta concorrencial. Nestes casos o boicote impede acesso a uma fonte de fornecimento, recursos ou mercado necessário para possibilitar à empresa boicotada competir, e freqüentemente as empresas que realizam o boicote têm posição dominante no mercado relevante. E sobretudo, as práticas não eram justificadas por argumentos plausíveis de que estariam direcionadas para incrementar a eficiência e para tornar os mercados mais competitivos. Nestas circunstâncias a probabilidade de efeitos anticompetitivos é clara e a possibilidade de efeitos procompetitivos compensadores é remota”

117. No caso **Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.** ⁽³⁰⁾ a Suprema Corte confirmou a decisão da Corte de apelação, que, arrimada no precedente acima invocado, entendeu que o intento da Ski Co., ao recursar-se a contratar, era o de criar ou manter um monopólio. E concluiu que não havia razões negociais válidas para a recusa ⁽³¹⁾.

118. A questão, nos Estados Unidos, não se restringiu a estes dois julgados da Suprema Corte. O Executivo, através da Federal Communications Commission, e o Legislativo criaram instrumentos para a compatibilização dos problemas atualmente existentes entre as “broadcaster” e as “multichannel video programming distributor” (MVPDs).

of that determination. [...] “The per se rule is a valid and useful tool of antitrust policy and enforcement.” *Broadcast Music, Inc. V. Columbia Broadcasting System, Inc.* It does not denigrate the per se approach to suggest care in application. In this case, the Court of Appeals failed to exercise the requisite care and applied per se analysis inappropriately. The judgment of the Court of Appeals is therefore reversed, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion. [...] JUSTICE MARSHALL AND JUSTICE POWELL took no part in the decision of this case.

³⁰ 472 U.S.585, decidido em 1985. The Court of Appeals affirmed in all respects.

*** First, relying on *United States v. Terminal Railroad Assn. Of St. Louis*, the Court of Appeals held that the multiday, multiarea ticket could be characterized as na “**essential facility**” that Ski Co. had a duty to market jointly with Highlands. Second, it held that there was sufficient evidence to support a finding that Ski co.’s intent in refusing to market the 4-area tichet, “considered together with its other conduct,” was to create or maintain monopoly.

³¹ “We must assume that the jury concluded that there were no valid business reasons for the refusal”.

119. Em fins de novembro de 1999, foi promulgado o SATELLITE HOME VIEWER IMPROVEMENT ACT (SHVIA). A FCC, ao comentar a lei, observa que “a legislação em geral procura colocar as transmissoras por satélite (satellite carriers) em pé de igualdade com os operadores locais a cabo no que tange à disponibilidade da transmissão de programas, e assim propicia aos consumidores mais e melhores escolhas na seleção de um distribuidor de um programa multicanal de vídeo (³²).

120. Dentre outras coisas, continua ainda o comentário da FCC, o artigo 325(b)(3)(C) do Communications Act exige que os transmissores por satélite obtenham uma permissão de retransmissão para os sinais da emissora (broadcast) local que eles transmitem, exige que as emissoras (broadcast), até 2006, negociem em boa fé com as transmissoras por satélite e outros MVPDs relativamente à sua retransmissão dos sinais da emissoras (broadcaster). **e proíbe as emissoras de efetuar acordos exclusivos de permissão de retransmissão**” (³³).

121. A Federal Communications Commission observa ainda:

“O artigo 338 do Communications Act de 1934 (“Act”) adotado como parte do Satellite Home Viewer Improvement Act de 1999 (“SHVIA”) exige que os transmissores por satélite, até 1º de janeiro de 2002, “transmitam sob requerimento todos os sinais das estações locais de televisão nos mercados locais nos quais os transmissores por satélite transmitem pelo menos um sinal de estação emissora de televisão, condicionado às demais determinações de transmissão contidas na Lei. Até 1º de janeiro de 2002 os transmissores por satélite terão uma licença de direito autoral sem royalty para retransmitir os sinais da emissora de televisão na base de estação-para-estação, condicionada à obtenção de

³² “The legislation generally seeks to place satellite carriers on an equal footing with local cable operators when it comes to the availability of broadcast programming, and thus give consumers more and better choices in selecting a multichannel video program distributor (“MVPD”) – FCC 00-99 – In the Matter of Implementation of the Satellite Home Viewer Improvement Act of 1999 - Retransmission Consent Issues: Good Faith Negotiation and Exclusivity)

³³ “Among other things, Section 325(b)(3)(C) of the communications Act requires satellite carriers to obtain retransmission consent for the local broadcast signals they carry, requires broadcasters, until 2006, to negotiate in good faith with satellite carriers and other broadcasters from entering into exclusive retransmission consent agreements. (Ibidem).

