

VOTO DE VISTA DA CONSELHEIRA HEBE ROMANO MACHADO**PRELIMINARMENTE**

Esta contenda, objeto do presente processo, adquiriu proporções políticas e sensacionalistas, vergonhosas e desnecessárias. Assistimos nos últimos três meses à ocupação de espaços na mídia e de acusações de políticos de constrangimentos ao CADE e seus integrantes, de forma injuriosa e deselegante, como se aqui os Conselheiros tivessem por hábito decidir sem a independência compatível com as prerrogativas atribuídas por lei e exaustivamente demonstradas ao longo de seus 38 anos de existência e tradição.

Evidente que não estou me dirigindo a quem não fez. Mas aos que o fizeram, vai aqui a minha manifestação de repúdio.

RAZÕES DO VOTO DE VISTA

Pedi vista no presente feito, em razão de não ter podido, durante a 1ª Sessão de julgamento, na qual o Sr. Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca proferiu seu voto, traçar as principais diferenças entre a aplicabilidade da regulamentação do MMDS, DTH e da TV a Cabo, ou seja, se era realmente possível estender as regras brasileiras de TV a CABO às questões de TV por SATÉLITE, que não estão contidas no ordenamento jurídico em vigor.

Em virtude de tal dúvida, importante, no meu entender, para que eu pudesse apresentar minhas razões de decidir, solicitei às empresas envolvidas estudos de mercado, além de todos os dados suficientes aos esclarecimentos dos fatos e elucidação do mérito da questão.

Registro, por oportuno, que dei tratamento equânime à Representante e à Representada, mantive os autos em regime de total publicidade, de tudo dando ciência a ambas as envolvidas, além de comunicá-las de que assim estava procedendo.

Recebi os Representantes legais das empresas, sempre que compareceram em meu gabinete, convidando os demais Conselheiros, meus colegas de Plenário, a participar de tais audiências.

As empresas apresentaram tempestivamente estudos e pareceres e na quantidade que quiseram, com a liberdade total sobre a abordagem dos temas ali contidos.

Tais documentos estão acostados aos autos e foram cedidos, por cópia, aos interessados.

Assim é que encontram-se nos autos, após o voto do Ilustre Conselheiro Relator, os seguintes documentos:

- Parecer Econômico do Dr. Arthur Barrionuevo, trazido pela DIRECTV;
- Parecer Econômico do Dr. Ruy Santacruz, trazido pela Globo;
- Pesquisa realizada pelo IBOPE, comprovando qual a audiência da Globo entre os assinantes da DIRECTV é semelhante ou superior à audiência entre assinantes da SKY;
- Pesquisa DATAFOLHA, indicando quais foram os fatores de importância na compra da assinatura;
- Traduções livres sobre informações relativas às empresas HUGHES ELECTRONICS CORPORATION e DIRECTV LATIN AMERICA, LLC;
- Tradução livre sobre a fusão da PANAMSAT, líder mundial em comunicações comerciais Via Satélite, com a GALAXY, pertencente à HUGHES ELECTRONICS;
- Parecer da Dra. Neide Teresinha Malard;
- Provas documentais emitidas pelo Banco Goldmam Schs, atestando que a instituição jamais foi contratada pela Globo e que as opiniões do relatório expressam apenas opiniões de analistas de mercado;
- Documento sobre as audiências públicas realizadas no CADE, por solicitação da DIRECTV e da Globo;
- Comentários da DIRECTV sobre a audiência pública da Globo;
- Cópias de transparências da apresentação da ANATEL ao CADE;
- Encerramento da instrução.

Em 30 de maio encerrei a instrução, por considerá-la suficiente ao meu juízo de convicção.

Deixo de fazer novo relatório, por entender que o Sr. Conselheiro Relator já o fez e o assunto tornou-se objeto de domínio público.

QUESTÃO PRELIMINAR

Inicialmente, dentre as discussões que tivemos sobre a matéria nos Seminários Internos, realizados às terças-feiras, às 16:00 horas, entre os Conselheiros, levantou-se dúvidas, que também foram transmitidas às partes envolvidas neste processo (DIRECTV e GLOBO), sobre a competência da ANATEL para instruir o processo.

Buscando respaldo na Lei Geral de Telecomunicações e no Código de Processo Civil, verifiquei que o processo teve seu curso normal, mesmo porque o CADE aceitou o feito, quando de sua distribuição, e o instruiu, complementarmente, pelo período de **(VER NO PROTOCOLO / QUANTO TEMPO O PROCESSO FICOU NO CADE)** meses. Os autos foram enviados à Procuradoria-Geral do CADE, órgão responsável pela avaliação da legalidade do processo aqui em andamento, o qual foi incluído em pauta, sendo o mérito discutido em Seminário Interno, duas semanas antes de ser votado (o Conselheiro Relator proferiu seu voto e todos estes atos foram juridicamente válidos e aceitos pelo CADE).

A LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES – nº 9.472, de 16.07.97, em seu art. 19 diz que : *{Transcrever o Art. 19}*

Aí tem-se como clara a competência da ANATEL no que concerne à questão da Competência a ser argüida neste momento.

O Código de Processo Civil indica que o exercício da argüição de incompetência precluiu no momento em que o CADE permitiu que o processo tivesse seu curso legalmente exercitado, com o elenco dos feitos anteriormente citados.

A inércia do CADE sobre a questão, mormente após o Voto do Relator, impede que agora se faça argüição sobre a competência da Anatel para instrução do feito, em razão de duas situações:

- 1 – a Lei Geral de Telecomunicações faz menção à competência da Anatel em feitos da espécie. A Anatel cumpriu a determinação legal e recorreu de Ofício ao CADE;
- 2 – o CADE tem competência complementar atribuída por Lei para instruir feitos que envolvem atos de natureza concorrencial, e o fez durante um ano.

Desta forma, em estando o processo instruído pela ANATEL e pelo CADE, entendo encerrada a discussão sobre a matéria, e dou-me por competente para proferir meu voto, o segundo na ordem de votação.

Aliás, caso esta situação fosse argüida a esta altura do julgamento, estaríamos diante de constrangimento praticado contra o Ilustre Relator e contra a Procuradoria-Geral, que já se manifestaram nos autos, entendendo que estavam agindo legalmente.

Vale registrar, para dar respaldo à questão, que a GLOBO acostou aos autos Parecer da Dra. Neide Terezinha Malard, ex-Conselheira desta Casa, que assim se manifesta sobre a questão:

“11. Dispõe, ainda, a Anatel de competência para , na esfera administrativa, deliberar quanto à interpretação da legislação das telecomunicações e sobre os casos omissos (art. 19, inciso XVI). Trata-se de competência exclusiva, não compartilhada com qualquer outro órgão ou entidade da Administração. A interpretação da Anatel equipara-se, portanto, a uma interpretação autêntica, à medida em que se impõe aos demais órgãos e entidades do Poder Executivo.

12. Além das questões regulatórias, tem a Anatel poderes para instaurar os processos de condutas infratoras da ordem econômica, previstos na Lei 8.884/94, bem como fazer a instrução dos atos de concentração que devem ser submetidos à aprovação do CADE. Essas competências conferidas à Anatel na esfera da defesa da concorrência justificam-se pelas peculiaridades do mercado de telecomunicações, onde as questões concorrenciais muitas vezes estão imbricadas com aquelas pertinentes à regulação. Por certo, foi esta razão por que o legislador excluiu a participação, na instrução do processo administrativo, dos outros órgãos da estrutura da defesa da concorrência, quais sejam, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e a Secretaria de Direito Econômico – SDE.

.....
.....

15. Em matéria de telecomunicações, as competências judicantes do CADE foram expressamente preservadas, conforme disposto no art. 19, inciso XIX, da Lei 9.472/97. Desta feita, quando se tratar de infração contra a ordem econômica, à Anatel cabe a iniciativa do processo, de ofício ou mediante representação, o qual, depois de instruído, é remetido ao CADE para julgamento. Esta é a estrutura da defesa da concorrência para o setor de telecomunicações”.

DO MERÍTO

O processo ora em análise, de acordo com o constante no voto do Relator, foi instaurado pela Agência Nacional de Telecomunicações para apu-

rar fatos nos quais a “TVA, atual GALAXY, representa 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”.

O item 14 do Voto do Ilustre Relator diz que:

“A denúncia se alicerça no fato de a TVA, através de sua distribuidora de serviços 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, filiado 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.”

O item 16 do voto do I. Relator ainda acrescentou que :

“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 no mercado. Tal fato foi apontado pela própria Globo, a fls. 689 e seguintes, como vantagem concorrencial”. (GRIFEI)

Esta é a denúncia, a qual será objeto de análise no decorrer deste voto, à luz do que contém o Voto do I. Relator.

Acolho os entendimentos contidos no Voto do I. Relator no que concerne ao título, “e seu conteúdo” **DISTINÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO DOS SINAIS DE TELEVISÃO**, incluindo os itens 18 a 27, principalmente no que concerne ao item 24 que afirma ser “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 8.977/95, e nela especificamente o artigo 23, conhecido na linguagem técnica como dispositivo “must carry”.”

DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE – PRODUTO

Diz o voto do Conselheiro Relator no item 28 que, sobre a definição do mercado relevante:

“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.” (Competition Law. Third edition. London, Butterworths, 1993, p. 248-249).”

Continua o voto do Relator no item 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”.

Em observação de nota de rodapé contida no voto do I. Conselheiro Relator, relativamente ao item 30 consta: “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 Unidet 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 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]).”

Encerra o Conselheiro Relator concluindo que:

“do ponto de vista da intercambialidade, 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).” (GRIFEI)

Em parecer encomendado pela DIRECTV, ao Ilustre ex-Conselheiro desta Autarquia – Economista e Professor da FGV Dr. Arthur Barrionuevo

Filho tem - se que o mercado relevante de produto ficou definido como “mercado relevante de TV por Assinatura”, tida como “uma definição mais completa do mercado relevante de produto”.

Registra-se que;

O Parecer do douto Professor, juntado ao processo pela DIRECTV, veio apenso a um ofício da representante, datada de 14.04.2001, na qual consta

“Nada obstante seja entendimento da peticionaria que os autos do processo já continha todos os elementos necessários a formação da causa de decidir o que, aliás, possibilitou a prolação do voto do Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, através da presente pede deferimento para juntada do parecer do prof. Arthur Barrionuevo Filho, reiterando a existência do direito subjetivo, objeto da presente demanda”. (GRIFEI)

Pelo que se vê à luz das reflexões transcritas, o Parecer não só contraditou os argumentos expendidos pelo Ilustríssimo Relator, como veio demonstrar que a diligência era necessária e indispensável, pois, inclusive, serviu de subsidio para as minhas conclusões.

