

## ***VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO CELSO CAMPILONGO***

1. Os dois votos apresentados por escrito, respectivamente, do Conselheiro-Relator, João Bosco Leopoldino da Fonseca, favorável ao pleito da Directv, e da Conselheira Hebe Romano, contrário ao pedido da Representante, deixam patente, pela riqueza e complexidade dos dois arrazoados e pela divergência das conclusões, que o problema da liberação do sinal de TV aberta da Rede Globo para a TV por assinatura, via satélite, da Directv está longe de ser simples.

2. Mais do que isso: depois de prolatado o voto do Conselheiro-Relator, por iniciativas dos interessados, vieram aos autos documentos, transcrições de apresentações feitas ao Plenário e, principalmente, pareceres de renomados juristas e economistas que fizeram com que o processo ganhasse, quando proferido o voto-vista da Conselheira Hebe Romano, um colorido ou uma plasticidade, como convém dizer para o tema em debate, completamente novos. Muitos temas foram decantados, examinados de forma minudente em várias peças e permitem, hoje, sem afastar o caráter polêmico do objeto da contenda, que se firme a convicção do julgador com muita tranqüilidade. Não por outro motivo, parece-me importante tecer algumas considerações sobre um caso tão preñado de dificuldades, sem deixar de ressaltar, mais uma vez, os relevantes votos proferidos a respeito.

3. Inicialmente, esclareço que adoto a definição de mercado relevante de produto, em consonância com o entendimento do Dr. Ruy Santacruz, exarado em parecer acostado aos autos. Entendo que o mercado de origem (montante) deve ser definido como programação para canais de televisão (TV aberta e TV fechada), por considerar que a programação das TVs abertas e fechadas concorrem entre si, e o mercado alvo (jusante) como o de serviço de distribuição de TV fechada pelo sistema DTH, uma vez que a estrutura e tecnologia empregada nesse sistema se diferencia, em muito, dos demais sistemas de TV fechada. Destaco, no entanto, a concorrência entre as várias tecnologias de TV fechada, nas localidades em que todas estas encontram-se disponíveis ao consumidor como alternativas viáveis. Quanto à dimensão geográfica do mercado, adoto a definição contida no voto do i. Conselheiro-Relator e no voto de vista da i. Conselheira Hebe Romano, como sendo o nacional, pelas razões citadas nos mencionados votos.

### Regulação e Concorrência

4. Com efeito, a complexidade do problema – que incorpora questões de natureza técnica, normas setoriais e um regramento específico de serviço público – impõe, ainda que brevemente, a análise do *relacionamento entre regulação e concorrência*, de forma a verificar a existência ou não de restrições à aplicação do direito antitruste. Caso existam tais restrições, é preciso saber se elas são superáveis ou se impõem uma verdadeira barreira à atuação do CADE.

5. É preciso ressaltar que o presente processo administrativo envolve serviços distintos, seja do ponto de vista tecnológico seja do prisma legal: de um lado, a TV aberta (*broadcasting*), destinada ao público em geral, de outro, a TV fechada (*narrowcasting*), destinada a assinantes.

6. Os serviços de telecomunicações de TV fechada (DTH, MMDS e cabo) são objeto de integral regulação pela ANATEL (artigos 60 e 212 da Lei 9.472/97 c/c a Lei 8.977/95).<sup>1</sup> Já a TV aberta está sujeita a controle do Ministério das Comunicações (Lei n.º 4.117/62). Ou seja, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) exclui do âmbito de atuação da ANATEL uma regulação mais ampla do setor de radiodifusão, delegando à Agência apenas a regulação dos aspectos *estritamente técnicos*.<sup>2</sup> Trata-se de uma escolha legislativa cujas razões de ordem política não interessam para a conclusão deste voto.

---

<sup>1</sup> Apesar da **radiodifusão** ser considerada um serviço de telecomunicações “destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão” (art. 6.º, “d”, do CBT), sua regulação não está ao alcance da Anatel – órgão regulador das **telecomunicações** (art. 8.º, *caput*, *in fine*, da LGT). A competência legal da Agência em matéria de radiodifusão restringe-se ao dever de elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais e proceder à fiscalização técnica das estações de radiodifusão (art. 211 e parágrafo único da LGT). O art. 211 da LGT reza que a outorga dos serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens está excluída da jurisdição da Agência.

