

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

INFORME N° 110, de 11.08.1999

1. INTERESSADOS:

TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A- DIRECTV
TV GLOBO LTDA. E TV GLOBO LTDA. SÃO PAULO LTDA.

2. ASSUNTO

PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE INFRAÇÃO DA
ORDEM ECONÔMICA

3. REFERÊNCIAS

LEI N° 8.884/94

LEI N° 9.472/97

LEI N° 9.610/98

Decreto N° 2.196/97

Portaria N° que aprova a Norma n° 008/97

PROCESSOS N° 53500.002586/98 E 53500.000359/99

4. FUNDAMENTAÇÃO

I. RELATÓRIO:

Versam os presentes autos sobre processo administrativo instaurado com o intuito de apurar possível conduta infringente da ordem econômica pela TV Globo Ltda, passível de enquadramento no artigo 20, incisos I e II, c/c artigo 21, incisos V e XIII, da Lei n° 8.884/94.

O processo mencionado foi instaurado após, o encerramento das averiguações preliminares que tiveram como origem a Representação, com pedido de medida preventiva inaudita altera parte, formulada pela TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A- DIRECTV contra a TV GLOBO LTDA e TV GLOBO LTDA SÃO PAULO LTDA, denominada apenas TV Globo Ltda. Essa representação

foi protocolizada, no dia 29.09.98 -fls. 01/203, junto à Anatel, com o escopo de apurar a existência de infrações à ordem econômica pelas supostas práticas de recusa de venda e de criação de dificuldade à entrada, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, nos termos do artigo 21, incisos V e XIII, da Lei nº 8.884/94.

Em síntese, a representação denuncia suposta infração à ordem econômica pela prática de recusa de celebração de contrato de autorização para que a programação da TV Globo Ltda seja distribuída pela DIRECTV, operadora do DTH, na Banda Ku, em condições não discriminatórias, similares àquela em que se dá o fornecimento da mesma programação à outra prestadora do mesmo serviço, a SKY.

A suposta recusa consumou-se na falta de resposta à solicitação feita pela TV A, em 22.12.97, à TV Globo Ltda para realização do contrato de cessão de distribuição dos seus sinais nas mesmas condições feitas pela SKY. O referido pedido foi reiterado em 21.01.98, sem qualquer manifestação da TV Globo Ltda.

Em sua peça exordial, a TVA elenca os seguintes argumentos que ensejariam a configuração das condutas restritivas à concorrência:

√ dificuldade de acesso à distribuição da programação aberta da TV Globo Ltda, constituindo expressiva barreira à entrada no submercado relevante de DTH;

√ análise do mercado de TV por Assinatura, ressaltando as diferenças entre os serviços de TV a CABO, MMDS e DTH;

√ impossibilidade de substituição entre a TV aberta e a TV por Assinatura;

√ possibilidade de substituição entre os serviços de TV a Cabo e MMDS, não ocorrendo o mesmo com relação ao DTH, por ser superior em qualidade, variedade e preço;

√ obrigatoriedade "must carry" (obrigatoriedade de carregar os sinais locais das redes abertas) apenas no serviço de TV aCabo,

√ inexistência de limitação para negociação e contratação no que se refere ao DTH, conforme o disposto no item 5.3 da Norma nº 008/97, aprovada pela Portaria nº 321, de 21/05/97, que prevê a possibilidade de realização de contrato de cessão de programação entre as partes;

√ utilização da norma de DTH para fins restritivos, pois a TV Globo Ltda só firmou contrato de cessão de sua programação com a SKY, sua associada;

√ a TV Globo Ltda é concessionária do serviço de radiodifusão de sons e imagens nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre, tendo autorizado a SKY a transmitir sua programação aberta nessas cidades;

√ configuração do sinal aberto da TV Globo Ltda como bem indispensável e essencial para a sustentação dos demais concorrentes do mercado de DTH;

√ inexistência de razão de ordem financeira ou comercial para negar a contratação pleiteada pela DIRECTV;

√ presença de diferenças de ordem técnica na recepção do sinal, pois o assinante da DIRECTV, se quiser receber o sinal da TV Aberta, terá que utilizar a chave comutadora de duas posições, do tipo a-b, o que acarreta interferências;

√ fase de implantação do serviço de DTH, definição das posições dos concorrentes no mercado;

√ imobilidade do assinante, que quer evitar incômodo, custos adicionais de equipamentos e instalação;

√ a real intenção da TV Globo Ltda e suas associadas é prejudicar os concorrentes e dominar o mercado de DTH;

√ experiência do FCC- proibição ou limitação dos contratos de exclusividade celebrados entre distribuidores de TV aCabo e seus fornecedores de programação, quando estes são verticalmente integrados;

√ configuração das seguintes práticas anticoncorrenciais -recusa de venda, exclusividade e discriminação de distribuidores;

Diante de tais argumentos, a TVA requereu o seguinte:

√ instauração de processo administrativo -art 20 I a IV e 21, V e XIII da lei nº 8.884/94;

√ adoção de medida preventiva, sem a oitiva da TV Globo Ltda, em virtude do fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação;

√ que a TV Globo Ltda se abstenha de recusar-se a celebrar contrato de distribuição de sua programação de rede aberta com a TVA, em condições semelhantes às negociadas com a NET -SKY, ou pelo menos, em condições não discriminatórias;

√ que a TV Globo Ltda se abstenha de criar dificuldades ao funcionamento da TVA

√ que a TV Globo Ltda seja convidada a celebrar compromisso de cessação com a Anatel, nos termos do artigo 53 da Lei nº 8.884/94.

Adicionalmente, a TVA, em 11.11 98, apresentou Memorial ao Conselho Diretor da Anatel, dirigido à Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa, reiterando o inteiro teor da representação formulada.

No dia 14.12.98, foi feito o Informe nº 48-CMGRL/CMOS/SCM-fls.212/220, que trata da legalidade da conduta da TV Globo Ltda, no tocante à legislação de telecomunicações e da necessidade de instauração de processo administrativo para apuração de possível infração da ordem econômica.

O referido informe relaciona as seguintes considerações:

√ breve histórico da legislação de telecomunicações no que diz respeito ao aproveitamento de programação alheia;

√ a legalidade da autorização para distribuição de programas- inexistência de infração em virtude do disposto no item 5.3. da Norma nº 008/97(faculdade atribuída às concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens de conceder ou não autorização para transmissão de seus programas por estação/sistema de telecomunicações RTV/DTH);

√ inaplicabilidade da medida preventiva, por não ter sido configurada a situação emergencial de dano;

√ participação no mercado exercido pela TV A e pela TV Globo Ltda;

√ sugestão de instauração de processo administrativo para apurar suposta infração da ordem econômica, consubstanciada na prática de recusa de venda.

Em 15.12.98, a Procuradoria manifestou-se, por intermédio do Parecer nº 1.401/98-PCR, sobre a aludida representação, tendo se posicionado contrariamente à adoção da medida preventiva inaudita altera parte. Todavia, opinou

pela instauração de processo administrativo para apuração de possível infração da ordem econômica. (fls.221)

O informe nº 48 /CMGRL/CMOS/SCM foi submetido, em 22.12.98, à apreciação do Conselho Diretor, matéria nº 032-CMGRL/CMOS/SCM- fls. 210/211.

Em 28.12.98, a matéria em questão foi distribuída, pelo MM 2130/PR, para o Conselheiro Antônio Carlos Valente da Silva, para que este atuasse como relator do processo nº 53500 002586 (fls.232)

O Conselheiro Relator exarou a Análise nº 003/99-GCAV- fls.233/241, de 19.01.99, onde ratificou o posicionamento da Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa, no que diz respeito a não adoção da medida preventiva inaudita altera parte, tendo, inclusive, concluído pela instauração de processo administrativo, nos termos da Lei nº 8.884/94, ressaltando os seguintes aspectos:

√ adoção, por parte do Poder Público, de medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços;

√ necessidade de organização dos serviços de telecomunicações com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre as prestadoras;

√ obrigatoriedade de atuação do Poder Público para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica de modo a resultar em benefícios para a população;

√ presença de indícios de infração da ordem econômica.

O Conselho Diretor, em sua 57ª Reunião, no dia 27.01.99, deliberou sobre a Análise nº 003/99-GCAV, aprovando suas conclusões, tendo, por conseguinte, resolvido:

√ negar a adoção de medida preventiva; e

√ instaurar processo administrativo, com o intuito de apurar possível conduta infringente da ordem econômica pela TV Globo Ltda, passível de enquadramento no artigo 20, incisos I e II, c/c artigo 21, incisos V e XIII, da Lei nº 8.884/94.

Em 01.02.99, foi publicado no Diário Oficial da União o Ato nº 2293, de 28.01.99, do Conselho Diretor, que determinou a instauração do referido pro-

cesso administrativo, tendo, inclusive, determinado à Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa que procedesse à apuração dos fatos.

Após a publicação do Ato nº 2.293/99, a TVA foi comunicada, pelo ofício nº 26/SCM-ANATEL, de 01.02.99, da decisão do Conselho Diretor (fls.02- autos em apenso) .

No mesmo dia, a TV Globo Ltda foi comunicada da instauração do processo administrativo, tendo sido notificada para apresentar, em 15 dias, sua defesa e as provas que pretendesse produzir. (fls.03). Além disso, foi convocada a apresentar o contrato de cessão de programação firmado com a Net Sat Serviços Ltda (SKY)

Com o intuito de obter subsídios, foram encaminhados pela Gerência Geral de Outorgas de Serviços, da SCM, os Ofícios nº 109 e 110/99-CMOS, de 09.02.99- fls. 07/10, para a DIRECTV e para a SKY, respectivamente, solicitando informações no que diz respeito:

√ ao número de assinantes, desde janeiro de 98 até fevereiro de 99, nas praças de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre;

√ às facilidades técnicas existentes para associar sinais de TVs Abertas existentes em uma localidade qualquer, da banda C ou na faixa de VHF e UHF com esquemas de descrição dos equipamentos adicionais necessários, para que o usuário, no mesmo aparelho, possa selecionar os sinais de seu interesse.