Prossegue o Parecerista da DIRECTV:

“O serviço de TV por Assinatura, segundo uma definição tradicional do “Code of Federal Regulations” dos EUA é aquele de “transmissão em um único sentido para assinantes de programação de vídeo.” É portanto, um serviço fornecido por companhias de televisão com contrapartida monetária. Ressalte-se que esta é uma definição tradicional, porque a convergência tecnológica ocasionada pela digitalização da transmissão de informações (imagens, sons, arquivos de dados em geral) deve alterar, nos próximos anos, o caráter de transmissão em um único sentido (conceito de TV interativa). De qualquer forma, pode-se aceitá-la como definição operacional para o caso em questão.

Adotada esta definição de TV por Assinatura, pode-se separar o serviço de transmissão, daquele da programação de vídeo. A partir daí, pode-se examinar as diferentes formas pelas quais o sinal é transmitido e, como estas diversas tecnologias moldam o mercado relevante.”

“Atualmente no Brasil existem três tipos de tecnologia para o fornecimento de TV por Assinatura

O primeiro deles é o cabo, no qual o sinal de TV gerado no head-end – levado até os domicílios por uma rede constituída por cabos coaxiais e eventualmente fibras ópticas - ...”.

“O segundo sistema é o chamado de MMDS (Multichannel Multipoint Distribution Service --Serviço de Distribuição Multiponto e Multicanal). Neste sistema o sinal é composto no head-end para possibilitar a sua transmissão até os assinantes através de um sistema UHF. Cada assinante possui, obrigatoriamente, uma antena receptora e um aparelho decodificador.”

“Da mesma forma que na TV a cabo, o sinal gerado no head-end é composto a partir dos sinais recebidos de programadoras locais e distantes”.

“O terceiro sistema é chamado de DTH (Direct to Home – Direto ao Lar) e permite que o sinal gerado pela operadora seja recebido no domicílio do assinante diretamente do satélite por ela “alimentado”. Para tanto, o assinante deve possuir um pequena antena parabólica e um decodificador. A operadora preferencialmente, deve estar instalada em uma região de condições meteorológicas estáveis.”

.....
“A composição deste mercado, por sua vez, vem se alterando de forma significativa quanto às tecnologias dominantes e, portanto, quanto aos fornecedores do serviço. Desde a introdução do sistema DTH, a sua participação de mercado vem crescendo significativamente, de cerca de 9% em 1997 para 33% em dezembro de 2000. Este aumento de participação de mercado vem ocorrendo às custas dos sistemas já estabelecidos, como o de cabo e MMDS”.

Embora não esteja abordado, no voto do Conselheiro Relator, tamanha abrangência sobre o mercado relevante de produtos, visto que, no voto, o I. Conselheiro adota apenas o mercado de DTH, entendo que o conceito trazido aos autos pelo Dr. Arthur Barrionuevo, não só acrescenta dados importantes, como contribui com a definição clássica de mercado relevante que compreende todos os produtos/serviços considerados substitutos entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Esta definição demonstra que os produtos possuem características técnicas e de comercialização que justificam seu agrupamento.

No Parecer trazido pela GLOBO, de autoria do ex- Conselheiro desta Casa Dr. RUY SANTACRUZ, tem-se a conclusão que:

“..., considerando as características do mercado e a denúncia em questão – recusa de negociação com a finalidade de dominar mercado relevante de bens e serviços” o mercado de origem (a montante) é definido como “canais para televisão (TV Aberta e TV Fechada) e programação avulsa” e o mercado alvo (a jusante) como o de serviço de distribuição de TV Fechada pelo sistema DTH”. (fls 15 do Parecer)

Poderíamos restringir o mercado relevante de produtos apenas como o de serviço de distribuição de TV Fechada pelo sistema DTH. Realmente é o mercado objeto da questão. No entanto, o próprio Parecer do I. ex- Conselheiro Ruy Santacruz, considera que:

“ ... do ponto de vista da demanda, todos os programas distribuídos por todos os tipos de transporte são, teoricamente, substitutos. Nesse sentido, é possível afirmar com segurança que a programação das TVs Abertas e Fechadas concorrem entre si.

.....

.....

Essa disposição do consumidor de pagar por algo semelhante àquilo que ele pode ter sem custos, indica claramente que ele busca mais do que está sendo oferecido pela TV Aberta, o que, em princípio, demonstra que a TV Fechada constitui um mercado independente. Dessa maneira, é possível distinguir a parcela da oferta de TV Fechada (via cabo, MMDS e satélite) como um mercado em si mesmo, sendo certo que concorrem entre si naqueles locais que todas as tecnologias estão disponíveis para o consumidor. Ou seja, nas localidades em que várias tecnologias de TV Fechada constituem-se em alternativas para o consumidor o mercado do produto é o de TV Fechada como um todo”

Por estas razões, adoto o mercado relevante de produto como sendo o de TV por Assinatura, conforme bem demonstrado no Parecer trazido pela DIRECTV.

No que concerne ao mercado geográfico, em razão das extensas áreas nas quais as empresas ofertam os serviços em condições concorrenciais homogêneas, em termos de preços e qualidade, adoto a definição contida no voto do Conselheiro Relator, como sendo o mercado geográfico nacional.

Registre-se que, embora o processo se restrinja à solicitação de sinal da Rede Globo em quatro cidades somente, existem perspectivas de ampliação

da oferta do sinal daquela emissora à sua distribuidora SKY, em outras cidades além daquelas citadas nos autos, o que reforça a tese de abrangência do mercado geográfico.

POSIÇÃO DOMINANTE DAS REPRESENTADAS

De acordo com o voto do Relator, as Representadas:

“reconhecem e confessam” que exercem domínio de mercado quanto à rede aberta, detendo aproximadamente 50% do total de telespectadores e 70% 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”. (diz o Conselheiro Relator).

É evidente que não se questiona aqui a preferência do consumidor pela rede aberta de televisão na qual a programação é do agrado popular. O que se discute no presente processo é a questão da preferência do consumidor, relativamente à aquisição de sinais da TV por Assinatura. (este é o mercado trazido aos autos pelas Representantes).

O Conselheiro Ruy Santacruz, em seu Parecer, afirma que:

“...sendo a TV Aberta oferecida sem custos para o consumidor, o fato de ele estar disposto a despender recursos para acessar uma maior variedade de canais com programas diferenciados, distribuídos por tecnologia distinta, significa que ele percebe os produtos de maneira diferente – não por um ou outro tipo de programação, mas pelo “pacote” de programações diferenciadas disponíveis.”

Discutiremos, também, se o consumidor em geral imigra da TV Aberta para a TV por Assinatura, passando a pagar pelo produto que possui gratuitamente, apenas para ter uma melhor qualidade de imagem, a divulgação de filmes e de desenhos animados.

Vejamos o que diz o Professor Arthur Barrionuevo:

“Os fornecedores de sinal aberto de televisão, ofertam um serviço substituto, que não está suficientemente próximo da TV por Assinatura, para ser considerado dentro do mesmo mercado relevante. Ou seja, conceitualmente, pode-se afirmar que a elasticidade cruzada da demanda entre os serviços prestados pelas emissoras abertas e os

serviços de TV por Assinatura não é suficientemente forte para incluir todos os fornecedores em um mesmo mercado.

Em outras palavras, um pequeno mas significativo aumento nos preços, na mensalidade de qualquer um dos preços, na mensalidade de qualquer um dos sistemas de TV por Assinatura (por exemplo o cabo), ocasionará um aumento na demanda pelo outros dois sistemas (MMDS e DTH). Mas ocasionaria uma fraca influência no uso dos sistemas abertos de televisão.”

Portanto, no que se refere ao serviço de transmissão, a TV por Assinatura se diferencia da TV aberta por três características principais:

1 - preço pago pelo consumidor, que no primeiro caso inclui um custo de instalação e mensalidade enquanto na segundo o acesso é gratuito;

2- variedade de conteúdos, pois, enquanto na TV aberta o acesso se restringe ao conteúdo das concessionárias existentes (identidade entre transmissora e canal de programação), que, mesmo nas cidades mais desenvolvidas, não atinge 10 alternativas (incluindo as concessionárias mais conhecidas como Globo, SBT, Bandeirantes, Record, Rede das Emissoras Educativas e, e eventualmente emissoras regionais), no mercado de TV por Assinatura, cada empresa possui dezenas de alternativas de programação (no caso do MMDS, existe um máximo de 31 canais, a TV a Cabo tem uma média de 70 canais e o DTH, uma média de 120 canais);

3- qualidade de transmissão, que é, em geral, superior na TV por Assinatura, independente de alternativa tecnológica.

O consumidor da TV por Assinatura paga por maior variedade de programação e de qualidade de transmissão, configurando um mercado distinto.

E continua o Professor Barrionuevo:

“embora em mercados distintos, existe uma forte ligação entre esses dois serviços, na fase em que o Brasil se encontra no Ciclo de Vida do Produto – ainda de introdução da TV por assinatura – dadas pelas seguintes relações, quais sejam:

I-O conjunto de consumidores de TV por Assinatura é formado por consumidores que migraram da TV aberta, ou seja, todos os assinantes da TV paga, até bem pouco eram consumidores da TV aberta e, mais ainda, os futuros novos assinantes da TV paga virão da audiência da TV aberta. (Grifei)

.....

.....

Essas assertivas podem ser comprovadas com as informações sobre as características do mercado de TV aberta. As cinco maiores redes nacionais de transmissão aberta e suas afiliadas locais fornecem seus serviços para mais de 95% dos domicílios brasileiros, sem o pagamento de taxa de adesão ou mensalidade, já que as redes de televisão aberta e as estações de transmissão locais sobrevivem através da venda de espaço publicitário em sua programação.

.....

A concorrência entre esses players ocorre necessariamente por audiência, pois este é o principal indicador para definir o valor cobrado pelos intervalos comerciais. A importância das verbas publicitárias para a TV aberta é demonstrada pelo fato que 83% do investimento em propaganda do mercado brasileiro são destinados a essa mídia.

.....