consentimento de retransmissão da emissora. Este período de transição tem como finalidade dar tempo à indústria de satélite para começar a prover sinais de televisão local em mercados locais, também chamados de serviço de satélite de local-para-local. Neste Report and Order, adotamos regras para implementar as determinações contidas no artigo 338.⁽³⁴⁾

122. Em procedimento separado, a Comissão implementou novas alterações ao artigo 325 da Lei através das instruções estabelecidas na SHVIA. Regulações de negociação de boa fé e a proibição de exclusividade da permissão de retransmissão estão entre as exigências que a Comissão já adotou.⁽³⁵⁾

A POSIÇÃO DA COMUNIDADE EUROPÉIA

123. Não há qualquer dúvida, neste processo, de que a Representada detém posição dominante no mercado nacional de transmissão de rádio e de televisão. O que se está tentando demonstrar é se a sua **recusa em contratar** com a Representante se constitui num **abuso de posição dominante**.

124. A União Européia nos traz alguns casos à consideração, para ajudar na formação do convencimento. O primeiro caso em que esta questão foi suscita-

³⁴ Section 338 of the Communications Act of 1934 (“Act”), adopted as part of the Satellite Home Viewer Improvement Act of 1999 (“SHVIA”)³⁴ requires satellite carriers, by January 1, 2002, “to carry upon request all local television broadcast stations’ signals in local markets in which the satellite carriers carry at least one television broadcast station signal,” subject to the other carriage provisions contained in the Act. Until January 1, 2002, satellite carriers are granted a royalty-free copyright license to retransmit television broadcast signals on a station-by-station basis, subject to obtaining a broadcaster’s retransmission consent. This transition period is intended to provide the satellite industry with time to begin providing local television signals into local markets, otherwise known as “local-into-local” satellite service. In this *Report and Order*, we adopt rules to implement the provisions contained in Section 338.

³⁵ In a separate proceeding, the Commission has implemented new amendments to Section 325 of the Act per the instructions set forth in the SHVIA.³⁵ Good faith negotiation regulations and the prohibition on retransmission consent exclusivity are among the requirements the Commission has already adopted.³⁵ However, the Commission deferred adopting rules concerning the satellite retransmission consent/mandatory carriage election cycle until we considered all of the rules necessary for a local broadcast station to gain carriage on a satellite carrier under both Sections 325 and 338 of the Act. Thus, we adopt herein, election cycle rules and related policies for satellite broadcast signal carriage.

da foi o caso 6 e 7/73, decidido pelo Tribunal de Justiça em 6 de março de 1974, em que foram interessadas a **Commercial Solvents Corporation** e o Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. contra a Comissão das Comunidades Européias.

125. Nesse caso, sinteticamente, Commercial Solvents fornecia matéria prima, na qual ela era dominante, a um cliente que a usava para fabricar um remédio contra tuberculose. A matéria prima estava a “montante” (“upstream”) da droga, que estava “a jusante” ou era o produto derivado: a relação entre os mercados era vertical. Commercial Solvents decidiu produzir ela própria a droga e cessou o suprimento ao cliente. Entendeu-se que Commercial Solvents abusou de sua posição dominante: ela recusou suprir o produto em que ela era dominante, mas isto foi feito para beneficiar a sua posição no mercado de drogas, em que ela não estava ainda presente. A Corte entendeu caracterizado o **abuso de posição dominante**, verbis:

”que, entretanto, uma tal empresa, dispondo de uma posição dominante para a produção das matérias primas e por isso em condições de controlar o fornecimento dos fabricantes de produtos derivados, não poderia, por ter ela própria decidido começar a produção destes derivados, decisão pela qual ela se tornava o concorrente de seus clientes anteriores, adotar um comportamento de natureza a eliminar a concorrência destes, no caso específico para eliminar um dos principais produtores de etambutol no mercado comum;

“que um tal comportamento sendo contrário aos objetivos enunciados no artigo 3, letra f, do Tratado, explicitados pelos artigos 85 e 86, conclui-se que o detentor de uma posição dominante no mercado das matérias primas que, com a finalidade de as reservar para a sua própria produção de derivados, recusa seu fornecimento a um cliente, ele próprio produtor destes derivados com o risco de eliminar toda concorrência por parte deste cliente, explora sua posição dominante de uma forma abusiva no sentido do artigo 86”³⁶

³⁶ Arrêt de la Cour du 6 mars 1974. Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation contre Commission des Communautés Européennes. Affaire jointes 6 et 7-73.