Com relação ao ofício nº 109-CMOS dirigido à SKY, foram solicitadas, além das descritas acima, outras informações sobre:

√ descrição de como o sinal é enviado e recebido pelos assinantes de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre;

√ indicação da data em que passou a distribuir os sinais gerados pela TV Globo Ltda, em cada uma das praças acima indicadas;

Em 09.02.99, a TV Globo Ltda requereu, através do expediente protocolizado sob o nº 99.90.002085- fls.11 ,a dilação de seu prazo de defesa de 15 para 45 dias, tendo em vista a extensão da presente representação, o volume dos documentos acostados e a complexidade do assunto.

O aludido requerimento gerou a Matéria para Apreciação do Conselho Diretor nº , 007- CMGRL/CMOS/SCM- fls. 13/14, de 12.02.99, que considerou a

inexistência de impedimento legal quanto a prorrogação de prazo pleiteada, sugerindo então, a sua dilação

Manifestou-se a douta Procuradoria pela prorrogação do referido prazo (fls.19).

Acatando a sugestão da Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa e com o aval da Procuradoria, o Conselho Diretor deferiu o pedido de prorrogação formulado, por meio do Circuito Deliberativo nº 69, 12.02.99.

Em 24.02.99, a TV Globo Ltda apresentou sua resposta ao Ofício nº 109/99(fl. 27/31).

Por sua vez, a TV A apresentou, em 25.02.99, sua resposta ao Ofício nº 110/99 (fls.32/36) Tempestivamente, a TV Globo Ltda apresentou, em 24.03.99, sua defesa protocolizada sob o nº 99.90.004873 (fls.38/99), argumentando, em síntese, que:

√ o mercado relevante é o de serviço de DTH, inexistindo a definição de sub-mercado relevante, utilizada apenas para mascarar a posição de dominância econômica exercida pela TVA no mercado de serviço de DTH;

√ é impossível considerar o serviço de DTH como substituto do serviço de TV por Assinatura (TV a Cabo/MMDS);

√ o foco da concorrência não estaria na possibilidade de oferecimento do sinal dos canais abertos através da banda KU, que não se trata de bem econômico e sim gratuito e sem escassez no mercado. Ao contrário, a escolha do consumidor dar-se-ia em função exclusivamente da programação dos canais por assinatura;

√ não haveria qualquer problema de ordem técnica que inviabilizasse a adoção de um decodificador, garantindo, assim, as condições de acesso necessárias a todos os canais abertos, tanto através da banda C, quanto através de VHF ou UHF;

√ inexistente diferença de qualidade entre o sinal analógico (UHF/VHF) e o digital (DTH);

√ o sucesso da Rede Globo decorre de seu sistema de comercialização, que garante a exclusividade concedida à emissora local em sua base de distribuição de sinais, no que diz respeito à veiculação das produções da Rede Globo,

bem como aos anunciantes locais de parte dos espaços destinados à veiculação publicitária;

√ o poder de fiscalização sobre a distribuidora do sinal só seria eficaz se realizado através de empresas verticalmente integradas, como é o caso da SKY;

√ é prerrogativa das empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão ou reprodução de suas transmissões. Observância do disposto no item 5.3. da Norma nº 008/971 aprovada pela Portaria nº 321/971 que exige, para permitir a retransmissão de programas, a celebração de contrato de cessão de programação entre as partes;

√ a diversidade de programação somente intensifica a concorrência, sendo certo que a padronização absoluta do conteúdo apenas aniquilaria qualquer possibilidade de concorrência;

√ impossibilidade de licença compulsória de direitos autorais;

√ a obrigatoriedade do "must carry" no serviço de TV a Cabo foi estabelecida no interesse das emissoras de TV Aberta, afim de incrementar a concorrência no mercado, o que já não ocorre no caso do DTH, pois poderia prejudicar o sistema de comercialização;

√ a utilização da figura da "criação de dificuldades" com o intuito de formular denúncias infundadas e de má fé;

√ há a necessidade de preservação do mercado de TV Aberta;

Por fim, pede o arquivamento da presente representação e que a mesma seja julgada improcedente.

A título de esclarecimentos adicionais, a TV A apresentou outra manifestação, protocolizada sob o nº 99.90.004692, de 23.03.99, alegando que:

√ o relacionamento concorrencial entre a DIRECTV e a SKY ocorre no plano horizontal, enquanto o relacionamento concorrencial entre a TV Globo Ltda e os seus distribuidores de DTH ocorre no plano vertical; I

√ a constatação de que a DIRECTV domina o mercado de DTH não tem influência no presente caso, pois tal constatação só seria útil se o problema concorrencial estivesse ocorrendo no plano horizontal, ou seja, entre a SKY e a DIRECTV;

√ há conversão automática do sinal digital em analógico, tendo em vista que todos os televisores brasileiros são analógicos;

√ nas praças onde é oferecido o sinal/local da TV Globo, as vendas do serviço oferecido pela SKY crescem em proporção menor do que no restante do país, onde esse serviço não é disponibilizado ao assinante;

√ inexistiu alteração significativa no crescimento de vendas da SKY, a partir do momento em que o sinal da TV Globo Ltda local passou a ser incluído;

√ a real intenção da TV A é aproveitar-se do apelo de marketing da marca globo;

√ a recusa de venda somente é ilícita na medida que sirva como instrumento de abuso de poder econômico, devendo esta recusa referir-se a um bem econômico, que não é o caso do sinal aberto da programação local das emissoras da Rede Globo;

√ a vantagem da TV Globo Ltda é a sua eficiência econômica;

√ a conduta ilícita exterioriza-se através do relacionamento vertical entre fornecedor e distribuidora de programações, no caso entre a TV Globo Ltda e a DIRECTV;

√ a TV Globo Ltda utiliza seu poder de mercado, no segmento de TV Aberta, para discriminar a DIRECTV em favor de seu único concorrente, a SKY, vinculada à Globo;

√ são irreversíveis os efeitos da discriminação imposta pela TV Globo Ltda à TVA;

Em função do exposto, reitera o pedido de adoção de medida preventiva, requerendo a reconsideração da decisão do Conselho Diretor .

Em complemento aos Ofícios nas 109 e 110-CMOS, de 09.02.99, foram encaminhados os Ofícios nas 259 e 260- CMOS, de 19.04.99, à TV Globo Ltda e à TV A, solicitando as seguintes informações:

√ número de assinantes- ano de 1997- localidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre;

√ número de assinantes- desde jan/97 até abr/99- localidades de Brasília, Curitiba, Salvador e Recife.

Tendo em vista o novo pedido de adoção de medida preventiva, foi feito o Informe na 24-CMGRL/CMOS/SCM, de 22.04.99- fls 163/164, submetido à análise do Conselho Diretor .

Reiterando, mais uma vez, sua posição, a TV A, em 26.04.99, apresentou nova manifestação, protocolizada sob o na 99.90007 432-fls. 112/135, reque-
rendo, mais uma vez, a procedência do seu pleito, salientado os seguintes
argumentos:

√ a TV Globo Ltda, rede de TV Aberta, é fornecedora de programação e é
nesta condição que pratica a infração à ordem econômica;

√ o mercado relevante não pode ser caracterizado, em termos geográficos,
como sendo o das cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e
Porto Alegre, devendo englobar todo território nacional;

√ o sinal da TV Globo Ltda não pode ser considerado bem livre, pois é, na
verdade, diferencial competitivo;

√ impossibilidade de considerar o sinal da TV Globo Ltda como bem ao al-
cance de todos, como demonstra a campanha publicitária da SKY- "a SKY é a
única TV por Assinatura via satélite a transmitir a televisão mais assistida
pelos brasileiros o que confirma mais uma vez a superioridade da SKY".

√ a comutação DTH em TV Aberta exige a execução de operações adicionais
e a utilização de antena independente e de boa qualidade para recepção em
VHF;

√ presença de áreas de má qualidade de recepção -imagem ruim, fantasmas",
excesso de interferências, ruídos, chuviscos -influenciando o: consumidor;
necessidade de comparar o desempenho entre os concorrentes no mercado
relevante da TV Globo Ltda, ou seja, no território nacional e não apenas em
cidades isoladas;

√ nas cidades onde a SKY "carrega" o sinal da TV Globo Ltda (São Paulo,
Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre), o crescimento de venda da
DIRECTV foi menor do que no restante do país;

√ a recusa de venda da TV Globo Ltda só pode ser explicada por objetivos
anticoncorrenciais -dominação do mercado de DTH;

√ presença da figura "criação de dificuldades" como conduta que infringe a lei
e não como denúncia infundada e de má fé;

√ impossibilidade de se colocar em risco o mercado de Televisão Aberta pela simples retransmissão de seus sinais via DTH, de maneira controlada, como faz a SKY;

√ admissão da conduta de recusa de negociar.

Em 04.05.99, a TV A apresentou sua resposta ao Ofício n° 260/99-CMOS (fls. 141/145). O mesmo ocorrendo com a TV Globo Ltda, com relação ao Ofício n° 259/99-CMOS, em 11.05.99 (fls.139/140).

No dia 19.05.99, em atendimento ao Informe n° 24-CMGRL/CMOS/SCM, O Conselheiro Relator emitiu a Análise n° 021- GCAV- fls 148/153, concluindo que, não obstante a imprecisão conceitual contida na representação (confundindo relacionamentos horizontais e verticais entre as empresas), a Anatel não foi induzida em erro, tendo analisado a questão de forma apropriada. Como a medida preventiva não foi negada em virtude de uma possível compreensão equivocada por parte da Anatel e não houve qualquer alteração fática que justificasse sua adoção, concluiu o Relator pelo não acolhimento da medida preventiva solicitada. Em 26.05.99, o Conselho Diretor em sua 72ª Reunião, confirmou a posição adotada pelo Relator, negando a reconsideração da referida decisão.