A TV por assinatura tem um grande potencial de crescimento, apesar da baixa penetração. Calcula-se que entre setembro de 98 e setembro de 99, a penetração da TV paga era ligeiramente superior a 10% dos domicílios nas principais regiões metropolitanas do país e, que este serviço ainda é um artigo de luxo, pois dos usuários de TV por assinatura 36% são da classe A e 48% da classe B, significando 84% do total.” (GRIFEI)

Assim, resta claro que a maioria dos consumidores da TV aberta, imigram pra o Sistema de TV por Assinatura, para contar com uma programação diferenciada, mesmo que tenha de arcar com o custo adicional do equipamento de recepção.

Segundo o Parecer da ANATEL, a Globo detém 35,65% da capacidade de transmissão de programação já instalada no mercado de TV aberta, seguida pela SBT com 15,51% e o restante com as demais emissoras.

Mesmo com dados pouco diferentes, verifica-se que as Representadas detêm posição dominante no mercado de TV aberta.

Já no mercado de TV por assinatura, embora a Globo atualmente detenha destacada posição, não se pode afirmar que esta posição seja dominante, haja vista que sua concorrente tem posicionamento próxima na participação desse mercado.

Segundo Parecer da ANATEL, a DIRECTV tinha por ocasião da emissão do Parecer (maio de 1999), 49,50% de participação no mercado de DTH (no Brasil), seguida pela Globo (SKY) com 41,93%, e da Tecsats com 8,57%.

A Globo (SKY) apresentou os seguintes dados.

	Dez. /1997	Dez./1998	Dez./1999	Dez./2000
Globo SKY	37%	58%	55%	55%
Directv	63%	42%	38%	40%
Tecsats			06%	05%

Os números acima, apresentados pela Globo, em que pese serem diferentes dos apresentados pela ANATEL, demonstram que nesse mercado as participações são bastante próximas, o que denota um certo equilíbrio e estabilidade na expansão desse mercado, visto que referidos número são praticamente confirmados pela DIRECTV, no parecer do Prof. Barrionuevo, que demonstra também uma tendência discreta de queda seguida de estabilidade, afastando por completo os riscos de danos jurídicos alegados pelas Representantes.

	1997	1998	1999	2000
Globo SKY	37%	56%	53%	53%
Directv	63%	44%	38%	41%
Tecsats			09%	06%

Conforme se verifica pelos números indicados, a oferta do sinal da Globo não inibiu a entrada de mais um concorrente no mercado de TV por Assinatura, em que pese se tratar de uma empresa que presta serviço específico, com público alvo altamente direcionado para Hotéis, Motéis etc... .

O Voto do Conselheiro Relator, no item concernente à posição dominante das Representadas, está todo fundamentado num documento relativo à Conferência ocorrida em Nova York, no mês de outubro de 2000, promovida pela Goldman Sachs.

Dentre os questionamentos havidos quanto à validade de tal documento, percebe-se que algumas afirmativas ali contidas não traduzem tecnicamente a realidade dos fatos, a partir da afirmação de que:

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

“[.....]”.

“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 para MMDS e DTH). Se a Lei de must-carry for estendida às empresas de DTH e MMDS, isto seria 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 Net Sat, 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 eventualmente, a fazer com que a Globo perca sua liderança na audiência. Um provedor de serviço que provavelmente o levará, a Globo ainda reconhece que pode oferecer à Globo Cabo e à Net Sat uma vantagem competitiva sobre os competidores dos sistemas 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”.

Pois bem, este é o ponto para o qual o CADE deve estar atento. Primeiramente, para o fato de que a TV a Cabo, inclusive a TVA, é alvo do

must-carry, ou seja, todas as empresas de TV a Cabo carregam obrigatoriamente o sinal das TV's abertas, não só da GLOBO, mas também do SBT, da RECORD, da BANDEIRANTES, da MANCHETE, da Padre ANCHIETA, da TV VIDA, da CNT, da FUNDAÇÃO ROQUETE PINTO, da JOVEM PAN, da CNT, etc... .

Em seguida, para o fato de que o must-carry não se aplica ao sistema DTH e MMDS, que são sinais transmitidos por satélite. A Legislação Brasileira, diferentemente das demais legislações internacionais, não dispõe sobre a obrigatoriedade de carregar o sinal das TV's abertas nos sistemas de transmissão via satélite, tanto assim que o SBT não dispõe de seu sinal via DTH.

Deve atentar, ainda, para o fato de que a DIRECTV, transmissora de sinais por via satélite, principalmente do sistema DTH, é a maior provedora de serviços de DTH das Américas, o que demonstra o elevado nível de concentração de oferta no mercado mundial, tais afirmativas se comprovam a partir de documento traduzido livremente pela DIRECTV, devidamente juntado aos autos, VERBIS:

“DIRECTV Latin América, LLC

DIRECTV Latin America, LLC (anteriormente denominada Galaxy Latin America) é uma empresa multinacional constituída em 13 de fevereiro de 1995, pertencente à Hughes Electronics Corporation e Darlene Investimentos, LLC, uma filiada do Grupo Cisneros. A empresa foi criada para prestar o serviço **DIRECTV™** para a América Latina e Caribe e fornecer entretenimento audiovisual via satélite direct-to-home (DTH), para essa região. A **DIRECTV** é pioneira e líder na região.

No dia 8 de dezembro de 1997, um segundo satélite, o Galaxy VIII-i, foi lançado para expandir os serviços **DIRECTV** na América Latina. O novo satélite fornece **DIRECTV** com 32 *transponders* para cobrir toda a América Latina e Caribe. Este satélite tinha a capacidade transmitir 300 canais de áudio e vídeo, bem como dados e serviços de entretenimento que estão sendo desenvolvidos atualmente. A **DIRECTV** oferece mais canais e tem uma melhor cobertura que qualquer outro serviço de sistema DTH (direct-to-home) na América e no Caribe.

Desde o Lançamento do serviço em 1996, a **DIRECTV** atualmente cobre 97 por cento do seu mercado alvo e atinge mais de um milhão de consumidores na região. A **DIRECTV** encontra-se atualmente disponível na Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Porto Rico, Trinidad e Tobago, Venezuela e diversas ilhas no Caribe, atingindo um total de 27 mercados.

Os assinantes dos serviços **DIRECTV** recebem as melhores opções de entretenimento com imagens digitais de alta nitidez e som com qualidade de CD. A programação é um mix dos melhores provedores internacionais de entretenimento para a América Latina, Estados Unidos, Europa e Ásia. O **DIRECTV** foi o primeiro serviço a introduzir um guia de programação interativo e canais pay-per-view com sucesso de lançamento dos sete principais estúdios de dos Estados Unidos e de mais de 20 fornecedores independentes. De um modo geral, a **DIRECTV** transmite mais de 5.000 horas de programação diária.

A **DIRECTV** Latin América atualmente opera cinco centros de transmissão localizados em Long Beach, Califórnia, EUA; Cidade do México, México; Caracas, Venezuela; São Paulo, Brasil, e Buenos Aires, Argentina. A empresa tem escritórios em Buenos Aires, Argentina; Caracas, Venezuela; Fort Lauderdale, EUA; Cidade do México, México e São Paulo, Brasil.

Novembro 2000

E, por derradeiro, para o fato de que o Relatório, cujo conteúdo foi objeto de decisão do Conselheiro Relator, refere-se todo tempo à falta de legislação específica, no ordenamento jurídico brasileiro, que abrigue o must-carry, ou seja, a obrigatoriedade de carregar o sinal da TV aberta nos serviços de TV por assinatura, em transmissão por satélite, haja vista o exemplo das demais emissoras de TV Aberta.

Não se pode perder de vista o fato de que a aquisição do Sinal por Satélite DTH (SKY ou **DIRECTV**) é diferente do custo do Sinal por Cabo da TVA e da NET, apesar de que nem sempre o consumidor tenha condições de comprar a Tv a cabo ou DTH, visto que a cobertura por cabo é restrita a certos locais. Os custos comparativos referem-se apenas aos locais indicados no presente processo.

Assim, para que o consumidor possa ter acesso ao DTH é preciso, primeiro, pagar o custo (mais elevado) pela opção; segundo, que o produto adquirido realmente lhe oferte algo diferenciado que justifique o custo, já que possui opções mais baratas no sinal a cabo, e gratuito na TV Aberta.

Conforme se verifica, o DTH não significa uma alternativa econômica racional para os consumidores do TV por Assinatura, visto que o conteúdo trivial de programação lhe está disponível de forma menos onerosa.

É preciso, ainda, que o consumidor do DTH, tenha realmente gosto e conhecimento sofisticados, além de condições econômicas privilegiadas para fazer parte do grupo de elite que consome os serviços.

ÂMBITO ADMINISTRATIVO E CONCORRENCIAL

Este é outro item do Voto do I. Conselheiro Relator do qual discordo, tendo em vista que:

Afirma o I. Conselheiro, no item 43: “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 circunstancia 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”. (cita, para tanto, o caso ADP e AIR FRANCE, contra TAT European Airlines).

Ora, a citação trazida aos autos afigura-se-me totalmente inaplicável, por se tratar de decisão emanada de Tribunal de Conflitos, cujo caráter é de instância superior aos órgãos públicos envolvidos. Aquele Tribunal tem competência para decidir questões da espécie. Num conflito de competência entre o CADE e a ANATEL, a questão também seria decidida pelo Judiciário e, neste caso, em última palavra especificamente pelo Superior Tribunal de Justiça. Mas não é a hipótese. A questão que aqui se discute, nem de perto se assemelha ao exemplo trazido à colação no nº 43 do voto em comento.

Mas ainda que assim não fosse, no item 44, o I. Conselheiro traz como exemplo, decisão da Comissão Européia na aplicação do Art. 82 (antigo art. 86) do Tratado de Roma, cuja característica jurídica é de supranacionalidade, característica esta que o CADE não tem.

É evidente que, para fins de pesquisa e desenvolvimento de grandes teses sobre o ordenamento jurídico brasileiro, a citação é de grande valia, mas para o caso em análise não se aplica por duas razões: primeira, em razão da finalidade do CADE, segunda, pela argumentação sobre a recusa de venda e de vedação da “essential facilities” (facilidade essencial), que será comentada adiante, neste voto.

No que concerne às competências complementares entre a ANATEL e o CADE, o ordenamento jurídico brasileiro as distingue com muita clareza, sendo as da ANATEL previstas na Lei 9472/97 e as do CADE na Lei 8884/84, sem que se verifique qualquer conflito.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Neste item, o I. Conselheiro Relator faz uma série de citações sobre a constituição Federal, no que concerne à legalidade do tema e competência dos órgãos públicos envolvidos no presente processo.