<sup>2</sup> O fato da Agência de Telecomunicações ter assumido, recentemente, por meio de acordo de cooperação firmado com o Ministério das Comunicações, tarefas referentes ao acompanhamento dos serviços de radiodifusão, inclusive quanto a aspectos de conteúdo, não significa que esteja a Anatel regulando tais serviços. A recente implementação do projeto de Rede Nacional de Radiovideometria, cuja finalidade básica é verificar se as emissoras de rádio e TV estão cumprindo as normas do setor e os respectivos contratos de concessão, não transfere à Agência a tarefa de fiscalizar a radiodifusão, seja porque não terá ela poder para impor sanções às prestadoras, já que

7. Neste contexto, vale compreender a radiodifusão como consagradora de um *sistema próprio*, à margem do *sistema geral* compreendido pelos demais serviços de telecomunicações, incluídos os de TV por assinatura, estes sim regulados integralmente pela ANATEL, com exceção das competências atribuídas ao chefe do Poder Executivo (principalmente art. 18 da LGT).

8. Com efeito, as normas do Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), Lei n.º 4.117/62, continuam aplicáveis à radiodifusão, no que não colidirem com o disposto no artigo 211 da LGT supramencionado. O Ministério das Comunicações, por meio da Secretaria dos Serviços de Radiodifusão, é que controla as concessionárias de rádio e TV aberta, regula o funcionamento dos serviços de radiodifusão e outorga as concessões com base no procedimento disposto na Constituição Federal, no CBT e na regulamentação.

9. Em suma, ao Ministério das Comunicações compete a outorga e fiscalização dos *serviços de radiodifusão*. À ANATEL, por sua vez, compete a regulação dos *serviços de TV por assinatura*. Ao CADE, simplesmente, a aplicação da Lei 8.884/94. Desta forma, é possível concluir que a Agência Nacional de Telecomunicações não pode emitir normas cujos destinatários sejam, de um lado, operadores do serviço de TV aberta e, de outro, as operadoras de serviços de TV por assinatura, já que os primeiros não podem ser por ela regulados. O mesmo se diga com relação ao Ministério das Comunicações, que pode regular apenas a radiodifusão. Este “vácuo regulatório”, consubstanciado na impossibilidade de controle conjunto da TV aberta e da TV fechada, reforça a tese de que o direito da concorrência merece aplicação irrestrita ao problema que nos rende estas considerações.

10. Pela sistemática hoje vigente no direito pátrio, portanto, não é possível obrigar as concessionárias de TV aberta a disponibilizar seu sinal à operadora de TV por assinatura por meio de ato que derive de competência regulamentar, é dizer, por meio de *regulação* da ANATEL. Já a análise in concreto da recusa da Representada (concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens) de inclusão de seu sinal de TV aberta no serviço da Representante, permissionária de DTH (serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite), nas cidades de São Paulo, Rio

---

tal competência continuará sendo do Ministério das Comunicações, seja porque não seria possível fazê-lo mediante um ato infralegal. Neste caso, a Anatel, por possuir recursos humanos e técnicos mais adequados, realizará apenas um acompanhamento técnico dos serviços de radiodifusão e, no máximo, recomendará ao Ministério das Comunicações a adoção de uma ou outra postura, o que poderá ou não ser acolhido.

de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre, é plenamente possível e justificável com base na Lei 8.884/94.

11. *Vale sublinhar que a atuação do CADE não pode ser entendida como a de verificação “em tese” da obrigatoriedade ou não da liberação do sinal por parte de concessionárias de radiodifusão, mas como a análise da licitude dessa conduta, praticada por uma empresa determinada, em face da Lei da Concorrência e diante de aspectos concretos tão peculiares como comprovam a riqueza dos fatos .*

12. Com efeito, não cabe ao CADE invocar e, muito menos, criar norma geral que imponha obrigação à TV Aberta e, a partir dela, oferecer interpretação alargando conceitos e inventando regras. Mas pode o CADE, como corolário de sua função legal, analisar situações concretas que tenham *impactos concorrenciais*, proferindo uma decisão com base, especialmente, nos artigos 20 e 21 da Lei da Concorrência.

### **Interpretação analógica e teleológica**

13. Por isso, “*data maxima venia*”, absolutamente imprópria qualquer aplicação, analógica ou teleológica, supostamente extensiva ou sistemática, pelo CADE, da legislação que regula um setor específico (TV a cabo), que conta com agente regulador próprio, máxime se contrária ou incompatível com a regulação ou interpretação que o mesmíssimo órgão competente oferece a outro setor (TV por satélite). Qualquer atuação do CADE, nesse sentido, ultrapassaria, em muito, sua competência, por si só já bastante ampla, de adjudicação do direito da concorrência e invadiria, com indisfarçável ofensa à legalidade, competências regulatórias da ANATEL, do Ministério das Comunicações ou do Poder Legislativo.