Com base nas informações fornecidas pela TV A e pela Tv Globo Ltda, foi feito o Informe n° 002- CMGRL/CMOS/SCM- fls 187/202, de 26.06.99, que reflete o estudo do mercado de DTH , levando em consideração o número de assinantes nas praças de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre (praças onde a TV Globo Ltda "carrega" seu sinal), bem como em Brasília, Curitiba, Salvador e Recife. Além disso, foi também analisada a questão do envio do sinal da TV Aberta e as facilidades técnicas existentes para associação de sinais das TVs Abertas, da Banda C ou na faixa de VHF e UHF.

Em 05.07.99, a TV Globo Ltda ofertou suas alegações finais- fls. 162/186, tendo, em síntese, ressaltado os seguintes argumentos:

√ a TV A não é parte no presente processo, não estando, portanto, a TV Globo Ltda obrigada a responder a todas as alegações aduzidas pela mesma; ..

√ a necessidade de esclarecimento, por parte do Conselho Diretor, acerca da competência da Anatel para apreciar o presente caso;

√ a evolução no número de vendas foi a mesma para as duas empresas, quer nas praças em que a SKY "carrega" o sinal da TV Globo Ltda, quer nas praças que não o faz; .

√ os números trazidos aos presentes autos pela TV A tomam por base a evolução do número de assinantes no período, sem descontar o "churn-rate" (número de cancelamento de assinaturas) e não a evolução das vendas, critério este adotado pela SKY em relação às suas informações;

√ a queda no desempenho de vendas da DIRECTV pode ser atribuída a falta de investimentos no setor, durante a negociação da compra das ações da TV A pela Hughes;

√ as variações no crescimento da SKY não podem ser justificadas pela presença do sinal da TV Globo Ltda;

√ a modificação nas taxas de crescimento das duas empresas ocorreu em novembro/97, tendo em vista a redução do preço do equipamento da SKY que passou de R\$ 699,00 para R\$ 399,00, o mesmo preço cobrado pela DIRECTV;

√ outro fator que contribuiu para o aumento de vendas da SKY refere-se ao fato que a DIRECTV cobra pelo equipamento, mas apenas o transfere ao consumidor a título de comodato, ao contrário da SKY que vende os referidos equipamentos em caráter definitivo;

√ há inúmeros fatores, tais como: preço, esforços de vendas, qualidade de atendimento, que explicam a melhora no desempenho de vendas da SKY. Não podendo ser atribuída esta melhora à entrada do sinal da TV Globo Ltda no line- up da SKY;

√ a recusa de venda somente pode ser considerada ilícita na medida em que provoque efeitos anticoncorrenciais e sirva como meio de dominação de mercados;

√ atitude lícita da TV Globo Ltda de negar o licenciamento de seu sinal, pois há a necessidade de assegurar a integridade de seu sistema de distribuição de sinais, com o intuito de preservar a publicidade local;

√ obrigatoriedade de fiscalização permanente sobre a distribuidora do sinal, impedindo, assim, que qualquer sinal Globo, diverso do sinal local, penetre na área da emissora local componente da Rede;

- √ a fiscalização só é possível em empresas verticalmente integradas;
- √ a recusa de venda pode ser justificada em virtude da eficiência da TV Globo Ltda na redução dos custos de transação;
- √ inexistente norma legal que obrigue a TV Globo Ltda a licenciar à TV A o direito de retransmitir seu sinal;
- √ aplicação do disposto no artigo 95 da lei de Direitos Autorais, que assegura às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão ou reprodução de suas transmissões;
- √ a DIRECTV é atualmente controlada pela Hughes, que é um "gigante" de telecomunicações, pertencente ao Grupo General Motors, de porte muito maior que a TV Globo Ltda;
- √ a TV Globo Ltda encontra-se à mercê da Hughes, que é a proprietária do satélite que a SKY utiliza para transmitir seus sinais para o território nacional;
- √ a Hughes tem inúmeras facilidades que não são estendidas à TV Globo Ltda, tais como: poderio financeiro, maior quantidade de recursos próprios, maior acesso às fontes internacionais de financiamento, possibilidade de negociar em bloco as condições de fornecimento dos equipamentos de recepção e de compra de programação etc.

Por fim, a TV Globo Ltda pede a decretação do arquivamento da Representação.

É o relatório.

II -DA DEFESA

-TEMPESTIVIDADE

Necessário reconhecer que, tanto a defesa, quanto as alegações finais da TV Globo Ltda, são tempestivas, tendo sido apresentadas dentro do prazo estipulado. Assim, não há que se cogitar em revelia ou preclusão.

-DA COMPETÊNCIA DA ANATEL

Antes de adentrar no tema da competência para apreciar o presente processo administrativo, convém esclarecer que, por ocasião da representação e da defesa, tanto a TV A quanto a TV Globo Ltda, respectivamente, confirmaram a competência da Anatel, tendo causado surpresa qualquer insinuação em contrário.

A competência da Anatel para tratar de questões da ordem econômica referentes a serviços de telecomunicações está assegurada no artigo 7º, da Lei nº 9.472/97. Diz o referido artigo:

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

§ 1º. Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º *Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE, por meio do órgão regulador.*

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

Ora, o referido artigo é bem claro ao delimitar a competência da Anatel para atuar em questões da ordem econômica atribuídas à prestadoras de serviços de telecomunicações.

Corroborando com esse entendimento, merece atenção o disposto no artigo 19, inciso XIX, da Lei nº 9.472/97, que fixa as atribuições da Anatel, in verbis:

"art. 19- À Agência compete adotar as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e, especialmente:

..

XIX- exercer relativamente às telecomunicações. as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as competências pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE” (grifo nosso)

A própria Lei nº 9.472/97, em seu artigo 60, esclarece a definição de serviços de telecomunicações, in verbis:

"art 60 -Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação

§ 1º- Telecomunicações é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. "

Ademais, vale também mencionar o disposto no artigo 3º, do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73, de 25.11.98, que disciplina as hipóteses que não constituem serviços de telecomunicações:

“art. 3º- Não constituem serviços de telecomunicações:

I- o provimento de capacidade de satélite;

II- a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações;

III- os serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.472 de 1997”.

No presente processo administrativo, a TV Globo Ltda adota uma dupla função: a de concessionária do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens e a de fornecedora de programação. Essa natureza dúplice deve ser analisada sob a seguinte ótica:

1. primeiramente, cumpre ressaltar que a TV Globo Ltda, ao recusar-se a celebrar o referido contrato de cessão de sua programação, o faz na qualidade de concessionária do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens.

É nessa condição que ela se vale do disposto no item 5.3. da Norma nº 008/97, para não firmar o já mencionado contrato de cessão de sua programação;

2- ocorre que, independente da sua condição de concessionária do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens, o objeto da recusa recai, exclusivamente, em sua programação, o que lhe confere também a condição de programadora.

Não obstante essa natureza dúplice, o referido item 5.3. é bem claro ao afirmar que a transmissão de programação de concessionária de Serviço de Radiodifusão, através do DTH, só poderá ser feita após a celebração de contrato de cessão entre as partes envolvidas. Então, constata-se, com clareza, que quem detém o poder de autorizar ou negar a transmissão de sua programação é a concessionária do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens.

Assim, é correto afirmar que, pelo fato do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens ser um serviço de telecomunicações, qualquer uma de suas prestadoras, diante de uma questão da ordem econômica, estaria sujeita à competência da Anatel para dirimir o problema, tanto do ponto de vista de repressão de infrações, quanto com relação a atos de concentração.

No tocante à argumentação de que os Serviços de Radiodifusão teriam sido excluídos do âmbito de competência da Anatel, cumpre salientar que o artigo 211, da Lei nº 9.472/97, apenas estabelece que a outorga desses serviços permaneceria com o Poder Executivo, ao passo que caberia à Anatel as demais atribuições, tendo sido apenas ressaltada a atividade de elaboração e manutenção dos respectivos planos de distribuição de canais, juntamente com a fiscalização técnica.

Em nenhum momento, faz qualquer referência à matéria relativa à ordem econômica e, nem poderia fazer, pois essa matéria é tratada exclusivamente pelos artigos 7º e 19, inciso XIX, da Lei nº 9.472/94, devendo prevalecer, portanto, sobre qualquer disposição de cunho geral.

III -IDENTIFICAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

Por tratar-se de apuração de infração que estaria sendo cometida no terreno do relacionamento vertical entre dois mercados (mercado "de origem" e "mercado alvo", respectivamente), são dois os produtos/serviços envolvidos, cujas respectivas condições de oferta e demanda devem ser compreendidas.

Assim, faz-se necessário analisar o mercado de origem e o mercado alvo, objeto do presente processo.

No mercado de origem, o produto relevante é a programação transmitida através do sinal aberto da TV Globo Ltda, que pode ser captada livre e gratuita-

mente pelo público em geral, valendo-se de um receptor de televisão e, dependendo da sua localização, adicionalmente de uma antena. Essa programação pode ser ofertada pela TV Globo Ltda às empresas prestadoras de serviço de TV por assinatura interessadas em distribuir o produto aos seus assinantes, com a mesma qualidade que caracteriza a transmissão da programação de TV por Assinatura.

É importante salientar que o produto relevante não é a programação oferecida gratuitamente aos telespectadores pelo sinal aberto da TV Globo Ltda, com a qualidade que caracteriza a sua transmissão através de VHF ou UHF, como pode ser vislumbrado pelas razões expostas abaixo:

valor econômico conferido ao recebimento da programação da TV Globo, com um padrão de qualidade diferenciado do recebimento do sinal aberto, está claramente reconhecido nas cláusulas do "Contrato de distribuição de programação e de licença de uso de marca", assinado entre a TV Globo Ltda e a Netsat. Nesse Contrato, ficou estabelecido que a Netsat compromete-se apagar o preço acordado à TV Globo Ltda, pelo direito de distribuição do sinal de sua programação aos seus assinantes.

conteúdo do ofício enviado, em fevereiro de 1990, pela SKY aos seus assinantes: "Como assinante do serviço SKY , você tem acesso aos melhores canais e à melhor programação de TV por assinatura, com a avançada tecnologia digital de som e imagem. E ainda mais: com essa mesma Qualidade. você está recebendo a TV Globo..." (os grifos NÃO são nossos, porém da SKY).