Refere-se ao serviço de telecomunicações e de radiodifusão, entrelaçando-os com o Direito Administrativo e o Direito Econômico, para afirmar que a estes se agrega o contido no art. 175 da constituição Federal, o qual determina a obrigatoriedade da utilização do processo licitatório nos serviços de concessão ou permissão de serviços públicos, transcrevendo uma crítica a este instituto, de autoria do Jurista CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em seu livro “Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, São Paulo, Malheiro, 1999, P. 501-502, nota 5”. (GRIFEI)

É de ressaltar que se o ordenamento jurídico brasileiro é falho e dispensa “tratamento escandaloso” no entender do renomado Jurista, revelando “que inexiste coragem para enfrentar ou sequer incomodar forças tão poderosas”, esta não é a atribuição do CADE. Os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo têm, em suas funções, mecanismos próprios para solucionar tal questão.

Ademais, o item citado do renomado autor diz respeito a questão não ventilados neste processo, daí a inadequação para o caso.

O Conselheiro Relator encerra seu pensamento citando o art. 220 da Constituição Federal, sobre a liberdade de manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, além de mencionar o § 1º do referido artigo, verbis:

“nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o dispositivo no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

Este não é o cerne dessa discussão, visto que se trata de analisar dispositivos que não cerceiem a liberdade de expressão.

Bandeira de Mello, tão citado pelo Ilustre Conselheiro Relator, em Parecer favorável à Globo e acostado aos autos, assevera que:

De seu turno, a Norma nº 008/97, isto é, a Norma de Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e Áudio **por Assinatura Via Satélite (D-TH)**, aprovada pela portaria nº 321, de 21 de maio de 1997, expedida pelo Ministro de Estado das Comunicações, estatui:

“5.3. A transmissão de programação de concessionária ou permissionária de Serviços de Radiodifusão através do Serviço DTH **so-mente poderá ser feita após celebração do respectivo contrato de cessão de programação entre as partes**, respeitando as condições nele estabelecidas e na legislação pertinente”.

2. Ambos os textos transcritos são de clareza meridiana. O primeiro deles constitui-se em norma legal que, **em tema de radiodifusão**, protege o direito autorial, cuja consagração genérica está explícita na Constituição do País, conforme art. 5º, XXVII, segundo cujos termos:

“aos autores pertence o direito exclusivo de utilização de reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

O segundo é o regramento específico dos Serviços de Radiodifusão por Satélite, os quais não foram objeto de disciplina por lei.

Tanto de um quanto do outro resulta meridianamente claro que as emissoras de TV aberta, isto é, as empresas de radiodifusão de sons e imagens que decidirão se os seus programas serão ou não utilizáveis por terceiros para fins de reprodução ou retransmissão, visto que elas compete outorgar ou deixar de outorgar autorização para tanto, de tal sorte que concessionária ou permissionários serviços de televisão por satélite só disporão destes programas se contratualmente lhe houverem sido cedidos pelas sobreditas emissoras.

3. Assim, para que se pudesse cogitar de intelecção diversa daquela que é dada pelos textos transcritos seria necessário que padecessem de inconstitucionalidade, direta ou indireta, ou que norma sucessiva, de gradação igual ou superior, atinamente ao **mesmo objeto temático**, houvesse ofertado tratamento distinto e incompatível com o que neles se dispôs. Se se quiser levar a indagação aos extremos – como sempre convém - ter-se-á, ainda, que indagar se o regulado nos diplomas referidos contrapõe-se a algum princípio maior dessorável, ao menos por implicitude, de legislação sucessiva a eles.

Fixadas estas premissas óbvias, pode-se passar ao exame do questionado.

4. Não há disposição constitucional alguma da qual se possa depreender que uma emissora de radiodifusão tem o dever de ceder a operadora de serviços de televisão por satélite - que são, na realidade efetiva, simples

transportadoras de sinais de televisão – os programas que haja concebido ou programado.

A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA DA ÁREA DE TELECOMUNICAÇÃO

Aqui o Conselheiro Relator transcreve os trechos da legislação pertinente às telecomunicações, os quais permito-me não repetir, por serem de domínio público, e levado em conta que adiante os comentarei.

INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ARTIGO 23

O I. Conselheiro Relator nos nº 62 e 63 de seu voto, procurou interpretar apenas o art. 23 da Lei 9472, de 16 de julho de 1997, afirmando que:

“62. O legislador, quando emitiu a norma contida no art. 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”.

A partir desta afirmação, durante a leitura do voto feita pelo Conselheiro Relator, passei a ter dúvidas de origem estrutural sobre o ordenamento jurídico específico da área suas determinações e extensões. Busquei o máximo de informações junto às partes envolvidas no Processo, sendo que a Reclamante – DIERECTV, insistiu muito na questão subjetiva da interpretação da norma e de sua aplicação por extensão, visto que objetivamente o ordenamento pátrio nada dispõe sobre a questão.

Pesquisando sobre como foi redigida a lei e sua tramitação no Congresso Nacional, verifiquei que:

1- Existe um projeto de Lei tramitando no Congresso Nacional,, de nº 02202, que “DISPÕE SOBRE O SERVIÇO DE TELEVISÃO POR ASSINATURA VIA SATÉLITE E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”, em regime de tramitação ordinária, cuja emeneta é “PROPOSTA DE LEGISLAÇÃO PARA O SERVIÇO DTH, INCLUINDO ESTATUTO PÚBLICO, REQUI-

SITOS DE COMPLEMENTARIEDADE E COMPETITIVIDADE, donde se verifica que o serviço de DTH ainda não é lei. Por enquanto está regulado por Portaria, cujo teor será amplamente divulgado neste Voto.

2- As transmissões por satélite não são discutidas como “outro meio mais moderno que viesse a ser criado”, pois as regras internas sobre DTH foram elaboradas em 21 de maio de 1997, quase dois meses antes da promulgação da Lei Geral de Telecomunicações, de 16 de julho de 1997.

3- Antes mesmo de ser criada a Lei do Cabo, a questão já era de domínio tecnológico nos EUA, que têm total interação técnica e política com o Brasil, além, é claro, de ser do conhecimento de todos que transmissões por satélites já existiam no mundo inteiro. Quando se discutiu a Lei 8977, de 06 de janeiro de 1995, para a criação da ANATEL, o legislador de CABO, não por desconhecer “outro meio mais moderno”, mas por entender que os assuntos são distintos e devem ser distintos os tratamentos para cada caso, não incluiu aí a questão das transmissões por Satélite.

“Em memorial dirigido pela Globo aos autos tem-se que já em 1995 existiam outros serviços de TV pagos tanto analógicos via satélites como sistema MMDS, que eram tecnologias não somente conhecidas mas também mas também já implantados no Brasil e não só se pensou no must-carry.”

O princípio de tudo é que se o legislado quisesse, poderia ter incluído nas duas oportunidades, nas quais o tema foi discutido, a primeira em 1995 e a segunda em 1997, a questão do Satélite e não o fez. Preferiu manter o assunto em ordenamentos jurídicos distintos, aliás, à semelhança do que ocorre no Estados Unidos da América. Quando a Lei de DTH, em tramitação no Congresso, for promulgada, tem-se no Brasil, devidamente legalizado, o tratamento especial pra cada sistema de televisão, hoje foi assegurado pela portaria 321/97 que dá cumprimento hierárquico aos comandos da lei 4117, de 27.08.62 e decreto nº 2196/97.

O Conselheiro Relator, no nº 59 do seu voto, afirma que:

“59. Observo, em primeiro lugar, que a redação para ser mais complacente, do art. 7º cima 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 9472/97) é que somen-

te serão aplicáveis se conforme com as normas gerais de proteção à ordem econômica.”

Mas o que diz o art. 7º?

O art. 7º diz que :

“Art. 7º- As normas da lei de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicação, quando não conflitarem com o disposto nesta lei”.

O que deveria ter observado o I. Conselheiro é quem constitucionalidade de Lei não pode ser argüida pelo CADE enquanto instituição ou por qualquer de seus membros. Adequação à legalidade ou aos princípios constitucionais, tampouco. E mais, a Lei Geral de Telecomunicações, datada de 1997, é posterior à Lei 8884, de 1994.

Vale registrar que a LGT já foi objeto de vários ADINs no Supremo Tribunal Federal e este aspecto foi mantido ou sequer foi argüido pelos agentes competentes para tal.

Assim, ainda que o CADE pretendesse avocar para si a competência de regular questões entre agentes sujeitos ao império de outras leis, não poderia fazê-lo, a menos que a questão não estivesse definida em qualquer tipo de ordenamento jurídico.

As funções do CADE são estritamente de natureza concorrencial e como tal deve restringir-se para não criar conflitos entre os poderes.

Ainda no mesmo Título “Interpretação Teleslógica do art. 23”, continua o Conselheiro Relator em seu voto, nº 64:

“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”.

Neste aspecto, especificamente, a DIRECTV, em audiência pública, tratou de esclarecer que tal afirmação fora equivocada, quando trouxe ao CADE dois Ilustres Advogados Americanos para, numa apresentação de como funciona este Mercado nos Estados Unidos, demonstrarem que lá as legislações são distintas, ou seja, existe uma lei de cabo e uma lei de satélite e que o organismo competente para aplicá-las é o FCC, dentre outros esclarecimentos.

A DIRECTV, em seus “comentários”, juntados aos autos, sobre “temas abordados pela Globo em sua apresentação ao CADE, em, 17.04.01” afirma que:

.Seria leviano, senão absurdo, supor que o Congresso dos Estados Unidos tenha concebido uma lei especificamente destinada a desimpedir o acesso das provedoras de DTH aos sinais de TV aberta (SHVIA 1999) por mero capricho, sem motivação concorrencial relevante, já que, a julgar pelo que apregoa a Globo, a referida lei disporia sobre um sinal livre e gratuitamente disponível, sem qualquer importância para a concorrência no mercado de televisão por assinatura, o que é verdade”.

Continua a DIRECTV:

“Ao trazer o exemplo da regulação dos EUA para o presente debate, a Directv não tem a pretensão de importar o modelo regulatório norte-americano, mas apenas demonstrar a forma pela qual o país que tem a mais importante experiência antitruste do mundo enfrentou a questão que ora se apresenta ao CADE na forma do presente caso.
.....”

Conforme se verifica, caso queira seguir o exemplo dos Estados Unidos da América, o legislador brasileiro necessita sim emitir, a cada inovação tecnológica, regras claras e concisas, à semelhança dos países desenvolvidos, sob pena de continuarmos com o estigma de “tupiniquins”, “quebra-galhos” e “país do jeitinho”, tudo em razão da falta de normas infraconstitucionais capazes de assegurar plenamente os princípios ali contidos.