14. Não se deve ignorar, por óbvio, que a interpretação analógica é sempre retrospectiva, vale dizer, amparada em legislação já existente e supostamente aplicável a fatos novos. Ocorre que, de modo especial em setores de rápido avanço tecnológico, como é o caso das telecomunicações, a exigência de um aparato regulatório prospectivo, veloz e dinâmico – que, entre nós, vêm sendo desenhado pelo modelo das agências regulatórias – não pode ficar à mercê, no âmbito da própria Administração, da discricionariedade de terceiros na descoberta de critérios, teleologias ou analogias que o próprio regulador não fez ou, o que é ainda mais grave, expressamente rechaçou.

15. O voto do ilustre Conselheiro-Relator, a pretexto de decifrar a intenção do legislador – “*o meio mais moderno de transmissão até então exis-*

*tente*”, item 62 da brilhante decisão – não apenas extrapolou as competências do CADE (ao interpretar e aplicar, com critérios impróprios e diversos dos da ANATEL, o artigo 23 da Lei do Cabo) como também se socorreu de recurso hermenêutico rígido e inadequado à melhor modelagem de aplicação do direito a situações dinâmicas. A teoria do direito tem insistido, no campo da aplicação da lei às tecnologias de ponta, na condução do sistema jurídico com base em conceitos prudentes e flexíveis, como “*soft law*”, “*diritto mite*” ou “*derecho blando*”. As rápidas transformações em curso na área de radiodifusão e telecomunicações (digitalização, convergência de tecnologias, informatização, etc.) não comportam regulação com base em situações antigas. Assim fosse, não haveria a menor necessidade de órgãos reguladores dotados de agilidade normatizadora, especialização profissional e independência técnica, como a ANATEL. Bastaria o recurso “analógico” ou “teleológico” da aplicação do direito por uma super-agência. Felizmente, não é esse o papel do CADE.

16. Frise-se, porém, que a inexistência de dispositivo legal regulamentando o *must carry* no serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio via satélite (DTH), diferentemente do que ocorre com o serviço de TV a cabo, em que tal previsão se faz presente (art. 23 da Lei 8.977/95), não permite a consideração de que, por tal razão, esteja garantido o direito da Globo de se recusar a transmitir seu sinal. Se houvesse tal previsão, é bem provável que o problema não se resolveria no âmbito do CADE, mas por simples ato do correspondente órgão regulador, a quem caberia operacionalizar e aplicar o comando legal de forma a impor a obrigação, sob pena de atentar contra a própria Constituição Federal (art. 85, inc. VII).

17. Dito de outro modo: se é certo que o CADE não pode, com base em eventual construção hermenêutica laborada a partir da legislação de telecomunicações ou da “Lei do Cabo”, resolver a pendência entre Globo e Directv, igualmente correto é que a Lei 8.884/94, desde que preenchidas as condições exclusivamente nela previstas, atribui ao CADE plenas competências para enfrentar e resolver a questão de uma perspectiva exclusivamente concorrencial.

18. A falta de previsão legal do *must carry* do sinal dos canais abertos no sistema DTH torna praticamente inócua qualquer analogia deste Processo Administrativo com o sistema norte-americano, uma vez que, nos EUA, o debate não teve origem a partir de problemas concretos que reclamassem a manifestação da Federal Trade Commission. Na verdade, a questão foi analisada no âmbito do Congresso norte-americano e foi marcada por uma ampla

discussão política com os consumidores, com as empresas interessadas e com as agências regulatórias. Daí porque somente por meio de **lei**, determinou-se o *must carry*, inclusive atribuindo-se à FCC a competência para estabelecer critérios para a distinção, em face de situações concretas, das recusas de contratar que seriam de boa-fé e daquelas que seriam de má-fé. Só a partir desse cenário passou-se a admitir, como *regra geral*, a obrigatoriedade da liberação do sinal pelas redes abertas, quando pleiteado pelos prestadores de serviço de TV fechada. A recusa seria, em tese, proibida e o contrato entre rede aberta e TV por assinatura seguiria critérios já previamente estabelecidos.