No tocante à substitutibilidade do produto, vale mencionar que, do ponto de vista da concorrência no mercado de DTH, a programação transmitida através do sinal aberto da TV Globo Ltda tem como substituta a programação oferecida, tanto pelas outras emissoras de sinal aberto (SBT, Record, Manchete, Bandeirantes, etc.), bem como por outras empresas, não concessionárias de radiodifusão, que atuam no mercado de programação.

Entretanto, a tese sustentada pela Representante, e que deve ser comprovada ou rejeitada no curso do presente processo é, justamente, que a acentuada preferência do público pela programação da TV Globo, transforma esta programação num insumo crucial para viabilizar a competição no mercado de DTH. Se a tese for considerada verdadeira, a programação da TV Globo, como produto relevante no "mercado de origem", apresentará um baixo índice de substitutibilidade por qualquer outra programação.

Por outro lado, quanto ao mercado alvo, no atual estágio do desenvolvimento dos serviços de telecomunicações no Brasil, é possível cogitar-se da existência

de quatro diferentes mercados em relação à prestação de serviços de TV por assinatura, a saber:

a) Serviço Especial de Televisão por Assinatura- TVA- é o serviço de telecomunicações destinado a distribuir sons e imagens a assinantes, por sinais codificados, mediante a utilização de canais do espectro radioelétrico; sendo permitida, a critério do Poder Concedente, a utilização parcial sem codificação.

b) Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal- MMDS- é uma das modalidades de serviços especiais, regulamentado pelo Decreto nº 2196, 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.

c) TV a Cabo- é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio a assinantes, mediante transporte por meios físicos.

d) Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite- DTH- é uma das modalidades de serviços especiais, regulamentado pelo decreto n.Q 2.196 de 08/04/97, 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.

Sinteticamente, esses serviços podem ser apresentados da seguinte maneira:

MODALIDADES DE SERVIÇOS DE TV POR ASSINATURA	MEIO	NÚMERO DE CANAIS
SERVIÇO ESPECIAL DE TELEVISÃO POR ASSINATURA- TVA	UHF'S	1 CANAL
SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO DE SINAIS MULTIPONTO MULTICANAL- MMDS	MICROONDAS	MÁXIMO DE 31 CANAIS
TV A CABO	CABO	MÉDIA DE 70 CANAIS
SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO DE SINAIS DE TELEVISÃO E DE ÁUDIO POR ASSINATURA VIA SATÉLITE- DTH	SATÉLITE	MÉDIA DE 120 CANAIS

Como pode ser verificado, os produtos oferecidos em cada um destes quatro mercados diferem entre si em relação ao número de canais disponíveis para o assinante, à qualidade da recepção de sinais, ao preço a ser pago pelo serviço

e à sua cobertura geográfica, entre outras variáveis. Essas distinções têm como origem o fato de que cada uma dessas modalidades utiliza um meio diferente para a transmissão de sinais.

Vale a pena ressaltar que, como é previsível em outros segmentos do mercado de telecomunicações, a atual fronteira separando os quatro mercados descritos acima pode vir a ser modificada, a médio prazo, em função da incorporação de inovações tecnológicas, da possibilidade de serem alcançadas economias de escala ou de diversificação na prestação de algumas das modalidades de serviço, etc.

Todavia, para o efeito dessa análise, é perfeitamente razoável caracterizar o mercado de DTH como o mercado alvo relevante, cujo domínio é O objetivo, em tese, de prática anticoncorrencial denunciada pela Representante.

IV- ESTRUTURA DO MERCADO DE ORIGEM

Conceitualmente, poder de mercado implica em situação de domínio. É o poder de agir, cujo aspecto ativo confere à empresa dominante a capacidade de influenciar o comportamento das concorrentes; em seu aspecto passivo, a empresa dominante mantém uma total autonomia em face das ações de suas concorrentes, cujo comportamento não lhe afeta. Nessa posição, a empresa dominante pode adotar um comportamento independente das concorrentes, sendo capaz de controlar o preço ou a distribuição de bens ou serviços de uma parcela significativa do mercado.

É notório que a TV Globo Ltda conseguiu, pela qualidade de sua programação, conquistar a preferência do público. E um dos fatores que contribuiu, de forma eficaz, para essa conquista foi a extensa rede de distribuição montada para difundir essa programação.

Assim, a TV Globo Ltda, na qualidade de concessionária de Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens, distribui sua programação para as emissoras integrantes da Rede Globo, para as emissoras afiliadas e para as retransmissoras próprias e de terceiros, que, por contrato, comprometem-se a transmitir a sua programação.

Além das geradoras integrantes da Rede (17 próprias e 72 afiliadas) e das retransmissoras (211 próprias e 1.132 afiliadas), outras entidades contribuem para que o sinal aberto da TV Globo Ltda tenha uma enorme penetração no resto do País, por meio de retransmissoras, especialmente das Prefeituras Municipais (1.406) e de outras entidades privadas (253).

Merece destaque o quadro a seguir que traduz a participação da Rede Globo no setor de Televisão Aberta:

EMPRESAS	EMISSORA		RETRANSMISSORAS			TOTAL
	PRÓPRIAS	AFILIADAS	PRÓPRIAS	AFILIADAS	OUTRAS	
GLOBO	17	72	211	1.132	1.659	3.091
SBT	6	42	117	439	741	1.345
BANDEIRANTES	8	23	115	155	888	1.189
RECORD	4	20	152	152	381	709
MANCHETE	5	12	212	43	376	648
PADRE ANCHIE-TA	1	4	200	74	146	425
VIDA	1	0	372	0	23	396
INDEPENDENTES	8	0	50	19	272	379
CNT	2	6	41	37	84	170
F.R. PINTO	0	12	0	2	116	130
JOVEM PAN	1	0	69	0	5	75
ABRIL	1	0	48	0	21	70

FONTE: MC/Jul/99

Com essa extensa rede de distribuição de sua programação, o poder de penetração do sinal da TV Globo Ltda. aberta é muito intenso, atingindo mais de 3.000 localidades em todo o território nacional.

Para avaliar o seu posicionamento no mercado de TV aberta, foi feito um levantamento de toda a capacidade de transmissão de programação já instalada, juntamente com a dos demais concorrentes, restando nítido que a Rede Globo detém 35,65% desta capacidade.

EMPRESAS	PARTICIPAÇÃO NO MERCADO DE TELEVISÃO ABERTA
REDE GLOBO	35,65%
SBT	15,51%
BANDEIRANTES	13,71%
RECORD	8,18%
MANCHETE	7,47%
PADRE ANCHIETA	4,90%
VIDA	4,56%
INDEPENDENTES	4,37%
CNT	1,96%
FUND. ROQUETE PINTO	1,50%
JOVEM PAN	0,86%
ABRIL	0,81%

FONTE: INFORMAÇÕES DO MC/Jul/99

V- ESTRUTURA DO MERCADO ALVO

-GRAU DE CONCENTRAÇÃO

O mercado de DTH é relativamente novo, em formação, apresentando 9 entidades detentoras de autorização para explorar o serviço, sendo que apenas 5 encontram-se em funcionamento. O elevado grau de concentração que caracteriza este mercado pode ser demonstrado no quadro a seguir, relativo ao número de assinantes:

EMPRESAS	PARTICIPAÇÃO NO MERCADO DE DTH
TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A-DIRECTV	49,50%
NET SAT SERVIÇOS LTDA-SKY	41,93%
TECSAT/TECTEL COM	8.37%
RÁDIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES LTDA	Número insignificante
KEY TV COMUNICAÇÕES LTDA	Número insignificante

REF MAIO/99 PTS

-BARREIRAS À ENTRADA

O mercado de DTH apresenta um custo de instalação significativo, pois além da necessidade de obtenção da autorização para exploração do referido serviço junto à Anatel, a empresa operadora deverá firmar um contrato de aluguel com um provedor de segmento espacial para utilização dos "transponders" dos satélites, tais como a EMBRATEL (BRASILSAT), TELESAT CANADA, NEW SKIEST, SATMEX, NAHUEL SAT etc.

Ademais, a empresa operadora deverá possuir ou alugar uma estação terrestre de acesso ao satélite, chamada de "*up link*", que serve tanto para habilitação de assinantes, quanto para monitoração de sua programação,. Também necessita de um sistema de recepção ("*down link*"), composto de uma antena parabólica, de um receptor e de um decodificador.

Nesse mercado específico, há presença predominante da DIRECTV (TVA) e da SKY (GLOBO), duas marcas poderosas. Entretanto, apesar dessa realidade, o mercado encontra-se aberto para novos entrantes, como é o caso da operadora TECSA T/TECTELCOM, que já domina 8,37% do mercado, tendo entrado em operação em 19.06.98.

Vale, inclusive, salientar que, atualmente, já existem quatro novas empresas em implantação e mais uma em análise, o que possibilitará uma maior competitividade no setor .

Assim, em breve, teremos novos entrantes nesse mercado, como é o caso da Rádio FM Independência Ltda, da Rádio Record S/A, Rádio TV do Amazonas S/A, Rede Holms Comunicação S/A e Worldspace do Brasil Comércio e Participações Ltda.

Finalmente, deve assinalar-se que o mercado tem dado provas de acentuado dinamismo e, em particular, da existência de acirrada competição, tanto com relação à qualidade da programação oferecida, como também com relação ao preço do serviço. Dentro desse novo contexto, torna-se comum o registro de queda nos preços dos equipamentos (antenas e decodificadores) necessários para acessar ao serviço, além da oferta de promoções.

Em síntese, do ponto de vista da análise antitruste, é difícil afirmar que, na atual conjuntura, a empresa DIRECTV ou a empresa SKY detém posição dominante no mercado, no sentido de terem a capacidade de obterem lucros extraordinários adotando comportamento independente das concorrentes, em detrimento dos usuários.