126. É também marcante o ensinamento tirado do caso **TELEMARKETING** ⁽³⁷⁾, que guarda grande semelhança de detalhes com o presente caso. A EMENTA do julgamento diz justamente o seguinte:

“**EMENTA:** “O artigo 86 (hoje 82) do Tratado é aplicável a uma empresa que detenha posição dominante num dado mercado, mesmo quando esta posição é imputável não à atividade da própria empresa, mas à circunstância de que em razão de disposições legislativas ou regulamentares, não pode haver concorrência no mercado ou pode haver unicamente uma concorrência extremamente limitada”

Constitui um abuso no sentido do artigo 86 (hoje 82) do tratado o facto, relativamente a uma empresa que detenha uma posição dominante num dado mercado, de se reservar ou de reservar para uma empresa pertencente ao mesmo grupo, e sem necessidade objetiva, uma atividade auxiliar que poderia ser exercida por uma terceira empresa no quadro das atividades desta num mercado vizinho, mas distinto, com o risco de eliminar toda concorrência por parte desta empresa”

127. No corpo da fundamentação dessa importante decisão, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias assim se manifestou:

“A Comissão deduz do julgamento do Tribunal de 6 de março de 1974 (Commercial Solvents e.a. c/ Commission, 6 e 7/73, Rec. P. 223) que quando uma empresa, que detém uma posição dominante num mercado e que está, por isso mesmo, em condições de controlar as atividades de outras empresas presentes num mercado vizinho, decide implantar-se neste segundo mercado, ela não poderia recusar, sem um motivo válido, sem que se torne culpável de um abuso de sua posição dominante no sentido do artigo 86, de entregar o produto (ou, conforme o caso, de fornecer o serviço) no mercado em que ela ocupa já uma posição dominante, às empresas cujas atividades se situem no mercado no qual ela penetra.

“Mesmo quando o comportamento sob análise no litígio não fosse considerado como uma recusa de entregar, mas como a imposição de uma condição contratual, seria, segundo a Comissão, contrário ao artigo 86 (hoje 82). Por um lado, I.P.B., enquanto vendedor de tempo de antena, estaria impondo a qualquer outra empresa, através de operações

³⁷ Cour de Justice des Communautés Européennes. Arrêt (Cinquième Chambre) Affaire 311/84 du 3 octobre 1985 - AS Centre belge d'études de marché – télémarketing (CBEM) et AS Information publicité Benelux (IPB).

de tele-marketing, uma condição que ela não se impõe a ela própria para estas mesmas operações, a saber a condição de não utilizar seu próprio número de telefone, o que seria uma condição de transação não equitativa no sentido do artigo 86, letra a)....

.....
*“Esta constatação é igualmente válida para o caso de uma empresa que detenha uma posição dominante no mercado de um serviço indispensável para as atividades de uma outra empresa sobre um outro mercado. Se, como a jurisdição nacional já o constatou em sua determinação de reforma, as atividades de tele-marketing constituem um mercado distinto daquele de mídia publicitária escolhido, ainda que estreitamente ligado a este, e se estas atividades consistem essencialmente em colocar à disposição dos anunciantes o padrão telefônico e a equipe de telefonistas da empresa de tele-marketing, a condição, para a venda de tempo de antena, de utilizar o padrão do dirigente publicitário pertencente ao mesmo grupo que a cadeia de televisão, constitui de fato **uma recusa de fornecer os serviços desta cadeia a qualquer outra empresa de tele-marketing**. Se, além disso, **esta recusa** não está justificada por necessidades técnicas ou comerciais vinculadas ao caráter da mídia de televisão, mas tem por finalidade reservar a este dirigente toda a operação de tele-marketing difundida através da mencionada cadeia com risco de eliminar toda concorrência da parte de uma terceira empresa, este comportamento constitui um abuso proibido pelo artigo 86 (hoje 82), se as outras condições de aplicação deste artigo estiverem presentes.*

“É necessário, pois, responder à segunda questão prejudicial que constitui um abuso no sentido do artigo 86 o fato, relativamente a uma empresa que detenha uma posição dominante num determinado mercado, de se reservar ou de reservar para uma empresa pertencente ao mesmo grupo, e sem necessidade objetiva, uma atividade auxiliar que poderia ser exercida por uma terceira empresa no quadro das atividades desta num mercado vizinho, mas distinto, com o risco de eliminar toda concorrência por parte desta empresa (³⁸).

128. Caso semelhante foi também decidido pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, em 1998. Trata-se da questão “**European Night Services**”, relativa ao transporte através do túnel do Canal da Mancha, de cuja Ementa se pode extrair o seguinte trecho:

³⁸ Affaire 311/84, de 3 de outubro de 1985.

EMENTA: Transporte ferroviário – Acordos sobre os serviços ferroviários noturnos através do túnel sob o canal da Mancha – Restrições de concorrência – Diretiva 91/440/CEE – Afetação sensível do comércio – fornecimento de serviços indispensáveis - “Facilités essentielles”.