19. Ademais, não se diga que o disposto no art. 222 da Constituição Federal, que estabelece a exclusividade da propriedade dos meios de radiodifusão aos brasileiros natos e naturalizados, deve ser interpretado como uma restrição do conteúdo da programação da TV por assinatura, ou mesmo da transmissão de sinais. Tal dispositivo constitucional refere-se, tão somente, à propriedade de empresa de TV aberta, não restringindo a liberação ou não do sinal para as operadoras de DTH. Caso contrário, a imposição do *must carry* por meio de lei seria inconstitucional, uma vez que não estaria sendo respeitada a vedação imposta pela Magna Carta.

### **Competência do CADE**

20. Tendo em vista estas considerações, a análise ora efetuada por este Conselho tem como fundamento, reitere-se, a competência extraída da Lei 8.884/94, de repressão de condutas anticoncorrenciais (art. 20 c/c art. 21). Nem é preciso, como se sabe, a previsão “literal” do comportamento da representada como condição para que o CADE profira sua decisão. No direito da concorrência, a abertura dos preceitos normativos permite a verificação, caso a caso, da licitude dos atos dos agentes econômicos.

21. Vale, além disto, reforçar a competência do CADE para a realização deste julgamento. O direito antitruste, neste país, aplica-se, ainda que nem sempre cabalmente, a todos os setores e agentes da economia (art. 15 da Lei 8.884). Especialmente, em matéria de adjudicação da concorrência no **setor de telecomunicações**, o que não incumbir ao CADE compete à ANATEL e não o contrário. É o que decorre de uma rápida leitura do artigo 19, XIX da LGT que atribui à ANATEL as competências concorrenciais e **ressalva as pertencen-**

**centes ao CADE.** Vale, a respeito, citar o elucidativo entendimento de Calixto Salomão Filho no sentido de que

“o legislador resolveu deixar à nova agência a investigação e julgamento preliminar das infrações à ordem econômica que no sistema da Lei n.º 8.884/94 incumbem à SDE e não ao CADE. Ao encargo da agência fica portanto o controle preliminar das condutas.

“Já ao CADE caberá o controle das condutas em grau de recurso (da decisão da agência sobre o arquivamento ou não do processo) e o controle, em caráter originário, das estruturas.”<sup>3</sup>

### **Concorrência e Direitos Autorais**

22. Vislumbram-se ainda, na análise de todo o arcabouço legal e regulamentar que rege os serviços envolvidos neste processo administrativo, dois diplomas que veiculam direitos autorais da concessionária de TV aberta sobre sua programação (artigo 95 da Lei n.º 9.610/98 e item 5.3 e 7.1 da Norma 08/97). Duas questões precisam ser feridas, a saber: (i) quanto ao real alcance da lesão a estes direitos no caso de disponibilização do sinal pela TV Globo, e (ii) se estes devem ser vistos como insuscetíveis de relativização quando em conflito com outros valores jurídicos, entre os quais, a defesa da concorrência.

23. Primeiramente, vale destacar que a discussão não gira em torno da **cessão da programação** propriamente dita. O correto é falar em **cessão da transmissão** do sinal do canal Globo em proveito da operadora Directv, porquanto a TV Globo continuaria com a titularidade plena sobre a **sua** programação, de forma a organizá-la da maneira que bem entendesse. As eventuais perdas patrimoniais da TV Globo, em virtude da cessão da transmissão de sua programação, estariam mais atreladas à possível mitigação de poder de mercado da SKY, da qual é associada, do que por razões autorais propriamente ditas. Com a disponibilização, a TV Globo **não** deixaria de auferir receitas com a venda dos espaços publicitários do seu canal. Ao contrário, aumentaria,

---

<sup>3</sup> *Direito Concorrencial - As Estruturas*, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 217. Destacamos.

inclusive, a penetração de sua programação. Aliás, na hipótese de liberação do sinal, a Directv deverá pagar pela transmissão do canal da TV Globo.

24. Outra questão é a do “conflito” entre dois valores tutelados pela Carta Magna: o *direito de autor* (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII) e a *defesa da concorrência* (art. 170 e 173, § 3º).

25. É preciso compreender o *direito da propriedade intelectual*, tanto no seu aspecto moral como patrimonial, como expressão da *livre iniciativa*. Ou seja, trata-se de um direito de natureza *liberal*, é dizer, de uma garantia do particular que demanda, via de regra, uma abstenção do Estado. Já a *livre concorrência*, nas palavras do jurista Fernando Herren Aguillar, “exige do Estado uma efetiva ação de restrição à liberdade de iniciativa”.<sup>4</sup> Assim, em nome dos princípios da ordem econômica, previstos no artigo 170 da Constituição, o CADE deve impedir o uso abusivo de direitos individuais, limitando o seu alcance quando necessário. **Não é outro o sentido da tutela da concorrência.** Portanto, não há, na verdade, conflito entre estes princípios, mas uma necessária *harmonização* entre eles.