Ademais, estamos na nossa absoluta incompetência técnica na área de telecomunicações afirmando que a LGT tem que seguir as diretrizes Norte-Americanas, sem cogitar se o Brasil tem ou não mecanismos técnicos suficientes para colocar o “must-carry” neste ou naquele sistema regional, tema este da competência exclusiva da ANTEL.

Mas, no mesmo título de interpretação teológica, continua o I. Relator, nos nºs 65, 66 e 67:

“65. O que quis dizer, e disse efetivamente, o legislador é que qualquer meio moderno de transmissão, aí incluído os sistemas MMDS e DTH e qualquer outros que venham a ser criado, deverão sujeitar-se obrigação de transmitir canais abertos.”

“66. Esta interpretação teleológica é a única compatível com a visão do legislador expressa na Lei 4117, de 1962, que dispõe sobre Serviços Especiais. No art. 4º desta lei 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, electricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.”

Ora, que conhecimentos técnicos em telecomunicações, temos para assegurar com tanta firmeza, sobre o que quis o legislador naquela área específica, se os temas são tão diferentes? No item 67 diz o Relator:

“67. O art. 36 do Decreto nº 2196, de 08 de abril de 1997, que regulamenta a Lei 4117/62 e dispõe exatamente sobre serviços especiais, determina especificamente o seguinte:

“A concessionária de serviços públicos de telecomunicações, quando do provimento de circuitos de rede pública de telecomunicações, deverá tratar igualmente e em bases não discriminatórias todas as permissionárias de Serviços Gerais”.

Observe-se que este Decreto diz respeito a serviços de Telefonia do Sistema Telebrás. Mas não pára aí o I. Relator. Nos nºs 68, 69, 70, 71, 72, 73 e 74 do seu voto, ao citar a legislação, passa a interpretar as Portarias que regulamentam os sistemas MMDS e DTH, respectivamente, a saber:

“68. Ora, os Serviços 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 Sinais Multiponto Multicanal MMDS - determina expressamente:

“2.2. Serviço MMDS é uma das modalidades de Serviços Especiais, regulamentado pelo Decreto nº 2.196, de 08 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 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 2196, de 08 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 de 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 exige 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 desleal-

mente a competição, o Ministério da 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 de serviço, solicitem assinatura, desde que tecnicamente possível”.
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 8884/94, visualizando o comportamento das empresas prestadoras de serviços públicos, por concessão, no âmbito concorrencial do mercado.

Pois bem, vejamos os equívocos:

- Os serviços de MMDS, regulados pela Portaria nº 254, tem características próprias, relativamente a preços e condições técnicas, assim como os serviços de TV a cabo os têm. O fato de serem esses serviços considerados Especiais, não autoriza o leigo em telecomunicações a equipará-los com o outro tipo de serviço, ainda que para efeitos concorrenciais. Aliás, esta diferença está bem explícita no Parecer do Professor Barrionuevo, trazido aos autos pela DIRECTV, que diz:

“Dois serviços pertencem ao mesmo mercado relevante se, forem razoavelmente substituíveis quanto ao seu uso, tenham preços semelhantes e estejam disponíveis aos consumidores na mesma região geográfica.

Se a diferença de preços entre os bens ou serviços for muito significativa, mesmo que sejam considerados como substitutos em relação ao seu uso pelos consumidores, não pertencem ao mesmo mercado.”

O que se observa é que o I. Conselheiro Relator ao tentar fazer a aplicação da norma por extensão, igualou situações diferentes, em que os apli-

cabilidades se dão por instrumentos normativos também diferentes, cuja competência para regulá-los pertence a ANATEL.

Conforme afirma Dra, Neide Terezinha Malard:

“A ANATEL tem competência para, na esfera Administrativa, deliberar quanto à interpretação da legislação das telecomunicações e sobre os casos omissos. Trata-se de competência exclusiva e não compartilhada com qualquer outro órgão ou entidade d Administração”. Assim tem-se que a ANATEL pode no uso de suas atribuições, vem a ANATEL aplicando, na regulação do serviço de televisão e de áudio, por assinatura, via satélite, toda a legislação citada pelo Conselheiro Relator.

No caso de DTH o próprio I. Conselheiro demonstrou que a questão tem tratamento diferenciado e conforme se verifica na Portaria 321/97, a ANATEL não obriga a permissionária do Serviço de DTH a transmitir seus sinais, programações, etc...

Demonstrou, ainda, que tal possibilidade NÃO EXIME A PERMISSIONÁRIA DA OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – Ora, sempre que a questão envolver direito autoral, a Constituição Federal, várias vezes tão citada no Voto do Relator, também dispõe sobre a disponibilidade dos bens sujeitos a direito autoral, dando ao autor a faculdade de dispor de sua obra quando quiser. – Art. 5º XXVII (o artigo 5º da C.F diz respeito às Garantias Fundamentais).

A esse respeito o Professor BANDEIRA DE MELLO no Parecer emitido em favor da Globo, acostado aos autos, assegura que:

“5. No regime de concorrência, de competição, está evidentemente implica a pressuposição de que cada qual terá de valer-se das próprias aptidões para conquista do mercado. Esta noção é antitética a de que um concorrente possa obrigar o outro a lhe fornecer, em detrimento de si próprio ou de empresa que controle, aquilo mesmo que com sua diligência concebeu e que o qualificou perante o mercado por ambos disputado. Competir, à toda evidência, não é estar assegurado no direito de valer-se dos trunfos do competidor em proveito dos próprios interesses econômicos.”

Com efeito, se o fora, consagrar-se-ia a anti-concorrencial, a anti-competição; o desestímulo à elaboração do produto que obtenha sucesso junto ao público e – até mesmo- a instauração de um singular regime em que, um empresário, em sua busca de vantagens econômica, terá o direito de obtê-las, não por seu esforço, conquista ou mérito, mas simplesmente capturado em seu proveito o resultado do esforço, mérito e sucesso de seu concorrente.

Assim não faria mesmo sentido que no texto constitucional houvesse disposições que direta ou indiretamente forçassem uma emissora de televisão a colocar à disposição de uma operadora de serviços de televisão por satélite seus programas, para que concorressem, seja com a sobredita emissora, seja com empresa por ela controlada e que com esta disputa o mesmo mercado. Logo, nele nada há que infirme os preceitos inicialmente mencionados, isto é, o art.85 da lei nº 9.610, de 19.12.98 e o item 5.3 da Norma nº 008/97, aprovada pela Portaria nº 321, de 21 de maio de 1997, expedida pelo Ministro de Estado das Comunicações.

O artigo 7.1. da Portaria nº 321/97, que dá tratamento ao Serviço de DTH, está integralmente transcrito pelo Conselheiro Relator em seu voto, cujo conteúdo é do conhecimento público. No entanto transcrevo para melhor compreensão:

“69. Relativamente ao Serviço DTH, a Portaria nº 321, de 21 de maio de 1997, estabelece a norma 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 2196, de 08 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”. (GRIFEI)

Ainda que se considere que referidas Portarias estão em confronto com os dispositivos da Lei 8884/94, e não estão, não caberá ao CADE alterá-las unilateralmente, mas recomendar ao Órgão Regulador, se for o caso, que adequê suas regras às Leis de Defesa da Concorrência. O CADE além do mais, não tem elementos e conhecimentos técnicos para saber até que ponto a ANATEL pode ou não emitir suas normas diferentemente do que já existe.

Nos itens 71, 72 e 73, quando o Conselheiro Relator se refere à não discriminação, verifica-se que os artigos 7.3, 7.9 e 8.1, da Portaria 321/97 são destinados à proteção do assinante e não dos concorrentes. Tratamento equânime a ser dispensado ao assinante é o mesmo contido no Código de Defesa do Consumidor. Afinal, o assinante é o consumidor do serviço e como tal deve ser protegido pelo órgão regulador. Assim, percebe-se que o fornecedor do Serviço de DTH não pode discriminar o assinante, impor-lhe condições contratuais abusivas ou recusando-lhe a venda dos serviços, sem justa causa. (GRIFEI) Vejamos:

“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 da 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 8884/94, visualizando o comportamento das empresas prestadoras de serviços públicos, por concessão, no âmbito concorrencial do mercado.

E porque não pode recusar a venda dos serviços ao cidadão, na qualidade de assinante? Porque tais serviços estão disponíveis para outros cidadãos capazes de adquiri-los e qualquer movimento do fornecedor capaz de impedir o acesso do assinante ao serviço colocado à venda, será considerado, na forma do Código de Defesa do Consumidor, como recusa de venda. Não são questões concorrenciais, conforme afirma o item 74 do Voto do I. Relator que os enquadra nos dispositivos dos artigos 20 e 21 da Lei 8884/94.

Vale lembrar que o art. 20 da Lei 8884/94 não dá cobertura a outro agente econômico que não o mercado, onde a coletividade é a titular do bem jurídico a ser protegido. Este artigo nem de longe refere-se à recusa de venda de produto ou serviço ao consumidor sem previsão explícita no CDC, como conduta que fere a livre concorrência. Para ser conduta anticoncorrencial é necessário que o ato limite falseie ou de qualquer forma prejudique a livre concorrência, e não o assinante.

Incabível, portanto, a afirmação contida no item 74 do Voto do Relator de que: “todos estes dispositivos regulamentares devem ser vistos dentro do contexto constitucional acima explicitado e do contexto dos artigos 20 e 21 da Lei 8884/94, visualizando o comportamento das empresas prestadoras de serviços públicos, por concessão, no âmbito concorrencial do mercado”.

ORDENAMENTO JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA

Este é o item que realmente diz respeito ao mérito da questão.

Consideremos como preliminar o fato de que não há previsão legal que obrigue as Representadas a disporem de seu sinal, a não ser quando quiserem, pelas seguintes razões:

1- a primeira delas é que a questão está disposta na Portaria 321/97, que lhes dá a faculdade e não a obrigatoriedade de transmitir seu sinal, sujeito inclusive à observância de direito autoral;

2- a segunda, mais no âmbito da aplicação das regras constitucionais e no meu entender a mais importante, diz respeito ao princípio da legalidade, questão essencial a ser observada no Estado de Direito. Este é o princípio basilar do Estado Democrático, em benefício da ordem democrática, quando o império da lei deve ser proposto para ser cumprido. É nesse sentido que o Estado, ou o Poder Público, ou os Administradores, só podem exigir qualquer ação, impor abstenções, mandar ou proibir os administrados de praticar atos, expressamente dispostos em Lei.