VI -VINCULO EXISTENTE ENTRE O MERCADO DE ORIGEM E O MERCADO ALVO.

Superada a definição dos dois mercados (origem e alvo) e seus respectivos produtos, cabe aqui precisar se a referida programação constitui ou não um insumo crucial na competição do mercado de DTH.

Convém esclarecer, de forma perfunctória, o funcionamento do serviço de DTH.

Antes, porém, é preciso salientar que, nas áreas geográficas onde o sinal aberto da TV Globo é recebido, os assinantes do serviço DTH, cuja operadora não distribua o mencionado sinal, podem recebê-lo de forma tradicional, utilizando um simples controle remoto para desligar o decodificador e outro para selecionar o canal aberto desejado.

Essa recepção terá a mesma qualidade de vídeo e áudio disponível aos demais telespectadores de TVs abertas da localidade, o que, apenas eventualmente, pode significar má qualidade de recepção -imagem ruim, "fantasmas", excesso

de interferências, ruídos, chuviscos. Isso pode ser superado ou minimizado pela utilização de uma antena, permitindo a melhor captação não somente do sinal da TV Globo, porém do sinal de qualquer das TVs abertas recebido na localidade.

Ademais, vale acrescentar que a recepção do sinal aberto (gratuito), nas capitais onde a SKY tem autorização para distribuir a programação da TV Globo Ltda e em seus municípios periféricos, dependendo das condições de instalação e de localização, é uma opção de qualidade, sendo que, apenas em caráter excepcional, a recepção desse sinal pode ficar prejudicada.

Ocorre que para os assinantes da SKY em São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre, a programação da TV Globo Ltda é transmitida via satélite, a partir da estação terrena da NetSat, situada no Rio de Janeiro.

O sinal é transmitido para o satélite PananSat-3R e retransmitido a todo os seus assinantes. É importante mencionar que o sinal fica aberto apenas para os assinantes que tenham Código de Endereçamento Postal (CEP), do endereço de instalação do decodificador, dentro da área de concessão para exploração dos serviços de radiodifusão.

A Representante relata que pretende atender as praças indicadas, introduzindo em seu UPLINK, os quatro sinais regionais de áudio e vídeo da TV Globo Ltda. Assim, os sinais da TV Globo Rio, TV Globo São Paulo, TV Globo Belo Horizonte e da RBS em Porto Alegre (afiliada da Globo), serão captados pelo Centro de Transmissão da DIRECTV em Tamboré, através do satélite BrasilSat B1 (Banda C). O sinal da TV Globo Rio deverá ser transmitido através de cabo de fibra óptica ou link de microondas até um centro de transmissão, que será implantado, exclusivamente, para o envio do sinal para Tamboré em São Paulo.

No Centro de Transmissão da DIRECTV em Tamboré/SP, os sinais deverão ser processados, comprimidos, alocados em canais específicos e codificados com a informação do CEP dos assinantes, assegurando que somente aqueles residentes na região das respectivas praças possam recebê-los em seus receptores. Após o processamento, compressão e codificação, os sinais serão transmitidos via satélite em Banda Ku no satélite GALAXY VIII -i, juntamente com os demais canais que compõem a programação da DIRECTV.

VII -DA CONDOTA DA TV GLOBO LTDA

- COMENTÁRIO SOBRE EFEITO ANTICOMPETITIVO X EFICIÊNCIA DE UMA PRÁTICA RESTRITIVA VERTICAL

As práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de, bens ou serviços em determinado mercado ("de origem") sobre mercados relacionados verticalmente na cadeia produtiva (mercado "alvo"). Tais práticas são anticompetitivas quando:

√ implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou

√ aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

Essas práticas pressupõem a existência de *poder de mercado* sobre o mercado relevante "de origem", isto é, *posição dominante* por parte de quem as pratica, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado "alvo" das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência.

Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios ("eficiências econômicas") que devem ser ponderados juntamente com os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade.

Tais benefícios estão quase sempre relacionados à economia de custos de transação para os produtores/ofertantes, seja evitando que a intensificação da concorrência intra-marcas leve à proliferação de condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja assegurando ao revendedor/fornecedor remuneração adequada para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bons serviços.

Existem diversas condutas que configuram práticas restritivas verticais, merecendo destaque a chamada recusa de negociação ou recusa de venda.

Em síntese, ocorre a recusa de negociação quando o fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-

lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento.

Os principais efeitos anticompetitivos potenciais estão relacionados principalmente:

√ limitações à livre concorrência por facilitar implementação de condutas concentradas (cartel, colusão em preços) no mercado "de origem";

√ atenuação da concorrência entre marcas;

√ fechamento do mercado (de "origem" ou do "mercado alvo") para competidores existentes ou potenciais (barreiras à entrada) ;

√ ao "bloqueio" e/ou o aumento das barreiras à entrada nos canais de distribuição ou fornecimento, ou

√ exploração monopolista dos usuários em serviços pós vendas.

Por sua vez, os possíveis benefícios da prática envolvem:

√ prevenir condutas oportunistas para proteger ativos específicos e preservar qualidade dos serviços;

√ defesa de investimentos não recuperáveis, como marca e tecnologia;

√ economias de escala no mercado "alvo" (distribuição).

-DILIGÊNCIAS EFETUADA

Tendo em vista as respostas fornecidas pela TV Globo Ltda aos Ofícios nº 109 e 260/99-CMOS e as respostas da TV A aos Ofícios nº 110 e 259/99-CMOS, foi feito o Informe nº 002/26.06.99/99, que analisou a reação do mercado com a entrada do sinal aberto da TV Globo Ltda nas localidades questionadas (São Paulo-SP, Rio de Janeiro-RJ, Belo Horizonte-MG e Porto Alegre-RS), além de outras quatro praças: Brasília-DF, Curitiba-PR, Salvador-BA e Recife-PE.

Vale mencionar, a título de parâmetro, que o sinal aberto da TV Globo Ltda passou a ser distribuído nas referidas localidades em:

a) dezembro/97 -localidade do Rio de Janeiro-RJ e Belo Horizonte-MG

b) agosto/98- localidade de São Paulo-SP e Porto Alegre-RS

Primeiramente, foi feito um levantamento do número de assinantes no período compreendido entre janeiro/97 e dezembro/98, acumulado mês a mês, para as localidades de Belo Horizonte-MG, Porto Alegre-RS, Rio de Janeiro-RJ, São Paulo-SP, Brasília-DF, Curitiba-PR, Salvador-BA e Recife-PE.

A partir desse levantamento, foram elaborados o informe Nº 002/26/06/99 e o presente informe.

-ANÁLISE DA CONDUTA ESPECÍFICA

Trata-se de determinar se a TV Globo Ltda praticou infração da ordem econômica ao recusar-se a celebrar contrato de autorização para que sua programação aberta fosse distribuída pela DIRECTV , operadora do DTH, na Banda Ku, em condições não discriminatórias, similares àquela em que se dá o fornecimento da mesma programação à SKY .

Tal atitude infringiria o disposto no artigo 21, incisos V e XIII, da Lei na 8.884/94, que relaciona algumas práticas que indicam indícios de infração da ordem econômica, *in verbis*:

"art.21- As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

...

V- criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

XIII- recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;"

Com relação a conduta prevista no inciso V, criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços, cumpre mencionar que, por si só, ela não constitui uma prática restritiva propriamente dita, mas sim um efeito que pode ser provocado por vários tipos de práticas tipicamente anticompetitivas, como por exemplo a recusa de negociação, o acordo de exclusividade etc.

Para justificar sua negativa, a TV Globo Ltda ressaltou o disposto no item 5.3 da Norma nº 008/97, que disciplina o serviço de DTH, permitindo que a concessionária de serviço de radiodifusão autorizasse, mediante contrato de cessão, a transmissão de sua programação, *in verbis*:

"item 5.3 -A transmissão de programação de concessionária de Serviços de Radiodifusão, através do Serviço de DTH, somente poderá ser feita após a celebração do respectivo contrato de cessão de programação entre as partes, respeitando as condições nele estabelecidas e na legislação pertinente."

De acordo com o disposto na referida Norma, verifica-se, com clareza, que a concessionária de Serviço de Radiodifusão não é obrigada a firmar o contrato de cessão de sua programação com uma prestadora do serviço de DTH. Ressalte-se que a transmissão da programação da concessionária de Serviço de Radiodifusão está condicionada à celebração do contrato de cessão de programação entre as partes interessadas.

Sendo assim, não há que se falar em ilegalidade da conduta da TV Globo Ltda no tocante à legislação de telecomunicações. Todavia, cabe salientar que a recusa à negociação, que tivesse por efeito ou pudesse produzir alguns dos resultados previstos no artigo 20 da Lei 8.884/94, constituiria infração da ordem econômica, independentemente do disposto no art. 95 da Lei nº 9.610/98 e o item 5.3. da Norma nº 008/97. A defesa da livre concorrência e da livre iniciativa, como bens coletivos tutelados pela Lei 8.884/94, sobrepõe-se ao exercício deste direito individual.

Entretanto, do ponto de vista da ordem econômica, não basta que haja previsão da conduta questionada em um dos incisos do artigo 21, da Lei nº 8.884/94, para que se configure uma infração da ordem econômica.

Por isso, a simples recusa, por si só, não implica em infração da ordem econômica, sendo necessária a conjugação dessa recusa com um dos objetivos ou resultados previstos no artigo 20, da Lei nº 8.884/94, *in verbis*:

"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. limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;*
- II. dominar mercado relevante de bens ou serviços;*

- III. *aumentar arbitrariamente os lucros; e*
IV. *exercer de forma abusiva posição dominante.*

Vale mencionar a lição da ilustre professora Neide Teresinha Malard, no texto "O abuso do poder econômico", pertencente ao Curso sobre Práticas Restritivas da Concorrência, ministrado pela Fundação Getúlio Vargas, ao tratar da caracterização das práticas restritivas da concorrência, *in verbis*:

" A lei prescreve uma variedade de formas exemplificativas de práticas que constituem indícios de condutas ilícitas, remetendo, no entanto, para a caracterização da ilicitude, há certas situações que deverão figurar como objeto (conteúdo) da conduta ou, então resultado da prática: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.