26. Preciso e ilustrativo, nesse sentido, o parecer dos mestres Miguel Reale e Miguel Reale Júnior, trazido aos autos pela Directv, dentre os vários e brilhantes estudos colacionados pelas partes, no sentido de que a função social da propriedade, garantida constitucionalmente, aplica-se a todas as formas de propriedade, inclusive àquelas imateriais e à propriedade da empresa. Ao lado disso, sublinham os pareceristas, a função social da propriedade não possui apenas papel negativo, de proibição de determinadas condutas, mas papel promocional dos valores sobre os quais se funda a ordem constitucional, dentre os quais, avulta a livre concorrência. A tarefa adjudicatória do CADE, sempre observando e respeitando o ordenamento jurídico em sua unidade e completude, não é a de tutelar ou promover o direito subjetivo individual dos autores de conteúdos culturais e intelectuais, por mais relevante que seja essa função. Seu trabalho consiste, sempre ressalvado o estrito respeito à lei, em proteger e estimular o direito subjetivo da coletividade a um mercado competitivo, aberto e dinâmico. Por isso, o direito autoral não pode servir de pretexto para a recusa de contratar a Representada.

27. Feitas estas observações, passa-se à análise da **legitimidade concorrencial** da *conduta da TV Globo Ltda., consubstanciada no contrato de*

---

<sup>4</sup> Direito Econômico e Globalização. Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (coordenadores), *Direito Global* (obra coletiva), ed. Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 273.



exclusividade sobre a transmissão de sua programação em benefício da SKY, de que é associada, e na conseqüente recusa de contratar com a Directv, concorrente da SKY no mercado DTH, a liberação do sinal da concessionária de TV aberta.

28. Assim, a questão central na análise da juridicidade da conduta da TV Globo está em descobrir se a não liberação de seu sinal para à Directv *causa ou pode causar* um dos efeitos previstos nos incisos do artigo 20 da Lei 8.884/94.

29. É importante lembrar que as condutas arroladas no artigo 21 da Lei da Concorrência são exemplificativas, como se depreende da leitura do dispositivo que traz a expressão “além de outras” em seu *caput*. Por esta razão, não importa em qual dos incisos de referido dispositivo está tipificada a prática da TV Globo. Isto porque, embora determinada conduta possa estar tipificada no elenco do artigo 21, nem por isto deverá ser considerada anti-concorrencial, já que é preciso que se produzam os efeitos indicados no artigo 20. De forma análoga, conduta não tipificada no artigo 21, mas que produz algum dos efeitos do artigo 20, deve ser condenada pelo CADE. De maneira que parece sensato asseverar que não importam os meios ou as condutas em si mesmas consideradas, mas o resultado alcançado que, inclusive, independe de culpa. Demonstrado o nexó entre a prática da TV Globo e o resultado alcançado, considerar-se-á ilícita tal postura face aos mandamentos da Lei 8.884/94.

30. Deste modo, é até possível tipificar a recusa da TV Globo em vários dos incisos do artigo 21, mas isto não determinará, por si só, se há, no caso, algo a recriminar. Assim, é mais adequado dar atenção a uma questão nuclear: é prejudicial à concorrência no mercado de TV por satélite (DTH) o fato de que a Directv não possui o sinal da Globo? Ou seja, o contrato de exclusividade entre TV Globo e SKY traz danos à concorrência? Por conseqüência, transfiro o foco do problema para o que interessa: **a verificação de danos efetivos ou potenciais à concorrência.**

### **A Doutrina da Infra-Estrutura Essencial**

31. É preciso saber se a não liberação do sinal é ou não uma barreira à permanência da Directv no mercado. Primeiramente, faz-se necessário verificar se a programação da Globo é tão essencial de maneira que, sem ela, o negócio da prestadora de serviço de TV por satélite torna-se inviável. Vale

dizer, a programação da Globo constitui ou não uma facilidade essencial ou “infra-estrutura essencial” (*essential facility*)?