Esse princípio está consagrado no art. 5º II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém” será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O texto constitucional não deve ser compreendido de maneira isolada, mas dentro do sistema constitucional como um todo, mormente no que diz respeito às competências atribuídas aos órgãos da administração envolvidos no presente processo, devendo CADE e ANATEL manterem-se em seus limites legais.

Não estou me afastando neste item, em nenhum momento, do conteúdo do voto do I. Relator, bem como estou deixando de usar os mesmos instrumentos normativos por ele usado em seu voto. Prova disto, estou desenvolvendo-o utilizando seus argumentos e os argumentos trazidos aos autos pelas Representantes.

Diz o Conselheiro Relator no nº 75 de seu voto:

“75. O art. 20 da Lei 8884/94, seguindo os parâmetros da legislação da Comunidade Européia, estabelece 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”.

No nº 76 o Sr. Conselheiro completa:

“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 em-

presa deve estar valendo-se abusivamente de sua posição dominante.”

Muito bem! Vejamos de que forma a Globo conseguiu sua posição no mercado de “TV por assinatura”.

Inicialmente a TVA possuía 63% do mercado em questão, e até aí a Globo que era líder do mercado de TV aberta, resolveu concorrer no mesmo mercado, através da Net.

Não há qualquer indício de que a Globo, por intermédio da Net, tenha tirado qualquer contrato da TVA e carreado para o seu sinal, mesmo porque cada uma carrega obrigatoriamente todos os sinais de TV's Abertas brasileiras. Ambas, cada uma com seus pacotes, ofertaram os produtos respectivos aos consumidores.

Surgem então, com os avanços da tecnologia o que é totalmente saudável para o mercado e para o consumidor, a transmissão dos serviços, até então só conhecidos pela TV a Cabo, por via Satélite. Cada uma das empresas procurou seus parceiros internacionais para, com a troca de experiências e recursos técnicos, oferecerem o que havia de melhor, em nível de qualidade, ao mercado. Assim, a Globo-Net sempre se associou à SKY e a TVA se associou à DIRECTV.

Não se questionou até então a qualidade dos parceiros, nem tampouco suas participações no mercado mundial.

Certo é que a posição da DIRECTV atestada por ela própria, relativamente ao mercado internacional, é inquestionavelmente privilegiada.

A Globo, na luta pelo mercado de TV por assinatura, decidiu atender o dispositivo das normas da ANATEL. Ao fazer a parceria com a SKY, elaborou contrato de exclusividade mútua e, por via de consequência, começa a ganhar mercado, passando dos seus 37% iniciais para 55% atualmente.

A DIRECTV, também tem contrato de exclusividade com a TVA e, após a entrada da TECSAT, passou hoje a deter 40% do mercado.

A DIRECTV, associada-a TVA, se ressentiu da situação, indo buscar uma parceria com a Globo.

Justamente essa parceria é que deve ser observada pelo CADE em duas vertentes.

A primeira, na relação vertical (objeto de discussão no presente processo) na qual a DIRECTV pretende obter as mesmas condições da SKY, na parceira com a Globo;

A segunda, na escala horizontal mais difícil de observar, na medida em que a DIRECTV passa a ser parceira da Globo nas mesmas condições da SKY, se comprometendo a abrir mão também de suas exclusividades. Teremos assim, duas empresas ofertantes dos mesmos produtos em pacotes distintos, hipótese em que a concorrência deixaria de existir, pois SKY e DIRECTV, a partir de então, deixariam de dar opções ao consumidor, para oferecer-lhes um superpacote, ou melhor, dois pacotes com o mesmo conteúdo. Não se pode esquecer que a participação de mercado das empresas envolvidas está diretamente relacionada com o produto oferecido ao assinante. Teríamos pois nesta segunda vertente, duas empresas com produtos sobrepostos, numa proporção de 92% do mercado a ser ofertado.

É evidente que o superpacote que encheria os olhos do consumidor deveria ter um preço. É mais evidente que esse mercado, já de difícil acesso, em razão das características e preço, ficaria mais inacessível, ainda, dado o volume de produtos que SKY e DIRECTV ofertariam ao consumidor. Assim, na busca da conquista ao assinante, (ao consumidor dos serviços) está se deixando de lado o custo que este terá de pagar.

E os concorrentes? Apenas a título de futurologia, suponhamos (já que se cogita de abrir precedentes) que o SBT, a RECORD, a BANDEIRANTES, ou outra com exercício, empresas ao setor resolvessem participar desse mercado a quem deveriam buscar para concorrer à altura? E os produtos? Estaríamos dispostos a misturar todos os produtores e fornecedores de serviços ao consumidor em um só espaço ou o mais saudável seria termos vários produtores e vários fornecedores tentando conquistar o consumidor, num ambiente concorrencial mais saudável?

Será que não estamos preocupados demais com a necessidade de diminuir o poder de mercado da Globo e agindo em detrimento das demais empresas de TV aberta no país e, pior esquecendo do bem-estar do consumidor?

Quem pagaria os custos dessa contenda, já que os produtos seriam iguais para as duas empresas mais fortes do mercado? O consumidor? Ou o próprio mercado que a partir de então seria inibido de concorrer?

Uma outra questão que me fez definitivamente repensar meu ponto de vista foi o fato de as Representantes da DIRECTV, em uma das reuniões com os Conselheiros do CADE, terem afirmado que a Globo ganharia, com o

fornecimento dos sinais de sua TV aberta, tanto em faturamento quanto em audiência.

Minha primeira reflexão sobre o assunto foi questionar porque a concorrente estaria se interessando em aumentar os ganhos do Globo a pretexto de ganhar também. Num segundo momento me ocorreu questionar se o CADE, ao contribuir para a Globo ganhar mais em faturamento e em audiência, além do que já possui, não estaria inibindo ou até mesmo impedindo o desenvolvimento das demais emissoras que tanto lutam para conseguir um pontinho a mais no mercado pelo IBOPE.

Mas ainda que assim não fosse, o que se verificou na Representação é que a DIRECTV, espontaneamente, sem que a Globo colocasse seu produto (o sinal por satélite) em disponibilidade para terceiros, se ofereceu para transmiti-lo. Imagino que tal espontaneidade se deu em razão da TVA já carregar o sinal de cabo da Globo.

Ocorre que o sinal a cabo é carregado por imposição da lei brasileira e o sinal por satélite, tem uma única Portaria, a 321/97, que o estabelece e em seu art. 7.1, trata a questão como faculdade, ou seja, não obriga a transmissão, atrelando tal transmissão à legislação de direito autoral.

A recusa da Globo precisa ser analisada em dois aspectos:

O primeiro quanto à questão legal – a Lei não a obriga.

O segundo quanto ao descumprimento da Lei de Defesa da Concorrência – e é o que veremos:

1- Posição dominante – é inquestionável, a Globo possui posição dominante. Mas vejamos o que diz o § 1º do art. 20 da Lei 8884/94, no Capítulo das Infrações.

“§ 1º A conquista de mercado resultante do processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação aos seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II”.

O inciso II do art. 20. por sua vez, consigna:

“Art. 20 Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados.

I-.....

II- dominar mercado relevante de bens ou serviços.

Conforme se verifica, a própria Lei trata do tema “posição dominante”, atribuindo-lhe as excludentes necessárias. Não se conhece nenhum fato o qual demonstre que a Globo ao adquirir o poder de mercado publicamente conhecido, o fez com práticas ilegais. O que se percebe na guerra pela audiência é que a Globo tem uma porcentagem muito alta em anúncios comerciais, uma programação intensa na conquista da preferência do consumidor. Se tais estratégias são agressivas ou não, o que se verifica é que esse mercado é livre para que seus agentes adotem suas próprias estratégias. O que se percebe é que tudo depende de investimentos em programação e conteúdos que agradem o consumidor em geral.

Nos diversos Pareceres apresentados ao CADE, tanto pela Globo quanto pela DIRECTV, percebe-se o mercado de TV por Assinatura no Brasil, ainda é insignificante. Está em desenvolvimento, mas vários fatores econômicos impedem seu crescimento arrojado, tornando o mercado “tímido”. O Brasil, hoje, tem 10% de usuários nas principais regiões metropolitanas dos serviços. Já os Estados Unidos têm 60% e a Argentina de 40% a 50% (dados retirados do Parecer do Prof. Barrionuevo). Segundo dados, também trazidos aos autos, o mercado de TV por assinatura “é considerado um artigo de luxo”, pois os usuários são das Classes “A” e “B” e todos sabemos que esta não é classe dominante no Brasil. A Classe “C”, que constitui a maioria dos consumidores brasileiros, que gostaria de ter uma TV por Assinatura, além de não ter condições financeiras, hoje, adquiririam um produto apenas para assistir as novelas com uma imagem melhor, deixando de lado todos os demais canais disponíveis com programação de qualidade cultural incontestavelmente, melhor que a da TV aberta.

Aqui está mais um exemplo. Estamos diante de uma grande empresa (conforme seu próprio “site” alardeia) a DIRECTV, que oferece os melhores produtos em nível de qualidade e dispõe em sua programação, dos melhores e mais atualizados programas, inclusive em âmbito internacional, mas, ao invés de investir na conquista do consumidor, está envidando seus esforços para transmitir os sinais da Globo

Quero registrar aqui um trecho do Voto do Conselheiro Relator quando cita BANDEIRA DE MELLO, num trecho retirado do livro “Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, São Paulo, Malheiros, 1999, P. 477”.
VERBIS.

“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 desfrutam de tal benesse. Neste setor 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 o mesmo jornal é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente, 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....”

Pelo texto, conclui-se que a citação é inadequada:

- Primeiro, não estamos discutindo se o poder público troca ou não favores com esta ou aquele segmento econômico, mesmo porque esta não é a função do CADE.

- Segundo, porque referida manifestação representa uma opinião isolada do autor, num contexto totalmente genérico sobre concessão e permissão de serviços de radiodifusão, sem referir especificamente a qualquer empresa do setor. Tanto assim, que o renomado Professor, ao ser instado a pronunciar-se sobre o conteúdo do presente processo, assim se manifestou:

.....
“Por tudo isto é visível que, no caso “subconsulta”, não está em pauta um interesse inerente à noção de serviço público capaz de sobrepor-se a normas explícitas recognitivas do direito das emissoras de televisão aberta em confronto com os interesses dos operadores de televisão por assinatura, por satélite.