...

As condutas descritas na lei são, então, indiciárias da ilicitude e só serão consideradas ilícitas se forem condutas aptas a produzir o efeito de dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros ou se, comprovadamente, esses efeitos se verificarem. Ainda que a conduta seja típica, não haverá infração se não for ilícita. A tipicidade da conduta não é pois, requisito essencial e indispensável à configuração da infração à ordem econômica".

Assim, torna-se necessário verificar se a recusa de negociação praticada pela TV Globo Ltda teve o objetivo de concretizar uma ou mais condutas ilícitas previstas, como objeto ou resultado, em dos incisos do artigo 20, da Lei na 8.884/94.

Saliente-se que não há exigência para que os efeitos da conduta sejam alcançados, pois a ilicitude da conduta infratora da ordem econômica tem natureza dúplice: revela-se de natureza formal, quando o agente simplesmente infringe o dever legal de agir, adotando uma conduta que possa ser prejudicial à concorrência (dano virtual); de outro lado, a natureza material da ilicitude da conduta se manifesta na realização de um resultado anticoncorrencial (dano concreto).

Adicionalmente, de analisar o caso concreto, cabe aqui transcrever a lição do Professor Fábio Ulhoa Coelho, no seu livro Direito Antitruste Brasileiro- Co-

mentários a Lei na 8.884/1994, Editora Saraiva, 1995, acerca da análise da atuação dos agentes econômicos, *in verbis*:

" Se o empresário titular de poder econômico exerce-o ao competir com os demais agentes atuantes no mesmo mercado, e lucra ou tira vantagens de sua posição destacada, nada há de irregular nisso. É apenas o jogo competitivo característico do regime capitalista, em que os mais fortes economicamente falando se valem desse fator de supremacia para ampliar sua participação no mercado, por evidente, em detrimento da de outros empresários. O exercício do poder econômico que não tenha e não possa ter o efeito de dominância de mercado, eliminação de concorrência ou aumento arbitrário de lucros insere-se nesse jogo e não pode ser, sob o ponto de vista constitucional, considerado abusivo; e em conseqüência, não pode ser objeto de repressão em nível legal. A Constituição da República, ao estruturar a economia brasileira pelo princípio da livre concorrência, admite a generalidade das práticas empresariais voltadas à conquista de mercados, ainda que derivadas do exercício do poder econômico. Somente quando a própria competição está em risco, a Constituição, para a assegurar, reputa abusivo esse exercício e autoriza à lei a repressão.

...”

Ainda que, pela ótica empresarial ou econômica, pudesse haver reservas a determinada prática, se ela não acarreta, nem pode acarretar, dominação de mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros, então para o direito configura-se lícita ". (grifo nosso)

Partindo desse pressuposto, conjuga-se o disposto no artigo 21, inciso XIII, com o disposto no artigo 20, incisos I, II, III e IV, ambos da lei nº 8.884/94, com o intuito de enquadrar a conduta da TV Globo Ltda em uma das hipóteses acima descritas.

-LIMITAR, FALSEAR, OU DE QUALQUER FORMA PREJUDICAR A LIVRE CONCORRÊNCIA OU A LIVRE INICIATIVA

Seguindo a lição do renomado Professor Fábio Ulhoa Coelho, no seu livro Direito Antitruste Brasileiro -Comentários a lei nº 8.884/1994, Editora Saraiva, 1995, o inciso I, do artigo 20, da lei nº 8.884/1994, deve ser entendido da seguinte forma:

" Limitar a livre concorrência ou a livre iniciativa é barrar total ou parcialmente, mediante determinadas práticas empresariais, a possibilidade de acesso de outros empreendedores à atividade produtiva em questão.

...

Falsear a livre concorrência ou livre iniciativa significa ocultar a prática restritiva, através de atos e contratos aparentemente compatíveis com as regras de estruturação do livre mercado. A expressão falsear sugere idéia mais ampla que a simulação, relativa aos defeitos do ato jurídico (CC, art.1 02).

...

Prejudicar a livre concorrência ou iniciativa, significa, ainda, incorrer em qualquer prática empresarial lesiva às estruturas do mercado, mesmo que não limitativas ou falseadoras dessas estruturas."

Ora, não existem indícios de que a recusa à negociação da TV Globo Ltda. Praticada pela TV Globo Ltda tenha limitado, falseado ou, até mesmo, prejudicado a livre iniciativa ou a livre concorrência.

Assim, não há que se falar em incidência do inciso I, do artigo 20, da lei nº 8.884/1994, ao presente caso.

-DOMINAR MERCADO RELEVANTE DE BENS OU SERVIÇOS

Ao analisar a conduta do inciso II, do artigo 20, torna-se necessário avaliar se o sinal aberto da TV Globo Ltda é ou não insumo essencial para garantir a competição no mercado de DTH. Se a Representante estiver correta, a negativa da TV Globo Ltda coloca em risco a existência de competição no mercado de DTH, viabilizando o seu domínio por parte da única concorrente que distribui esse sinal.

Para exaurir a análise da conduta do inciso II, cumpre ressaltar o disposto no artigo 20, § 1º, da lei nº 8.884/94:

"A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o II(c/to previsto no inciso II." (grifo nosso)

Sobre o tema, merece destaque a posição da ilustre Professora Neide Teresinha Malard, no texto "O abuso do poder econômico", pertencente ao Curso

sobre Práticas Restritivas da Concorrência, ministrado pela Fundação Getúlio Vargas, ao discorrer sobre o abuso do poder econômico, *in verbis*:

" A repressão da posição dominante obtida por uma empresa em razão da ineficiência de seus concorrentes ou em função do desenvolvimento de certa tecnologia, na qual vultuosos recursos tenham sido investidos, seria um desserviço ao mercado, além de atentar contra o princípio da livre iniciativa, que pressupõe agentes econômicos livres, criativos e dispostos a correr riscos para maximizar seus lucros. De igual modo, seria desarrazoada a punição de uma empresa que adotasse técnicas de marketing em benefícios dos consumidores, obrigando suas concorrentes a aprimorar também seus esquemas de vendas, porque colaboraria para estagnação da concorrência, em detrimento do bem-estar do consumidor. Impõem-se, pois, ao aplicador da Lei de defesa da concorrência valorar os fatores que lhe são apresentados para concluir se uma determinada prática limita, supre ou, ao contrário, aprimora a concorrência. Nessa valoração, os interesses conflitantes dos concorrentes serão preteridos pelo interesse geral que lhes é superior".

Com o escopo de aprofundar o estudo do mercado de DTH, cabe aqui salientar um breve histórico de seu funcionamento.

Para solicitar o serviço de DTH, o usuário, além de pagar à prestadora uma mensalidade, ainda tem que adquirir os equipamentos necessários à recepção e decodificação do sinal, resultando em um investimento inicial significativo. Por esse motivo, cada empresa enfrentava uma certa inelasticidade-preço na demanda potencial constituída pelos assinantes de empresas concorrentes. Entretanto, esse fenômeno foi, ao longo dos últimos meses, perdendo importância relativa, devido à queda no preço dos referidos equipamentos.

No Brasil, o mercado de DTH é relativamente novo, tendo a TV A se destacado como pioneira, sendo que a concorrência efetiva apenas começou, há pouco mais de três anos, com a entrada da SKY .

Conforme já foi explicado anteriormente, qualquer política para a ocupação do mercado dirigida a "capturar" os assinantes da concorrente, encontrava a barreira de uma marcada inelasticidade-preço, originada no preço inicial pago para dispor dos equipamentos necessários à recepção e decodificação do sinal.

Diante desse contexto, parece lógico adotar, como variável de estudo mais significativa, para efeito da análise antitruste, a participação relativa da empresa SKY na conquista de novos assinantes de DTH.

Caso a distribuição da programação da TV Globo Ltda, quando iniciada sua distribuição pela SKY, constituísse efetivamente um insumo essencial para a sobrevivência da competição no mercado de DTH, deveria ter sido verificada a ocorrência das hipóteses elencadas abaixo:

1. um incremento significativo da participação relativa da SKY na conquista de novos assinantes nas áreas geográficas onde a programação da TV Globo Ltda é distribuída via satélite; e
2. não ocorrência de mudanças equivalentes nas áreas geográficas onde a SKY presta serviços, sem distribuir a programação da TV Globo Ltda.

Cumpre ressaltar que nenhuma das hipóteses acima se realizou.

Vale esclarecer que uma das características do mercado de DTH é a multiplicidade de estratégias competitivas. Essa multiplicidade de estratégias contribui para que os dados referentes à evolução do número de assinantes sejam, na verdade, um reflexo da incidência das seguintes variáveis: concorrência em preços (dos equipamentos de recepção e decodificação, da assinatura etc.), promoções e diversificação da oferta em relação à qualidade e conteúdo da programação. Quantificar isoladamente o impacto de cada uma dessas variáveis sobre a capacidade da SKY de conquistar novos assinantes é tarefa quase impossível. Entretanto, de forma indireta, através do cruzamento de certas informações, é possível alcançar algumas conclusões.

Cabe aqui acrescentar que os dados referentes à participação relativa, na conquista de novos assinantes, das demais empresas concorrentes no mercado de DTH não foram trabalhados, em virtude da recente operacionalização dessas empresas. Essa simplificação, entretanto, pelo caráter incipiente do processo de abertura do mercado, não afeta, significativamente, os resultados da presente análise.

Mediante a análise da informação disponível, foi questionado se, nas cidades de Belo Horizonte, Porto Alegre, Rio de Janeiro e São Paulo, houve um incremento significativo da capacidade da empresa SKY de conquistar novos assinantes, a partir do momento em que começou a distribuir o sinal da TV Globo Ltda. Também foi verificado se esse incremento poderia ser atribuído à distribuição da mencionada programação.