32. Com efeito, o conceito de *essential facility* não se aplica ao caso. Tal idéia foi desenvolvida pela doutrina norte-americana para aqueles casos extremos, nos quais a detenção exclusiva de um serviço ou produto por um determinado prestador inviabilizava por completo a existência de um regime de competição, visto que o bem negado não poderia ser duplicado por constituir um monopólio natural. Para Ana Maria de Oliveira Nusdeo,

“a doutrina antitruste norte-americana desenvolveu o conceito de *essential facility*, aplicável sobretudo no caso de indústrias reguladas nas quais haja o controle por um monopolista de um equipamento ou sistema que seja essencial para o desenvolvimento de uma atividade por um concorrente, materialmente impossibilitado de duplicar o equipamento ou sistema”.<sup>5</sup>

33. No mesmo sentido, Calixto Salomão Filho afirma que

“A *essential facility doctrine* foi desenvolvida para aquelas situações identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância que é impossível *minimamente* competir sem que exista acesso a esse bem”.<sup>6</sup>

34. O conceito de infra-estrutura essencial ainda não recebeu contornos definidos na doutrina e na jurisprudência antitruste, tanto no Brasil quanto no Exterior. Mas é possível, com todas as limitações teóricas que o tema impõe, chegar a algumas conclusões que oferecem segurança ao julgador. A facilidade essencial implica, no mínimo, as seguintes condições:

---

<sup>5</sup> Ver A regulação e o Direito da Concorrência, in Carlos Ari Sunfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 171.

<sup>6</sup> *Regulação da Atividade Econômica*, Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 54. Destacou-se.

- (i) que, sem o acesso àquela estrutura, não exista chance de competição, isto é, que a estrutura seja indispensável à concorrência;
- (ii) que não seja economicamente eficiente nem possível, para novos entrantes, duplicar a estrutura;
- (iii) que o controle da estrutura gere ao seu titular o potencial de eliminar a concorrência;
- (iv) que a facilidade seja efetivamente essencial, como dispõe a literalidade da expressão, e não mera conveniência ou oportunidade menos dispendiosa para o concorrente;
- (v) que a recusa de disponibilização da essencialidade não possua razão econômica ou jurídica justificável e razoável.

35. Sem o preenchimento dessas condições, impossível uma aplicação positiva do conceito de facilidade essencial<sup>7</sup>. “*Data venia*”, o sinal das transmissões de TV aberta da Rede Globo não se enquadra, de nenhum modo, na categoria de infra-estrutura essencial: (i) não é indispensável (tanto que a Directv, mesmo sem ele, continua sendo um concorrente forte e arrojado); (ii) não é impossível, à Directv, duplicar a estrutura, vale dizer, produzir seu conteúdo ou contratá-lo com terceiros, como fez, por exemplo, com a Disney; (iii) a manutenção da Directv como concorrente, a entrada e crescimento da Tecsats no mercado e a autorização, pela ANATEL, da operação de novos concorrentes no mercado de TV por Satélite mostram, à saciedade, que a Globo ou a SKY estão distantes, com os dados disponíveis no momento, de ter potencial para eliminar a concorrência; (iv) a “facilidade” pretendida pela Representante é, sem dúvida, um caminho fácil e oportunista – que não exige sequer talento, criatividade e identificação com a sensibilidade da cultura brasileira – para obtê-la de maneira menos dispendiosa; (v) a recusa de disponibilização encontra justificáveis e razoáveis razões, econômicas e jurídicas, por se tratar, o sinal aberto, de serviço de acesso gratuito e protegido pelo marco regulatório existente. Não pode haver essencialidade naquilo que é redundante. Portanto, inviável a aplicação da teoria da “*essential facility*” ao presente processo.

36. Para que os impactos concorrenciais negativos fossem comprovados, a Directv teria que demonstrar que tem envidado esforços nos últimos

---

<sup>7</sup> Confira-se, sobre o tema, a título exemplificativo, Michel Bazex, Entre concurrence et régulation, la théorie des “facilites essentielles”, in *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, nº 119, 2001, pp. 37-44, e Giovanni Moglia e Domenico Durante, Le essential facility e la creazione di nuovi mercati concorrenziali: recenti sviluppi tra antitrust e regolamentazione, in *Concorrenza e Mercato*, 7/1999, pp. 299-329.

anos para oferecer uma programação diferenciada, mas que, nem assim, estaria conseguindo mitigar a importância da programação da Rede Globo. Não apenas, portanto, adotar uma postura passiva e atribuir ao não acesso ao sinal da Globo as suas limitações de crescimento, dentro de uma estrutura competitiva.