10. De resto, isto se torna ainda mais claro ao se considerar que são as emissoras de radiodifusão de sons e imagens e não as operadoras de serviços de televisão por assinatura as que se encontram vinculadas ao serviço público pela submissão a regras *constitucionalmente* estabelecidas para a proteção dos bens jurídicos que tal serviço deve atender.”

.....
“Assim, qualquer invocação de princípios do serviço público, de prevalência do interesse público, em questão nas quais estejam contrastados os interesses da televisão aberta e os da televisão por assinatura, necessariamente redundará na prevalência dos da televisão

aberta, pois é ela que, diferentemente da televisão por assinatura, cumpre a função de servir a esmagadora maioria da sociedade e com o dever de fazê-lo sob a égide de normas que lhe ajustam a atuação aos interesses nacionais.

11. Aliás, sequer procederia a suposição de que o interesse do público (na verdade da pequena minoria que pode pagar pela TV por satélite) em assistir a programação de uma dada emissora de radiodifusão de sons e imagens ficaria sacrificado se esta não fosse embutida na transmissão efetuada pela transmissora de televisão por satélite.”

.....

“12. Finalmente, não procederia supor que as disposições normativas de início referidas deveriam ceder passo à aplicação analógica do art. 23 da lei 8.977/95, disciplinadora do serviço de TV a cabo, segundo o qual as operadoras deste específico serviço devem tornar disponíveis canais destinados à transmissão obrigatória da programação das emissoras geradoras locais radiodifusoras de sons e imagens.

Desde logo, não se infirmam regras gerais sobre dado assunto, nem regras específicas sobre aspectos específicos dele com base em *regras específicas sobre outros especificados aspectos daquele assunto*. Além disto, a analogia tem lugar à falta de normas que completem uma dada situação e não quando se esteja perante situação e não quando se esteja perante a situação regulada”.

.....

Não se conhece o motivo que fez a DIRECTV iniciar esta contenda. Seu pedido inicial é claro, apenas quando afirma que em sendo a Globo a campeã de audiência, a falta deste sinal faz com que suas vendas estejam caindo, ou seja, vamos ganhar com investimento alheio. Assim, não precisamos investir. Não estamos falando aqui de uma entrante qualquer, estamos falando da maior das Américas que tem total condições de trazer para o Brasil os mais significativos investimentos culturais e perde tempo em querer sinais de TV aberta disponível gratuitamente ao público em geral. (GRIFEI)

O nº 80 do Voto do I. Relator refere-se ao intento do legislador, na redação do art. 21, que não dá exaustividade nos tipos ali previstos, nem tampouco da taxatividade a texto legal em razão das condutas econômicas não serem passíveis do rigor de acompanhamento previstos da Lei Penal. No nº 81, diz o conselheiro Relator:

“81.O que as normas de Direito da Concorrência têm por objetivo completo é o de assegurar a todas as empresas uma adequada possibilidade de entrada no mercado; é a de garantir a 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.”

Continua o I. Relator no item 82:

“82. Donde se conclui que qualquer entrave, qualquer obstáculo criado por uma empresa que detenha posição dominante no mercado, à entrada, à permanência ou a saída de empresas que estejam no mercado, constituem abuso de sua posição dominante.”

Vejamos o que acontece na prática.

Já ficou devidamente provado que a posição de mercado da Globo não foi adquirida por meios ilegais. As argumentações de favoritismos, proteção política, privilégios, etc, não fazem parte do mérito.

A própria DIRECTV afirma, ao analisar o **caput** do art. 20, no Parecer o Prof. Barrionuevo, que:

“Esta redação deixa clara que é prática absolutamente normal e saudável de mercado, a conquista de mercado resultante de maior eficiência de uma empresa. Portanto, o domínio do mercado de TV aberta por parte da Rede Globo não levanta qualquer consideração, pois entende-se que esteja baseado em de sua capacidade de atingir uma elevada qualidade em suas produções e de atender às exigência de audiência brasileira, parte do jogo marcar de mercado.

Todavia, esta posição não pode ser utilizada para alcançar posição de liderança em mercado relacionado, se, essa conduta produzir efeitos negativos sobre a concorrência” (e cita a jurisprudência norte-americana para ilustrar).

Seguindo a metodologia do Voto do Relator tem-se que:

1- a empresa que detem posição dominante no mercado não está criando obstáculos ou entrave para entrada de outras empresas, visto que a DIRECTV já ocupou, inclusive, participação superior à Globo no mercado de TV por Assinatura. Aliás, a NET entrou no mercado depois da TVA.

Segundo os Representantes da própria DIRECTV, não há como trazer aos autos provas de que suas vendas caíram a partir da entrada da SKY na Globo (com a emissão do sinal, por satélite, da TV aberta). A DIRECTV cita a queda em suas vendas e, conseqüentemente, a diminuição do nº de assinantes como fator que possa ser um indício de infração. Ocorre que, segundo o Parecer do Professor Barrionuevo, a DIRECTV apresenta tendência de queda desde 1996, com pequena recuperação em 2000.

Segundo a DIRECTV, a recusa da Globo em transmitir o sinal da TV aberta, faz com que o consumidor prefira a SKY e atribui a queda de sua participação a este fato, além de atribuí-la, também, ao fato da TECSAT ter entrado nesse mercado.

Ora, como se explica o fato da TV a cabo carregar os sinais de TV aberta e neste segmento a TVA que também carrega sinal da Globo estar também em queda na participação de mercado?

Outro argumento que se poderia levar em conta é que se a posição dominante da Globo impede a entrada de outras empresas que não a DIRECTV. Já se viu que não, pois a TECSAT está ocupando seu espaço dentro da oferta de produtos específicos e ao que parece vai aumentando sua participação no mercado, enfrentando a concorrência acirrada das duas maiores.

2- a empresa que detem posição dominante não está criando obstáculos à permanência das empresas concorrentes, visto que nem a DIRECTV nem a TECSAT estão diminuindo suas participações de mercado.

Em dados trazidos pela própria DIRECTV, após queda de aproximadamente 12%, no ano de 2000, a participação teve um pequeno aumento. Ainda, segundo a DIRECTV, a SKY, em dezembro de 2000, elevou sua participação no mercado, superando sua principal concorrente (a própria DIRECTV). Ocorre que a DIRECTV já estava no mercado e a SKY entrou para conquistá-lo.

Assim, verifica-se que os efeitos da recusa em negociar não estão ocasionando entraves ou impedimentos à entrada ou permanência de outras empresas no mercado.

3- vejamos, afinal, se a recusa da Globo em negociar está provocando a eliminação ou a exclusão da DIRECTV no mercado, ou se tal recusa vai no sentido da criação de um monopólio.

a- o fato de estar a SKY aumentando sua participação e superando sua própria concorrente (a NET) não significa que este é um passo para a ex-

clusão da DIRECTV, que também é concorrente da TVA e a está superando em participação.

Sendo que entre os meses de dezembro de 1999 e dezembro de 2000 a participação das duas maiores empresas – SKY e DIRECTV - tem permanecido estável, sendo que a DIRECTV cresceu de 38% para 40% e a SKY permaneceu com seus 55%.

b- será impossível agora falar-se em monopólio em um mercado que tem duas empresas com participações muito próximas e a segunda mais forte já foi a primeira. Poder-se-ia admitir, no máximo, um dupólio. Ademais, embora pequena, não se pode esquecer da terceira empresa, nova entrante que está desenvolvendo suas atividades e também ganhando espaço, sem carregar qualquer sinal de TV aberta.

Diz o Parecer do Prof. Barrionuevo, trazido aos autos pela DIRECTV, que, nos EUA, quando uma empresa não apresenta propósito para criar ou manter um monopólio, é livre para decidir com quem quer negociar.

Afirma o I. Professor, que “no Brasil as decisões do CADE, seguem a mesma linha, como bem apontam os Drs. Tércio Sampaio Ferraz e Sérgio Varella Bruna (Proc. Administrativo, pg. 52), ao citar Voto do Conselheiro Paulo Dirceu Pinheiro, na Representação 131/93 (pg. 767), como se vê a seguir:

“Nenhum empresário é obrigado, por qualquer norma jurídica em vigor no Brasil, a contratar a venda de suas mercadorias ou a prestação dos serviços com outro empresário intermediário do fornecimento. O fabricante tem o direito de simplesmente não vender seus produtos a determinado comerciante, por motivos subjetivos particulares, pessoais ou que só a ele digam respeito.

Apenas se configura ilícita a recusa de venda se esta for um instrumento de política empresarial restritiva: quer dizer, se através da recusa puder se verificar o efeito de eliminação de concorrência, domínio de mercado ou o aumento arbitrário de lucros, então haverá infração de ordem econômica”.

À luz do que quer dizer este trecho retirado do Voto do I. ex-Conselheiro desta Casa, Paulo Dirceu, verifica-se também a dificuldade de enquadrar os atos da Globo como anticompetitivos, visto que, não há tentativa de eliminação da concorrência. O domínio de mercado da Globo independe da contratação ou não com a DIRECTV. Em relação ao aumento arbitrário de lucros, também não há como constatar, porque a Globo não está cogitando de

qualquer preço para se recusar a contratar. Resta apenas a negativa “per se” da vontade de contratar que em não havendo obrigatoriedade legal, deixa a Globo em condições de escolher os parceiros com os quais pretende negociar.

DA EXCLUSIVIDADE

Este é outro ponto abordado no Voto do I. Conselheiro Relator, no qual cita, para ilustrar, trechos de autoria do Professor Tércio Sampaio Ferraz (Revista do IBRAC, Vol. 4 nº1, janeiro 1997) e do Professor Werter Farias, Ex-Presidente desta Autarquia, que em seu Parecer menciona a opinião de Eduardo Galan Corona, para, em resumo, concluir pela ilegalidade da adoção do contrato de exclusividade mantido entre a Globo e a SKY, o que redundaria, por consequência, em recusa de contratar com a DIRECTV.

Cita o I. Conselheiro o artigo 14, da Lei 8977, de 06 de janeiro de 1995, cujo texto está equivocadamente transcrito no nº 85, situação que se recompõe quando o artigo 14 é citado no nº 89 do Voto.

Relativamente ao conteúdo do artigo 14, tem-se que:

“As concessões para exploração de Serviços de TV a cabo não terão caráter de exclusividade em nenhuma área de prestação de serviço”. É verdade; no entanto, que este artigo diz respeito à TV a cabo e não à TV por satélite (Serviço DTH), não podendo portanto serem colocados em nível de igualdade porque tecnicamente não são.