“6. Quando, ao aplicar-se o artigo 85, parágrafo 3, do tratado, a Comissão impõe, relativamente a um acordo resultante na criação de uma empresa comum, condições que visam evitar que as restrições de concorrência excedam o que é indispensável, exigindo que o acesso às infra-estruturas, produtos ou serviços seja fornecido aos terceiros nas mesmas condições que à empresa comum sob razão de que são indispensáveis, isto é que constituem facilidades essenciais, notadamente na ótica do acesso ao mercado, as empresas-mãe e/ou a empresa comum assim criada não podem ser consideradas como proprietárias de infra-estruturas, de produtos ou serviços indispensáveis ou essenciais para o acesso ao mercado relevante a menos que estas infra-estruturas, produtos ou serviços não sejam intercambiáveis e que, em razão de suas características particulares, e notadamente do custo proibitivo de sua reprodução e/ou do tempo razoável exigido para este fim, não existam alternativas viáveis para os concorrentes potenciais da empresa comum, que estariam, por essa razão, excluídas do mercado” (39).

129. No caso **Sea Containers** contra **Stena Sealink** (40) a Comissão afirma:

“uma empresa em situação de posição dominante pelo fato de ter à sua disposição uma instalação essencial, que utiliza ela própria esta instalação (isto é instalações ou equipamentos sem a utilização das quais os concorrentes não podem servir sua clientela), e que recusa a outras empresas o acesso a estas instalações sem razão objetiva ou não lhe concede senão sob condições menos favoráveis do que aquelas que ela reserva a seus próprios serviços, comete uma infração ao artigo 86 (hoje 82), se as outras condições previstas no mencionado artigo estão reunidas. Uma empresa que ocupe uma posição dominante não pode exercer discriminação em favor de suas próprias atividades num mercado conexo. O proprietário de instalações essenciais que utiliza seu poder num mercado para proteger ou reforçar sua posição sobre um outro mercado conexo, em particular recusando conceder o acesso a estas instalações a um concorrente ou lhe propiciando o acesso em condições

³⁹ . Affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94 du 15 septembre 1998. E Night Services Ltd. (ENS) e.a. contre Commission des Cautés européennes.

⁴⁰ Décision de la Commission du 21 décembre 1993 – Numéro 94/19/CE – Juridique Concurrence – 2000/2 – Lamy Droit Économique.

menos favoráveis do que aquelas de que se beneficiam seus próprios serviços, e portanto impõe uma desvantagem concorrencial ao concorrente, comete uma infração ao artigo 86 (hoje 82) ⁽⁴¹⁾.

130. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem entendido que aquela empresa que recebe dos poderes públicos direitos exclusivos e que é levada, pelo simples exercício dos direitos exclusivos que lhe foram conferidos a explorar sua posição dominante de maneira abusiva comete a infração descrita no artigo 82 do Tratado de Amsterdã. E, no caso **Merci Convenzionali Porto di Genova SpA** contra **Siderurgica Gabrielli SpA** exemplifica que o **abuso** se corporifica pela simples presença de atos como exigir o pagamento de serviços não solicitados, faturar preços desproporcionados, recusar a utilização de tecnologia moderna, conceder reduções de preços a determinados usuários com compensação concomitante destas reduções por um aumento dos preços faturados para outros usuários ⁽⁴²⁾.

131. Não se pode esquecer que a noção de exploração **abusiva** é uma noção **objetiva**, que independe, portanto, da intenção do agente, como está dito no **artigo 20** da Lei nº 8.884/94. Já em 1979, na decisão do caso **Hoffmann-La Roche & Co.** contra **Commission des Communautés** o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias salientava a característica de **objetividade** do abuso:

“A noção de exploração abusiva é uma noção objetiva que visa os comportamentos de uma empresa em posição dominante que são de natureza a influenciar a estrutura de um mercado em que, como conseqüência precisamente da presença da empresa em questão, o grau de concorrência está já enfraquecido e que têm por efeito constituir obstáculo, pelo recurso a meios diferentes daqueles que governam uma concorrência normal dos produtos ou serviços com base nas prestações dos operadores econômicos, para a manutenção do nível de concorrência existente ainda no mercado ou para o desenvolvimento desta concorrência” ⁽⁴³⁾.

132. Em caso recente o Tribunal confirmou decisão da Comissão, segundo a qual *“em determinadas circunstâncias, uma recusa de propiciar acesso a um direito de propriedade intelectual poderia constituir um abuso de posição dominante”*. No caso **MAGILL** a Comissão considerou que RTE e BBC, os

⁴¹ Ibid. nº 66.

⁴² Affaire C-179/90 du 10 décembre 1991. Juridisque Concurrence, 2000/2.