37. Nada disso pode sugerir que, eventualmente, no futuro, modificadas as condições do mercado ou da regulação, aquilo que hoje, seguramente, não é essencial à concorrência, possa sê-lo amanhã. Dito de modo singelo: não há configuração de “coisa julgada”, especificamente administrativa, em mercado tão dinâmico. Da mesma forma, ninguém ignora, muito menos o CADE, que a verticalização constatada entre a Globo e a SKY está longe de parecer a forma ideal de indução da concorrência na TV por assinatura.

38. Aliás, tanto a experiência legislativa norte-americana, trazida aos autos pela Representante, quanto a tendência mundial de estímulos à competitividade no mercado alvo de TV por assinatura, sugerem muita cautela e acompanhamento continuado do desempenho desse segmento. Porém, daí a se entender que a recusa de contratação, por parte da Globo, seja ilícita, nas condições atuais, vai uma distância enorme.

39. Portanto, a programação da Globo, embora seja o canal preferido da maioria dos assinantes de TV por assinatura, não pode, de forma alguma, significar uma *essential facility*, seja diante da farta participação de mercado ostentada pela Directv ou mesmo em face do acesso gratuito que o assinante da Directv possui ao canal da Globo por meio da rede aberta.

40. Parece-me duvidoso, também, que a não-disponibilização pela TV Globo de seu sinal seja tão impactante de forma a constituir verdadeira barreira à permanência da Directv no mercado. O fato de que a programação da Globo está acessível a todos os usuários, gratuitamente, por meio do sistema de TV aberta, não pode ser desprezado. Ainda que se considere que, em determinadas localidades, a recepção do sinal da TV aberta não seja dos melhores, é preciso notar que este dado consubstancia-se numa **exceção**, que tal problema é imanente ao sistema de TV aberta e não é capaz de determinar ou condicionar o mercado de TV por assinatura, e que, de alguma maneira, estas poucas localidades poderão, eventualmente, ter acesso ao canal da Globo por vários outros meios.

41. Ainda que se diga não ser possível equiparar o sinal da Globo, transmitido via satélite, ao transmitido por radiodifusão, já que o primeiro possui qualidade superior, também é preciso levar em consideração uma in-

formação de extrema relevância: **a tecnologia do sistema de TV aberta está em pleno processo de digitalização**. Isto significa que, a médio prazo, o sinal dos canais abertos serão de alta qualidade, sem interferências, ou, por assim dizer, um sinal que será recebido perfeitamente. Ainda neste ano, a ANATEL deve definir o padrão de televisão digital que será adotado no Brasil e, até o final do ano, deverá estar concluída a regulamentação do novo sistema.

42. Outro fator a se considerar é que o sistema de TV via satélite agrega outros serviços além da transmissão de programação, o que torna o benefício auferido pelo assinante muito maior do que o de, simplesmente, receber em sua casa novelas, filmes ou jogos de futebol. Assim, em tal sistema, é possível que haja uma interação mais pronunciada com o assinante, a partir do oferecimento de serviços de home-banking, informações de tempo e de trânsito, etc (p. ex.: **Directvinteractive**). Aliás, com a convergência tecnológica, a tendência é a de que estes serviços fiquem mesmo mais sofisticados, reunindo, numa só rede, serviços de voz, dados, internet e imagem. Isto contribui para retirar um pouco do peso que a programação da Globo teria sobre o sistema.

43. Diga-se, ainda, que o elevadíssimo número de canais que o sistema de transmissão via satélite pode abrigar depõe contra a idéia que uma única emissora, ainda mais disponível gratuitamente, possa inviabilizar ou tornar pouco atraentes dezenas de outros canais diferenciados. Na medida em que o mercado e a tecnologia viabilizam um número plural de canais e sem que existam fortes barreiras de acesso devidas a uma suposta escassez de insumos ou canais, o argumento da “facilidade essencial” torna-se inadequado ao caso. Assim, no plano de mera recomendação de política pública, o Estado brasileiro deveria estimular e facilitar a instalação de redes de TV por assinatura e, assim, o acesso de um maior número de cidadãos ao serviço e uma maior competição no mercado. Paralelamente ao sinal aberto da televisão, a gestão e propriedade do satélite que instrumentaliza o fornecimento de um serviço especial (a comunicação por vídeo) também poderá se objeto, de “*lege ferenda*”, de imposições de natureza regulatória e/ou concorrencial e restar sobre a atenta vigilância do órgão regulador.<sup>8</sup>