No caso das cidades do Rio de Janeiro e Belo Horizonte, a distribuição da programação da TV Globo Ltda pela SKY começou no mês de dezembro de 1997. Em ambas cidades, ao comparar a média do quadrimestre anterior com

a média do quadrimestre posterior à introdução da programação da TV Globo Ltda, foi possível constatar que a participação da SKY na conquista de novos assinantes, teve um incremento significativo, equivalente a 32 e 25 pontos percentuais adicionais, respectivamente, no Rio de Janeiro e em Belo Horizonte.

Entretanto, é difícil afirmar que o fator decisivo para essa variação tenha sido a introdução da programação da TV Globo Ltda, considerando que, no mesmo quadrimestre, em três praças onde não era distribuída a referida programação, a SKY conseguiu um incremento de 36 pontos percentuais na sua participação na conquista de novos assinantes (Salvador, Recife e São Paulo) e em outras três praças (Porto Alegre, Curitiba e Brasília), este incremento foi similar ao de Belo Horizonte.

Perante esses resultados, resta nítido que outros fatores, fora a distribuição da programação da TV Globo Ltda, foram determinantes na evolução do mercado de DTH. Como exemplo, vale citar o fato da SKY ter reduzido, um mês antes de introduzir a mencionada programação, o preço dos equipamentos necessários para receber o serviço de R\$ 699,00 para R\$ 399,00. Esse fator pode explicar uma evolução relativamente uniforme, independentemente de ter sido ou não, distribuída, pela SKY, a programação da TV Globo Ltda.

No caso das cidades de Porto Alegre e São Paulo, a distribuição da programação da TV Globo Ltda pela SKY começou no mês de agosto de 1998. Entretanto, a evolução da participação na conquista de novos assinantes, apresentou-se, de forma diferenciada, nas referidas ambas cidades. Uma vez comparada as médias do quadrimestre anterior e do quadrimestre posterior, ao mês em que foi iniciada a distribuição da programação da TV Globo Ltda, pode-se verificar que, no caso de Porto Alegre, a empresa perdeu 18 pontos percentuais, enquanto que, no mercado de São Paulo, conquistou 22 pontos percentuais.

Merece atenção o quadro comparativo do crescimento da SKY abaixo:

Empresas SKY

Participação sobre o total de novos assinantes
(em pontos percentuais)

	B.Ho riz.	Rio	Porto Aleg.	São Paulo	Curiti- ba	Brasí- lia	Reci- fe	Salva- dor
1997 Agos/Nov	55	62	40	42	40	24	15	42
1998 Janeiro/Abril	80	94	64	78	64	49	51	78
Diferença	25	32	24	36	24	25	36	36

1998 Abril/ Junho	38	52	71	52	52	38	43	75
1998 Sept.- Dezemb.	25	40	53	74	40	25	65	64
Diferença	-13	-12	-18	22	-12	-13	22	-11

Cabe ainda salientar a evolução da SKY em outras cidades onde, no mesmo período, não era distribuída a programação da TV Globo Ltda, ou seja, em Brasília, Curitiba, Recife e Salvador. Quando comparadas as médias do quadrimestre anterior e do quadrimestre posterior, ao mês em que iniciou-se a distribuição da programação da TV Globo Ltda nas cidades de Porto Alegre e São Paulo, é possível verificar que, no caso de Curitiba, Brasília e Salvador, a SKY perdeu entre 11 e 12 pontos percentuais, enquanto que, no mercado de Recife, ganhou, como em São Paulo, 22 pontos percentuais.

Em síntese, o estudo da evolução dos mercados indicados não gerou evidência suficiente que sustente a hipótese de que a distribuição da programação da TV Globo Ltda tenha se tornado, nessas praças, diferencial decisivo para a sobrevivência das estruturas competitivas.

Assim, não há que se falar em incidência do inciso II, do artigo 20, da Lei nº 8.884/1994, ao presente caso.

-AUMENTAR ARBITRARIAMENTE OS LUCROS

Não tendo sido encontradas evidências de que a distribuição da programação da TV Globo Ltda possa, *per se*, levar à SKY a dominar o mercado de serviços DTH, e considerando que a competição em preços parece ser muito acentuada no mencionado mercado, não há como sustentar que a recusa à negociação da TV Globo Ltda possa ser usada para conseguir um aumento arbitrário dos lucros no mercado de DTH.

Assim, não há que se falar em incidência do inciso III, do artigo 20, da Lei nº 8.884/1994, ao presente caso.

-EXERCER DE FORMA ABUSIVA POSIÇÃO DOMINANTE

Na medida em que não foi comprovada a possibilidade de utilizar a distribuição da programação da TV Globo Ltda para conquistar posição dominante no mercado de DTH, deve-se rejeitar a hipótese que tal distribuição gera condições para eventual abuso de posição dominante.

Assim, não há que se falar em incidência do inciso IV, do artigo 20, da Lei nº 8.884/1994, ao presente caso.

VIII -DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade norteia toda e qualquer análise de prática restritiva da concorrência que ocorra no território nacional, ao contrário dos EUA que adotam o critério *per se*, onde as condutas absolutamente restritivas da concorrência estão exaustivamente tipificadas.

Assim, sua aplicação tem como escopo verificar a substancialidade do efeito da conduta sobre o mercado, que é realizada sopesando-se as tendências pró-competitivas e anticompetitivas da prática em questão.

Vale mencionar o posicionamento da jurisprudência nacional e alienígena acerca da prática de recusa de venda, *in verbis*:

" A jurisprudência brasileira formulada com o julgamento do PA n° 159/88 e ratificada mais recentemente no PA n° 42/92 admite como recusa de venda desde que não configurada a tentativa de dominação de mercado ou eliminação da concorrência. No exame da recusa, há que se considerar a razoabilidade da conduta do agente econômico do ponto de vista de sua estratégia comercial" (Voto da Conselheira Lúcia Helena Salgado na Representação n° 132/90, de 18.12.96, Representante: Vidraçaria Estrela, Klaier Indústria e Comércio Ltda., Representada: Cia. Vidraçaria Santa Marina e Blindex Vidros de Segurança Ltda.)

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

Apenas se configura ilícita a recusa de venda se esta for instrumento de política - empresarial restritiva: quer dizer, se através da recusa, puder se verificar o efeito de eliminação da concorrência, domínio de mercado ou aumento arbitrário de lucros, então haverá infração contra a ordem econômica. Caso não ocorram esses efeitos, sequer potencialmente, a recusa de venda não tem importância para o direito antitruste."(Procuradoria do Cade, Representação na 131/93, de 10.12.97, Representante: N.G. Profeta Comércio e Navegação Ltda., Representada: Nestlé Industrial e Comercial Ltda.)" I

" Em primeiro lugar, a doutrina e a jurisprudência têm indicado que, a princípio, mesmo que detenha poder de monopólio, uma firma não tem o dever de

cooperar com suas rivais, fossem assim estariam sendo revertido o significado primeiro do direito da concorrência, tão perto associado a livre iniciativa.

A ausência desse dever de transacionar é também a contrapartida do direito de escolher associada e clientes. Esse direito é, logicamente qualificado, e nessa qualificação pesam razões econômicas, negociais, que podem justificar a recusa de venda ou exclusão. Além disso, uma conduta não pode ser caracterizada como exclusionária, simplesmente considerando seus efeitos sobre o competidor. É preciso considerar os impactos sobre os consumidores e se a competição foi restringida de forma desnecessária." (Voto da Conselheira Lúcia Helena Salgado, Ato de Concentração na 54/95, Requerentes: Cia Petroquímica do Sul- COPESUL, OPP-Petroquímica, Poliolefinas S/A e Polisul Petroquímica S/A)"

" Gostaria de ressaltar que a teoria segundo a qual uma empresa pode simplesmente recusar-se a vender a um de seus antigos distribuidores, vem de importante caso decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 1919, cuja passagem-chave pode ser assim expressa:

Na ausência de qualquer intenção de criar ou manter um monopólio, o (Sherman) Act não restringe o longamente reconhecido direito de um comerciante ou fabricante que atue num negócio inteiramente privado, de livremente exercer sua discricão independente relativamente às partes com as quais ele quer negociar. E, por certo, ele pode anunciar antecedentemente as circunstâncias sob as quais ele se recusará a negociar".(Voto do Conselheiro Mércio Felsky, Averiguação Preliminar nº 08012.0051976/98-51, Representante: Ciro Comércio de Pneus Ltda e Representada: Bridgestone Firestone do Brasil Ind e Com Ltda)

"Successful defensive strategies by monopolists have consisted mainly of providing a business justification to excuse the challenged refusal to deal.. See Trans Sport, Inc. v. Starter Sportswear, Inc. (1992) (emphasizing defendant manufacturer's effort to curb free-riding by plaintiff distributor); Oahu Gas Service v. Pacific Resources, Inc. (1988). (Antitrust Law and Economics, E.Gellhorn)

IX -DA CONCLUSÃO

A recusa de negociação praticada pela TV Globo Ltda. não implica em qualquer ilicitude em sua conduta, pois não configura hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, da Lei 8.884/94. Neste contexto, a TV Globo Ltda. exerceu

seu direito a ter-se recusado a firmar o contrato de cessão de sua programação, com fulcro no disposto no item 5.3 da Norma nº 008/97 e no artigo 95 da Lei dos Direitos Autorais.

Note-se que não há nexos causal, entre a entrada do sinal aberto da TV Globo Ltda na programação da SKY e o seu crescimento de vendas. Na verdade, existem outros fatores que determinam a capacidade competitiva das firmas no mercado de DTH, como por exemplo, investimento em publicidade, política de preços, eficiência da estrutura de vendas, oferta de promoções, disponibilidade de canais especializados em conteúdos determinados, etc.

Outro aspecto que merece ser observado diz respeito à delimitação do produto relevante no mercado de DTH.