⁴³ Affaire 85/76 du 13 février 1979. Juridisque Concurrence, 2000/2.

principais emissores de televisão na Irlanda, detinham posição dominante nos mercados de fornecimento de libretos de programa (protegido por direito de autor) e que estavam abusando desta posição dominante ao recusar proporcionar detalhes de seus programas para outras revistas com mais de um dia de antecedência (⁴⁴).

⁴⁴ Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes. (Deuxième Chambre) Affaire T-69/89 du 10 juillet 1991 Radio Telefis Eireann contre la Commission des Communautés européennes. Radio Telefis Eireann contre la Commission des Communautés européennes. 3. Le marché des grilles hebdomadaires des programmes de télévision et celui des magazines de télévision, dans lesquels elles sont publiées, constituent, au regard de l'application de l'article 86 du traité, des sous-marchés de l'information sur les programmes télévisés en général. Ils offrent un produit, l'information sur les programmes hebdomadaires, pour lequel existe une demande spécifique, tant de la part des tiers désireux de publier et de commercialiser un guide général de télévision que de la part des téléspectateurs. 4. Dans le système du traité, l'article 36 doit, lorsqu'il s'agit de définir la portée de la protection qu'il entend assurer aux droits de propriété industrielle et commerciale, être interprété dans la perspective des objectifs et des actions de la Communauté, tels qu'ils sont définis par les articles 2 et 3 du traité et, en particulier, être apprécié compte tenu des exigences liées à l'établissement d'un régime de libre concurrence à l'intérieur de la Communauté, visé à ce même article 3, sous f), lesquelles s'expriment notamment à travers les interdictions énoncées aux articles 85 et 86 du traité. 5. Si la protection de l'objet spécifique du droit d'auteur confère en principe à son titulaire le droit, que ne remet pas en cause le traité, de se réserver l'exclusivité de la reproduction de l'oeuvre protégée et si l'exercice de ce droit exclusif ne présente pas, en soi, un caractère abusif, il en va différemment lorsqu'il apparaît, au vu des circonstances propres à chaque cas d'espèce, que les conditions et modalités d'exercice de ce droit exclusif poursuivent, en réalité, un but manifestement contraire aux objectifs de l'article 86 du traité. En effet, dans une telle hypothèse, l'exercice du droit d'auteur ne répond plus à la fonction essentielle de ce droit, au sens de l'article 36 du traité, qui est d'assurer la protection morale de l'oeuvre et la rémunération de l'effort créateur, dans le respect des objectifs poursuivis en particulier par l'article 86. Tel est le cas lorsqu'une société de télédiffusion exploite le droit d'auteur sur ses grilles de programmes hebdomadaires, que lui reconnaît le droit national, pour se réserver l'exclusivité de leur publication, faisant ainsi obstacle à la venue sur le marché annexe des magazines de télévision, où elle est en situation de monopole, d'un produit nouveau, regroupant les programmes de l'ensemble des chaînes susceptibles d'être captées par les téléspectateurs, pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs. 6. L'interprétation et l'application de la condition relative aux effets sur le commerce entre Etats membres, figurant à l'article 86 du traité, doivent prendre comme point de départ le but de cette condition qui est de déterminer, en matière de réglementation de la concurrence, le domaine du droit communautaire par rapport à celui des Etats membres. C'est ainsi que relève du domaine du droit communautaire toute pratique susceptible de

133. Na decisão proferida, o Tribunal afirmou:

mettre en cause la liberté du commerce entre Etats membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre les Etats membres, notamment en cloisonnant les marchés nationaux ou en modifiant la structure de la concurrence dans le marché commun. Dès lors, pour que l'article 86 soit applicable, il suffit que le comportement abusif soit de nature à affecter les échanges entre les Etats membres sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un effet actuel et réel sur le commerce interétatique. 7. Le pouvoir conféré à la Commission par l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17 d'obliger les entreprises intéressées à faire cesser une infraction constatée implique le droit pour la Commission de leur adresser certaines injonctions, de faire ou de ne pas faire, en vue de mettre fin à l'infraction. Dans cette perspective, les obligations mises à la charge de ces entreprises doivent être définies en fonction des exigences liées au rétablissement de la légalité, compte tenu des caractéristiques de l'espèce concernée. 8. L'article 234 du traité doit être interprété en ce sens qu'une convention conclue antérieurement à l'entrée en vigueur du traité ne peut être invoquée pour justifier des restrictions dans le commerce entre Etats membres. En effet, cette disposition, qui a pour objet d'assurer que l'application du traité n'affecte ni le respect dû aux droits des pays tiers résultant d'une convention antérieurement conclue avec un Etat membre, ni l'observation des obligations résultant de cette convention pour cet Etat membre, ne vise que les droits et obligations établis entre des Etats membres et des pays tiers.