44. No mercado DTH, as operadoras concorrem entre si, essencialmente, com base em dois elementos, quais sejam, o *preço da assinatura* e o *pacote de canais e serviços oferecidos ao assinante*. A oferta da programação da Globo pela SKY, a uma qualidade superior, sem necessidade de lidar com mecanismos de “chaves”, é, justamente, um atrativo oferecido por tal presta-

---

<sup>8</sup> Confira-se, a respeito, sugestivo trabalho de Giovanni Bognetti, Constituzione televisione e legge antitrust, Milano, Giuffrè, 1996, pp.58-61

dora aos seus usuários. Querer transferir este atrativo para a Directv significa, sem dúvida, atenuar as diferenças entre os concorrentes num mercado em que o oferecimento de *pacotes de canais e serviços distintos* parece ser a essência da satisfação da complexidade ínsita nos múltiplos gostos e costumes dos consumidores.

45. Como conseqüência da preservação da exclusividade do contrato entre TV Globo e SKY, não vejo impactos negativos à concorrência, muito menos a inviabilização do empreendimento da Directv, que detém participação expressiva no mercado. É bem possível que, a médio prazo, isto traga impactos muito positivos à concorrência, tais como a redução de preços e aperfeiçoamento dos pacotes de canais, com a inclusão de novas programações e a oferta de novos serviços.

46. Assim, a título ilustrativo, se o lema da SKY é ser a única a oferecer o sinal da Globo digitalizado, talvez o da Directv possa ser oferecer melhores canais jornalísticos ou os melhores serviços de home-banking ou algo análogo. Todas essas possibilidades estão abertas à sua livre iniciativa e, com certeza, não lhe faltarão nem capacidade empresarial nem capital para implementá-las e estimular a competitividade.

47. A manipulação de preços, pela SKY, sobre a assinatura é limitada por três razões muito simples: a assinatura do sistema de TV por satélite já é algo caro para a renda média brasileira; há um concorrente que pode oferecer um pacote amplo de canais a um preço menor; e, além disto, não é possível desconsiderar que há, gratuitamente, a possibilidade de acesso ao sinal da Globo via TV aberta, futuramente, *digitalizada*.

48. Reduzir as diferenças entre Directv e SKY parece, assim, não se justificar, ainda mais se levarmos em consideração a alta participação da Directv no mercado de DTH e também o fato de que o poder econômico de tal grupo é muito expressivo, já que é a maior operadora mundial no sistema de satélite.

49. É o caso de se perguntar: qual o potencial anticoncorrencial da recusa de contratação pela Representada, se o sinal da TV aberta é gratuito, atinge indistintamente a imensa maioria dos assinantes da TV paga e, para um razoável número de assinantes da própria Directv, é o canal de TV aberta preferido dos consumidores?

50. Na mesma linha: que razões econômicas teriam o consumidor de programas de televisão, que possui gratuitamente o sinal de TV aberta, para

pagar pelo acesso aos canais de que já dispõe? Absolutamente nenhuma ou, quando muito, razões meramente residuais, como, por exemplo, obter melhor captação dos sinais em algumas localidades (o que, na verdade, pode ser obtido com uma simples antena parabólica).

51. Não se discute, na verdade, nesses autos, nem o conteúdo dos programas da Rede Globo, nem sua qualidade e nem a cultura nacional. Todos esses são temas relevantes. Porém, para o CADE, o reflexo dessas questões só pode ser filtrado em termos concorrenciais. O que está em jogo, no mercado de DTH ou de TV aberta, é uma questão puramente comercial. O problema é saber se o inegável poder de mercado da Globo na TV aberta (que a Directv pretende, indiretamente, reforçar) pode limitar a concorrência na TV via satélite. Pelo número de substitutos, pelas características de mercado diferenciado pelo tipo de produto, pelo leque de opções de insumos da TV por assinatura, pela ausência de prova de que a decisão de compra de um serviço de DTH seja determinada pela oferta redundante de algo que o consumidor possui, por se tratar de um mercado em franca expansão e por todas as razões aqui apresentadas, a Representação não merece prosperar.

52. Assim, considero **justificável** o contrato de exclusividade entre a TV Globo e SKY, bem como **legítima** a recusa de contratar por parte da TV Globo.

53. Voto pelo arquivamento deste processo administrativo, já que não foram produzidos os efeitos do artigo 20 e nem poderão ser alcançados.

**É o voto.**

Brasília, 20 de junho de 2001

**Celso Fernandes Campilongo**  
*Conselheiro do CADE*