Afirmou-se, anteriormente, que o produto relevante, para efeitos desse processo, não é o acesso gratuito dos telespectadores ao sinal aberto da TV Globo Ltda, com a qualidade que caracteriza a sua transmissão através de VHF ou UHF. A questão colocada é a possibilidade, para os assinantes dos serviços DTH, de receber a programação do sinal aberto emitida via satélite, com o padrão de qualidade que caracteriza a transmissão do resto da programação do serviço de DTH.

A tese sustentada pela Representante é de que a acentuada preferência do público, pela programação da TV Globo, teria transformado esta programação num insumo crucial para viabilizar a competição no mercado de DTH, nas praças onde ela é distribuída. Nesse caso, a programação da TV Globo Ltda seria considerada o produto relevante no "mercado de origem", com baixo índice de substitutibilidade por qualquer outra programação.

Entretanto, o estudo do comportamento do mercado de DTH demonstra que a tese da Representante não tem qualquer sustentação material, pelo menos nas cidades onde a programação da TV Globo Ltda pode ser recebida através de sinal aberto utilizando um simples receptor de televisão com a respectiva antena.

De fato, não foi constatado, do ponto de vista da concorrência no mercado de DTH, que a programação emitida como sinal aberto via satélite, com o padrão de qualidade que caracteriza a transmissão do resto da programação do serviço DTH, apresenta baixo grau de substitutibilidade, com relação a programação adquirida de outras empresas, não concessionárias de radiodifusão, que atuam no mercado de programação.

Isto posto, analisando a questão sob a ótica da legislação de proteção à concorrência, é impossível conjugar a recusa de negociação praticada pela TV Globo Ltda com o disposto em um dos incisos do artigo 20, da Lei na 8.884/94, inexistindo, portanto, qualquer infração da ordem econômica. Nesses termos, sugerimos, com fulcro no artigo 39, da Lei na 8.884/94, O arquivamento do presente processo administrativo, com o conseqüente recurso de ofício ao CADE.

Katia Costa da Silva Pedroso
Advogada

ESMERALDA EUDÓXIA G. T. CASTRO
Gerente de Regime legal das Empresas

De Acordo.
Encaminha-se à Procuradoria

IVAN ROBERTO PENA PEREIRA
Gerente Geral de Outorgas de Serviços

JARBAS JOSÉ VALENTE
Superintendente de Serviços de Comunicação de Massa

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

PARECER Nº 975 / 99 -PRC

PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE INFRAÇÃO DA
ORDEM ECONÔMICA. TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A E TV
GLOBO LTDA.

Informe adequado às Leis nº 9.472/97 e nº 8.884/94, bem como às demais
normas aplicáveis à matéria.

Senhor Procurador-Geral

Vem a esta Procuradoria, por intermédio do MM. nº 179/CMGRL/CMOS-
ANATEL, datado de 30 de setembro de 1999, encaminhado pela Gerência

Geral de Outorgas de Serviços, para análise do teor do Informe que trata do Processo Administrativo de Apuração de Infração da Ordem Econômica.

Acompanham a consulta, os processos nº 53.500.002.586/98 e nº 53.500.000.359/99 e o INFORME nº 110/99/ CMGRL/CMOS/SCM- ANATEL.

De acordo com o que dos autos consta, a TV A formulou representação junto a Anatel, denunciando conduta da TV Globo Ltda. que configuraria infração à ordem econômica.

Por intermédio do Ato nº 2.293, de 28 de janeiro de 1999, foi instaurado Procedimento Administrativo visando apurar possível conduta da TV Globo tipificada no art. 20 inciso I, in fine e II c/ c o art. 21, incisos V e XIII, da Lei nº 8.884/94.

O INFORME, após minucioso relato dos fatos e irrepreensível análise técnico-jurídica da suposta infração à ordem econômica imputada a TV Globo, pela recusa de celebração de contrato de autorização que permitisse a distribuição de sua programação pela DIRECTTV, concluiu pela inexistência de qualquer infração da ordem econômica, propondo o arquivamento do feito.

É o relatório.

À luz da legislação pertinente o que caracterizaria conduta ilícita da TV Globo, de forma a configurar infração à ordem econômica seria a interação das situações discriminadas nos arts. 20 e 21, da Lei nº 8.884/94.

Analisado os fatos, em que pese as alegações aduzidas pela TVA, não restou demonstrado que a recusa da TV Globo Ltda. em firmar contrato de cessão com a DIRECTV teve o condão de tipificar tal conduta como infração à ordem econômica.

A Norma nº 008/97, aprovada pela Portaria nº 321, de 21 de maio de 1997, que disciplina o Serviço de DTH, no item 5.3, de forma cristalina, estabelece que a transmissão de programação de concessionária de Serviços de Radiodifusão, através do serviço de DTH, somente poderá ser feita após a celebração do respectivo contrato de cessão de programação entre as partes, respeitando as condições nele estabelecidas e nas legislação pertinente.

A recusa por si só, não implica em infração da ordem econômica basta, como bem frisado pela Gerência Consulente (fls. 24/25 do Informe), cujo trecho transcrevemos:

“

Do ponto de vista da ordem econômica, não basta que haja previsão da conduta questionada em um dos incisos do art. 21, da Lei nº 8.884/94, para que se configure uma infração da ordem econômica.

Por isso, a simples recusa, por si só, não implica em infração da ordem econômica, sendo necessária a conjugação dessa recusa com um dos objetivo ou resultados previstos no artigo 20, da Lei nº 8.884/94, in verbis:

“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.- limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar

II.- a livre concorrência ou a livre iniciativa;

III.- dominar mercado relevante de bens ou serviços;

IV.- aumentar arbitrariamente os lucros; e

V.- exercer de forma abusiva posição dominante.’

.....”

A conduta da TV Globo não reúne os elementos necessários para que seja tipificada como infratora da ordem econômica.

Em que pese ser indiscutível a posição dominante da TV Globo no mercado de televisão aberta, os fatos não se revelaram fortes o bastante para configurar o exercício abusivo de tal situação. Ademais, a TV Globo não é a única empresa detentora do sinal aberto no mercado, outras concessionárias atuando nesse mercado.

Inegável que a TV Globo Ltda. ao recusar celebrar contrato para permitir a distribuição de sua programação pela DIRECTV , não materializou situação prejudicial a concorrência.

Diante do exposto, não vislumbramos enquadramento da conduta ora imputada à TV Globo Ltda. à infração tipificada no art. 20, da Lei 8.884/94, pelo que ratificamos o integral teor do Informe ora submetido à análise.

É o parecer.

Brasília, 18 de outubro de 1.999.

ANA LUCIA BORGES
Advogada

I -De acordo.

II -Encaminhe-se à Gerência Geral de Outorgas de Serviços.

ANTONIO DOMINGOS TEIXEIRA BEDRAN
Procurador-Geral

MATÉRIA PARA APRECIÇÃO DO CONSELHO DIRETOR	NÚMERO 058/11/10/99
	ORIGEM CM- GRL/CMOS/SCM
1. ASSUNTO Representação da TVA Sistema de Televisão S/A contra a TV Globo Ltda.	
2. REFERENCIAS Lei nº 8884/94, Norma nº 008/97, aprovada ela Portaria MC nº 321/97 (Norma do DTH)	

3. EXPOSIÇÃO DA MATÉRIA

Trata a presente Matéria de Representação com pedido de medida preventiva "*inaudita altera parte*", protocolizada, no dia 29/9/98, junto à esta Agência, tendo por Representante a TV A SISTEMA DE TELEVISÃO S/A-DIRECTV e por Representadas a TV GLOBO LTDA. e TV GLOBO LTDA. SÃO PAULO LTDA., denominadas apenas TV Globo, com o intuito de apurar a existência de infrações à ordem econômica pelas supostas práticas de recusa de venda e de criação de dificuldade à entrada, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, nos termos do artigo 21, incisos V e XIII, da Lei 8.884/94.

A representação denuncia suposta infração à ordem econômica pela prática, em tese, de recusa de celebração de contrato de autorização para que a programação da TV GLOBO Ltda. seja distribuída pela DIRECTV, operadora do DTH, na Banda Ku, em condições não discriminatórias, similares àquela em que se dá o fornecimento da mesma programação . outra prestadora do mesmo serviço, a SKY.

Por intermédio do Ato nº 2.293, de 28 de janeiro de 1999, foi instaurado Procedimento de Administrativo visando apurar possível conduta da TV Globo tipificada no art. 20 inciso I, "*in fine*" e n c/c o art. 21, incisos V e XIII, da Lei nº 8.884/94.

O INFORME, nº 110, de 11/8/1999, elaborado na Gerência de Regime Legal das Empresas, desta Gerência Geral, relata os fatos da suposta infração à ordem econômica imputada a TV Globo, pela recusa de celebração de contrato de autorização que permitisse a distribuição de sua programação pela DIRECTV , concluindo pela inexistência de qualquer infração da ordem econômica, propondo o arquivamento do feito.

A Procuradoria desta Agência, por intermédio da Parecer nº 975/99-PRC, confirmou o entendimento desta Gerência Geral, externado no referido Informe nº 110/99.

Cumprе ressaltar que, mantido esse posicionamento pelo Conselho Diretor, os autos deverão ser enviados ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, em atendimento ao disposto no art. 39 "*in fine*", da Lei nº 8.884, de 1994.

ASSINATURA GERENTE GERAL

DATA
27.10.99

4. RELAÇÃO DE ANEXOS a) Informe 002/26/06/99; b) Informe 110/99; c) Parecer nº 975/99-PRC.	
5. PROPOSTA Pelo arquivamento dos autos, após audiência do CADE.	
ASSINATURA DO SUPERINTENDENTE	DATA 29.10.99
6. DE ACORDO, ENCAMINHE-SE AO SR. PRESIDENTE	DATA 03.11.99
ASSINATURA SUPERINTENDENTE EXECUTIVO	
7. APROVADO NA REUNIÃO DO CONSELHO DIRETOR Nº _____ DE ____ / ____ / ____	
ASSINATURA CHEFE DE GABINETE	DATA