Dans l'affaire T-69/89, Radio Telefis Eireann, ayant son siège social à Dublin, représentée par Mes Willy Alexander, Harry Ferment et Gerard van der Wal, avocats à la Haye, mandatés par M. Gerald F. Mc Laughlin, directeur des affaires juridiques de Radio Telefis Eireann, et par Eugene F. Collins & Son, solicitors à Dublin, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Me Ernest A.L. Arendt, 4, avenue Marie-Thérèse, partie requérante, contre Commission des Communautés européennes, représentée par M. Jacques Bourgeois, membre du service juridique, en qualité d'agent, assisté par Me Ian Forrester, Q.C., du barreau écossais, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. G. Berardis, membre du service juridique de la Commission, Centre Wagner, Kirchberg, partie défenderesse, soutenue par Magill TV Guide Limited, société de droit irlandais, établie à Dublin, représentée par M. John D. Cooke Senior Counsel, du barreau irlandais, mandaté par Gore & Grimes, solicitors à Dublin, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Me Louis Schiltz, 83, boulevard Grande-Duchesse Charlotte, partie intervenante, ayant pour objet l'annulation de la décision 89/205/CEE de la Commission du 21 décembre 1988 (JO 1989, L 78, p. 43), relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/31.851, Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE).

“3. O mercado das grades semanais dos programas de televisão e o das revistas de televisão, nos quais elas são publicadas, constituem, com relação à aplicação do artigo 86 (hoje 82) do tratado, sub-mercados da informação sobre os programas televisados em geral. Eles oferecem um produto, a informação sobre os programas semanais, para o qual existe uma demanda específica, tanto da parte dos terceiros desejosos de publicar e de comercializar um guia geral de televisão, quanto da parte dos telespectadores.

“4. No sistema do tratado, o artigo 36 deve, quando se trata de definir o alcance da proteção que pretende assegurar aos direitos de propriedade industrial e comercial, ser interpretado na perspectiva dos objetivos e das ações da Comunidade, tais como são definidos pelos artigos 2 e 3 do tratado e, em particular, ser apreciado levando em conta exigências ligadas ao estabelecimento de um regime de livre concorrência no interior da Comunidade, objetivado neste mesmo artigo 3, letra f), que se exprimem notadamente através das proibições enunciadas nos artigos 85 e 86 do tratado.

“5. Se a proteção do objeto específico do direito de autor confere em princípio a seu titular o direito, que o tratado não questiona, de se reservar a exclusividade da reprodução da obra protegida e se o exercício deste direito exclusivo não apresenta, em si, um caráter abusivo, ocorre diferentemente quando se verifica, em face das circunstâncias próprias a cada caso específico, que as condições e modalidades de exercício deste direito exclusivo perseguem, na realidade, uma finalidade manifestamente contrária aos objetivos do artigo 86 do tratado. Com efeito, numa tal hipótese, o exercício do direito de autor não corresponde mais à função essencial deste direito, no sentido do artigo 36 do tratado, que é o de assegurar a proteção moral da obra e a remuneração do esforço criador, em respeito aos objetivos perseguidos em particular pelo artigo 86. Este é o caso quando uma sociedade de teledifusão explora o direito de autor sobre as grades de programas hebdomadários, que o direito nacional lhe reconhece, para se reservar a exclusividade de sua publicação, criando assim obstáculo à entrada no mercado anexo dos magazines de televisão, em que ela está em situação de monopólio, de um produto novo, reunindo os programas do conjunto das cadeias suscetíveis de ser captadas pelos telespectadores, para o qual existe uma demanda potencial da parte dos consumidores.

“6. A interpretação e a aplicação da condição relativa aos efeitos sobre o comércio entre Estados membros, figurando no artigo 86 do tratado, devem tomar como ponto de partida a finalidade desta condição que é de determinar, em matéria de regulamentação da concorrência, o domínio do direito comunitário em relação ao dos Estados

membros. É assim que depende do direito comunitário toda prática suscetível de questionar a liberdade do comércio entre Estados membros num sentido que poderia prejudicar a realização dos objetivos de um mercado único entre os Estados membros, notadamente fechando os mercados nacionais ou modificando sua estrutura de concorrência no mercado comum. Desde então, para que o artigo 86 seja aplicável, basta que o comportamento abusivo seja de natureza a afetar o intercâmbio entre os Estados membros sem que seja necessário constar a existência de um efeito atual e real sobre o comércio entre os Estados.

134. Os direitos de exclusividade outorgados pelo Estado às empresas de televisão, através de concessões (que aliás não foram originadas de licitações públicas, como observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO), não lhes conferem direito de **discriminar outras empresas, de recusar acesso ao mercado** de outras empresas que venham a **saudavelmente** com elas concorrer, ou concorrer com suas subsidiárias.