Em sendo que tais serviços diferenciados pela tecnologia, necessitam de legislação específica para que tanto o consumidor quanto o prestador do serviço possam estar devidamente amparados em suas relações.

No nº 90 do Voto, o I. Conselheiro Relator aborda o conceito de “essential facility” como se o sinal de TV aberta da Globo significasse um produto essencial, e só por intermédio dela a DIRECTV tivesse acesso à infraestrutura. Cita, para ilustrar, 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”.

Aqui o I. Relator equivoca-se, ao afirmar que o sinal da TV aberta para os Serviços de DTH é essencial. Tanto não é que a DIRECTV está no

mercado com esse serviço e participando em condições muito semelhantes com a SKY. O Serviço de DTH é diferenciado, em até certo ponto sofisticado, e o consumidor o adquire pela qualidade da programação. O fato de significar o sinal da Globo um valor agregado para a SKY, não impede que a DIRECTV invista em outros valores capazes de atrair o consumidor e, por consequência, aumentar o número de assinantes deste Serviço.

Já demonstrei que a TVA (DIRECTV) carrega o sinal da Globo na TV a cabo e não está sequer igual a NET que também carrega o sinal da Globo, donde se conclui que o sinal da Globo não é essencial para o desenvolvimento de qualquer empresa nem para NET que hoje está menor que a SKY. Isto sem se levar em consideração o desenvolvimento da TECSAT, que não carrega sinal algum de TV aberta.

Entendo que, ao considerar o Sinal da Globo como produto essencial para o desenvolvimento do Serviço de DTH, estaríamos incorrendo em algumas impropriedades técnicas, visto que teríamos também que considerar os sinais de todas as TV(s) abertas como produto essencial para a mesma finalidade, abrindo precedente para que todas as empresas fornecedoras de serviços de DTH pudessem ter acesso às demais empresas de TV aberta no Brasil. Assim, SKY e DIRECTV iniciariam com a transmissão da Globo e, em seguida, passariam a perseguir o sinal das demais TV(s) abertas, criando, com isto, um bom cartel, ao qual o consumidor teria que se submeter sem direito de opção.

Aliás, esta foi a proposta da DIRECTV, em reunião no CADE, com a presença dos Srs. Conselheiros, na qual o seu Representante asseverou que abriria mão de seus contratos de exclusividades e, em contrapartida a Globo e a SKY também o fariam. Se isto acontecesse teríamos, ao invés de SKY, com 55% de mercado e DIRECTV com 40%, uma mega participação de 95%, de duas empresas fornecedoras dos serviços de DTH, brincando de concorrer no mercado de TV por Assinatura, com o beneplácito do CADE.

O ex- Conselheiro Ruy Santacruz, apropriadamente assevera às fls. 36 do Parecer acostado aos autos pela TV Globo, que:

“A alegação de que o sinal da Globo é insumo fundamental para a concorrência no mercado de DTH e sem o qual este seria dominado inteiramente pela SKY foi abrigada no Voto do I. Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino. A chamada “essential facilities doctrine” (EFD) é produto da jurisprudência americana, remontando sua origem ao caso Terminal Railroad, de 1912, no qual um grupo de empresas ferroviárias adquiriu um terminal ferroviário em St. Louis, o único que permitia passagem pela cidade, seja entrando ou saindo.”

ÀS fls. 35 continua Ruy Santacruz:

“Os consumidores já têm acesso gratuito ao sinal da Globo. Sendo assim, só estariam dispostos a pagar por uma assinatura de TV Fechada para receber em troca algo novo que ainda não está ao seu alcance: uma programação diferenciada. Dessa maneira não seria lógico afirmar que o sinal da TV Aberta que pode ser acessado gratuitamente, é insumo fundamental para a competição no mercado de TV Fechada. Essa hipótese permitiria uma conclusão totalmente ilógica e irracional, que contraria toda a teoria econômica do consumidor: a de que o consumidor prefere pagar por algo que pode ter de graça. (GRIFOU)

Em outras palavras, caso a TV Aberta e Fechada fossem concorrentes e constituíssem um único mercado, o pleito da Representante não faria sentido. Afinal se estivessem a Rede Globo e a DIRECTV no mesmo mercado, esta não poderia exigir a disponibilização da programação daquela, pois não se pode exigir que uma empresa dê subsídios para concorrentes no mesmo mercado. Entretanto, apesar de oferecerem produtos teoricamente substitutos, TV Aberta e Fechada participam de mercados distintos. A distinção entre os mercados deve-se ao fato de que o primeiro serviço é gratuito, enquanto que o segundo é pago. Porém, o assinante da TV Fechada só está disposto a pagar se tiver em troca algo diferenciado em relação à programação de TV Aberta. Sendo assim, é contraditório argumentar que o serviço de TV Aberta – aquilo que o consumidor claramente considerou insuficiente e que por essa razão optou por pagar por uma assinatura – é fundamental para a concorrência no mercado de TV Fechada e constitui-se no diferencial da competição.”

LIBERDADE DE CONTRATAR E RECUSA DE CONTRATAR

Nos itens 101 a 113, o I. Conselheiro Relator faz comentários sobre a liberdade e a recusa de contratar, trazendo como exemplos de direito comparado, textos de renomados autores nacionais e estrangeiros, artigos do Tratado de Roma e um exemplo do Tribunal de Apelação do 7º Circuito (Chicago).

Esta questão já foi exaustivamente comentada neste Voto, em outros itens, motivo pelo qual deixo de fazê-lo nesta oportunidade.

A DOCTRINA DA “ESSENTIAL FACILITY”

Neste item, o Conselheiro Relator fez uma série de citações comparativas sobre decisões de tribunais internacionais, todas incabíveis ao caso. Primeiro, porque a legislação brasileira não dispõe sobre a aplicação da regra per se conforme exemplificados e transcritos nos itens 116 e 117. Segundo, porque trazer à colação casos que envolvem formação ou tentativa de formação de monopólio, também não se afasta do caso sob análise, visto que o mercado de DTH no Brasil atualmente é constituído por um duopólio. Terceiro, porque a Legislação Americana, tem leis distintas para cada situação, não se adequando ao caso brasileiro, que carece de dispositivo legal que regule a matéria, norteadas no entanto estando a mesma regulada apenas por uma norma infra-legal, a Portaria 321, de 21.05.97. porque sua vez obedece a um Decreto que regulamenta uma Lei, e em nenhum dos Casos tratou da questão com essencial.

A POSIÇÃO DA COMUNIDADE EUROPÉIA

Neste tópico, o Conselheiro traz à colação vários julgados da Comunidade Européia, que também não se adequam ao caso, principalmente o do item 125, que diz respeito à matéria-prima de remédio contra a tuberculose, como se o sinal da Globo fosse tão importante ou tão essencial quanto a referida matéria-prima.

Todos os exemplos dizem respeito à eliminação de concorrência, o que não ocorre no caso, porque não há qualquer indício de eliminação da concorrência. É público e notório que a DIRECTV está sobrevivendo com excelente participação de mercado e em condições estáveis e semelhantes às da GLOBO, no setor de TV por Satélite (DTH).

O que vale registrar é que, no que concerne à obrigatoriedade de transmitir o sinal da TV aberta, claramente disposta em Lei (Lei nº 9.472/97), a Globo a está cumprindo, pois o Serviço de TV por Assinatura a Cabo, inclusive a TVA (Directv), carrega o sinal da Globo e das demais TV(s) abertas no Brasil.

RECUSA DE CONCEDER ACESSO A UMA INFRA-ESTRUTURA ESSENCIAL

Neste item, o Conselheiro tentou demonstrar que a recusa da Globo em conceder acesso ao Serviço de DTH, do seu sinal de TV Aberta, constituiria infração da ordem econômica, a partir da consideração de que tal sinal seria essencial ao desenvolvimento da DIRECTV. Demonstrado está que não é, eis que não há recusa. A permissão é facultativa e não obrigatória. E esta é a lei brasileira se não há desobediência à lei, não está, também, praticando infração.

O que não se pode é decidir, no Brasil, por analogia às leis americanas ou européias. Os ordenamentos jurídico daqueles países desenvolvidos, por mais perfeitos que sejam, poderiam servir apenas (se fosse o caso) de marcos norteadores para elaboração de nossas leis, onde se adequassem, levando-se em consideração a cultura e as condições de desenvolvimento tecnológico do Brasil.

A esse respeito, bem asseverou a I. ex-Conselheira desta Casa Neide Teresinha Malard, no Parecer acostado aos autos pela Globo:

“O auxílio do Direito comparado no processo de interpretação deve ser visto com cautela, principalmente quando o preceito interpretado está inserido em sistema jurídico diverso daquele em que se busca o parâmetro. Fatos idênticos nem sempre recebem igual tratamento em diferentes jurisdições, não devendo, portanto, o intérprete se deixar levar pelos precedentes estrangeiros ou pelas leis de outro país, sem o conhecimento sobre o Direito ali se desenvolve. O enfoque isolado dos preceitos legais, fora do contexto global de determinado ordenamento jurídico, de sua evolução, bem como a citação de precedente do common law (ressalte-se que sequer vinculam os juízes norteamericanos⁰), sem acompanhar o desenvolvimento da regra, pode conduzir a uma solução equivocada para o caso, correndo-se até o risco de se tomar como parâmetro interpretativo disposições que já foram interpretadas de outra forma pelo judiciário daquele país, ou que esteja sob a crítica da doutrina ou, ainda, com processo de mudança no Legislativo que lhe deu vida.

Assim, por todo exposto demonstrado está que no mercado de TV por Assinatura não há qualquer infração a ser detectada a saber:

- 1- O sinal de TV Aberta da Rede Globo não constitui produto essencial para o Serviço de TV por Satélite DTH, a nenhuma empresa, nem mesmo à SKY que é parceira da Globo.
- 2- No serviço a Cabo os sinais das TV(s) abertas brasileiras são carregados obrigatória e gratuitamente e nem por isso a DIRECTV está demonstrado que o sinal da Globo é essencial para o desenvolvimento.
- 3- No serviço de TV por Satélite, DTH, a DIRECTV concorre com a SKY (GLOBO) em condições harmônicas de crescimento e participação de mercado e está sobrevivendo até o presente momento sem o sinal da Globo.

4- A contratação da Globo com a DIRECTV não é obrigatória, pois tal obrigatoriedade carece de previsão legal. Por enquanto a legislação trata do tema como faculdade, sujeita às regras de Direito Autoral.

Assim, decido em consonância com a Conclusão da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, dou provimento ao Recurso de Ofício e determino o arquivamento do feito. Também no âmbito do CADE.