135. A concessão do serviço público de transmissão por televisão está sujeita a determinadas proibições quanto ao modo de utilização. O direito à exclusividade decorrente da concessão estatal deve estar compatibilizado com a obrigatoriedade da **não-discriminação**. É o que está presente na decisão do caso **GIUSEPPE SACCHI** ⁽⁴⁵⁾. O Tribunal de Justiça afirma que “*de qualquer forma, o monopólio da teledistribuição constituiria um abuso de posição dominante, no sentido do artigo 86*”. Como já ressaltado no caso **Continental Can** ⁽⁴⁶⁾ “*o artigo 86 não visa somente as práticas suscetíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores, mas igualmente aquelas que lhes causem prejuízo causando lesão a uma estrutura da concorrência efetiva*”. E, na conclusão, o Tribunal afirma que “*a concessão do direito exclusivo de emitir mensagens televisadas não constitui, enquanto tal, uma violação do artigo 7 do Tratado. São, entretanto, incompatíveis com esta disposição comportamentos discriminatórios por parte de empresas que se beneficiam de tal exclusividade, em confronto com empresas de outros Estados, em razão de sua nacionalidade*”.

RECUSA DE CONCEDER ACESSO A UMA INFRAESTRUTURA ESSENCIAL

136. A Comissão define uma “*essential facility*” como uma estrutura ou infra-estrutura para estar ao alcance de clientes e/ou para possibilitar concor-

⁴⁵ Affaire 155-73, de 30 de abril de 1974.)

⁴⁶ Affaire 6-72, Europemballage Corporation/Commission, Recueil, 1973, p. 215.

rentes prosseguir suas atividades, e que não pode ser replicada por nenhum meio razoável (⁴⁷).

137. A Comissão , na Comunicação sobre o acesso (1998), parágrafo 91, afirma que para determinar, ou não, a necessidade de impor a concessão do acesso em conformidade com as regras da concorrência é necessário levar em conta os seguintes elementos, considerados em conjunto:

- ◆ O acesso à infra-estrutura deve ser essencial para permitir a concorrência entre as empresas no mercado correlato;
- ◆ Deve estar disponível uma capacidade suficiente para permitir o acesso;
- ◆ O detentor da infra-estrutura não está em condições de satisfazer a demanda num mercado já existente de serviços ou produtos, bloqueia a entrada de um potencial prestador de serviço ou produto ou impede a concorrência num mercado já existente de serviços ou produtos;
 - ◆ A empresa que pretende o acesso está disposta a pagar uma tarifa equitativa e não discriminatória e a aceitar sob todos os aspectos condições de acesso não discriminatórias;
 - ◆ Não existe nenhuma justificativa objetiva para rejeitar o acesso.

138. Como consequência e concretização desses pressupostos, a Comissão considera **essenciais**:

- ◆ As infra-estruturas aeroportuárias;
- ◆ As infra-estruturas ferroviárias;
- ◆ As redes de telecomunicações;
- ◆ As redes postais;
- ◆ As infra-estruturas de transporte de energia elétrica e do gás.

PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA PREVENTIVA

139. A Representante requereu, já em sua petição de representação, datada de 28 de setembro de 1998, **medida preventiva**, objetivando antecipar os efeitos da decisão final do processo administrativo, fundamentada no artigo 52 da Lei nº 8.884/94, que assim determina:

⁴⁷ Notice on the application of the Competition Rules to access agreements in the telecommunications sector [1988] OJ C265/3, § 68.

“em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo”.

140. Determina ainda que o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25.

141. A prática que deve cessar é a de **impedimento de acesso à TV aberta e de recusa de contratar**, como garantido pela legislação brasileira acima invocada.

142. A medida foi negada pela ANATEL, como consta do Parecer de fls. 222.

143. Dos argumentos acima enumerados, conclui-se que estão presentes os pressupostos para concessão da medida pleiteada.

144. A atitude da Representada, demonstrada como ilegal, está causando lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado, pois impede o cumprimento da lei, que determina acesso ilimitado à televisão aberta.

145. Inegável, ante o demonstrado acima, que existe não somente o *“fumus boni juris”*, mas está integralmente demonstrado e comprovado o direito da representante de ter acesso à televisão aberta. A negativa de acesso constitui uma inegável **infração à lei**.

146. Caso semelhante pode ser também apontado em decisão proferida pela Comissão Européia, na Decisão 94/19/CE, de 21 de dezembro de 1993, no caso **Sea Containers** contra **Stena Sealink**. A Comissão concedeu medida preventiva (*measure provisoire - interim measures*) requerida pela **Sea Containers Ltd.** Contra **Stena Sealink Ports** e **Stena Sealink Line**, com base no artigo 3 do Regulamento 17/62. Os fundamentos fáticos:

“A ação foi proposta porque, em violação das disposições do artigo 86 do Tratado, Stena Sealink Ports abusou de sua posição dominante enquanto proprietária e exploradora do porto de HOLYLEAD, não

permitindo à Sea Containers Ter acesso, em condições razoáveis, a instalações e infraestruturas essenciais, e se valeu de seus direitos exclusivos para proteger seus interesses comerciais enquanto exploradora de um serviço de de transbordo, sem justificativa objetiva” ⁽⁴⁸⁾.

147. O embasamento jurídico existente na União Européia é o mesmo estabelecido pelo legislador brasileiro. Determina o artigo 3 do Regulamento 17/62 que *“se a Comissão constata, por provocação ou de ofício, uma infração às disposições do artigo 81 ou do artigo 82 do tratado, ela pode obrigar por meio de decisão as empresas e associações de empresas interessadas a colocar fim à infração constatada”*.

148. Na decisão citada, a Comissão dispõe que as condições necessárias para a adoção de medidas provisórias são as seguintes:

*“presunção de infração. Na verdade, no caso presente, não se trata de presunção, mas de comprovação de infração. Está comprovado nos autos que a Representante **nega acesso à televisão aberta**. Ela própria o afirma e procura justificar.*

“urgência, motivada pela necessidade de evitar uma situação, de natureza a causar um prejuízo grave e irreparável à parte que requer tais medidas ou que é intolerável para o interesse geral. (49).

DECISÃO

149. Entendendo diferentemente da Agência Nacional de Telecomunicações, **nego provimento ao recurso de ofício, votando pela procedência da representação.**

150. Os argumentos acima expendidos me deixam inteiramente convicto de que as condutas das Representadas TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo Ltda. constituem autênticas infrações à ordem econômica, como estabelecida nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal, nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94 e também mais concretamente aos dispositivos da **Lei nº 8.977/95**, pois que demonstrado que abusam de sua posição dominante, principalmente levando em conta que essa posição dominante decorre de **concessão de serviço público**, outorgado às Representadas.

⁴⁸ Décision de la Commission du 21 décembre 1993, Numéro 94/19/CE - Jurisdisque Concurrence 2000/2 – Lamy Droit Économique.

⁴⁹ Decisão citada, nº 56.

151. Sua conduta se constitui em evidente impedimento de acesso à Representante ao seu sistema de televisão aberta, nos mesmos termos em que as Representadas concedem à sua subsidiária **NetSat Serviços Ltda. - SKY**.

152. Em vista do exposto, **voto pela concessão da Medida Preventiva** pleiteada pela Representante, nos termos em que requerida, determinando às Representadas que **concedam imediatamente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas** acesso à sua programação de TV aberta, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais).

153. **Voto** ainda pela imposição de obrigatoriedade às Representadas de **contratar com a Representante**, nas mesmas condições atualmente contratadas com a SKY, devendo o contrato estar concluído no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena adicional de multa de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais) por dia excedido desse prazo, cumulativa com a multa estabelecida no item anterior. A contratação deverá fazer-se pelos parâmetros da **boa-fé**, tomando como modelo os critérios estabelecidos pela Lei americana de 1999 acima mencionada.

154. **Voto** ainda pela imposição da multa prevista no **artigo 23** da Lei nº 8.884/94 que prevê, para o caso de empresa, a fixação de multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável.

155. Como se trata de questão nova no Direito brasileiro, que começa a ser configurada somente agora pelos órgãos de defesa da concorrência, sugiro a aplicação da multa no **percentual mínimo previsto na lei**, ou seja, **um por cento do valor do faturamento bruto** no último exercício, na forma prevista na lei, devendo as Representadas comprovar nestes autos, no prazo de **30** (trinta) dias após a publicação do acórdão o valor do seu faturamento bruto, na forma prevista legalmente, levando em conta os critérios estabelecidos no **artigo 27** da mesma Lei 8.884/94, extencível à determinação do parágrafo anterior.

156. Deverão as Representadas apresentar a esta Autarquia, na forma da lei e das resoluções que regem a espécie, os contratos que mantêm com a NetSat Serviços Ltda. - SKY, bem como os comprovantes mensais dos pagamentos efetuados, no prazo de 30 (trinta) dias da publicação do acórdão, para controle das cláusulas a serem estabelecidas com a Representante, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais), cominação

que fica estendida à determinação contida no **item 155**, em caso de seu não cumprimento.

157. A execução desta decisão deverá ser feita com todo o auxílio necessário por parte da ANATEL, que não se exime, na fase de execução, de cumprir as competências que lhe são impostas pelo **artigo 19** da **Lei 9.472**, de 16 de julho de 1997.

É o voto.

Brasília-DF., 07 de março de 2001.

João Bosco Leopoldino da Fonseca
Conselheiro-Relator

