

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 8 número 6 - 2001

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

JURISPRUDÊNCIA

LEGISLAÇÃO



São Paulo

Volume 8 número 6 - 2001

ISSN 1517-1957

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault Freitas de Castro.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 12 números em 2001

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

SUMÁRIO

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 53500.000359/99
REPRESENTANTE:
AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES-ANATEL “EX-
OFFICIO”-(TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A - DIRECTV)
REPRESENTADA: TV GLOBO LTDA E TV GLOBO SÃO PAULO LTDA

PARECER DA PROCURADORIA DO CADE	5
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR	9
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR	29
VOTO DE VISTA DA CONSELHEIRA HEBE ROMANO MACHADO.....	85
VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO THOMPSON ANDRADE.....	131
VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO.....	139
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO CELSO CAMPILONGO	151
AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES	167
<i>INFORME Nº 110, de 11.08.1999</i>	167
AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL	211
<i>ANÁLISE Nº 002/2000-GCAV</i>	211
RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC.....	237

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA -CADE**

Gabinete da Conselheira Hebe Teixeira Romano

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 53500.000359/99**Apensa: Averiguação Preliminar Nº 53.500.002586/98****REPRESENTANTE: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES-ANATEL “Ex- Officio”-(TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A - DIRECTV)****REPRESENTADA: TV GLOBO LTDA e TV GLOBO SÃO PAULO LTDA****CONSELHEIRO.RELATOR: João Bosco Leopoldino da Fonseca****EMENTA**

PROCESSO ADMINISTRATIVO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. CONCESSIONARIA DE SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS. PROGRAMAÇÃO DE REDE ABERTA DE TELEVISÃO. RECUSA DE VENDA. DISCRIMINAÇÃO ENTRE CONCORRENTES. CRIAÇÃO DE DIFICULDADE À ENTRADA, AO FUNCIONAMENTO, OU AO DESENVOLVIMENTO DE EMPRESA. INFRAÇÕES PREVISTAS NO ART. 20 C/C O ART. 21 DA LEI Nº 8.884/94, NÃO CONFIGURADAS. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR ATO DA ANATEL -AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, POR INSUBSISTÊNCIA DE INFRAÇÃO. RECURSO De OFÍCIO CONHECIDO E, POR MAIORIA DE VOTOS, IMPROVIDO. MANTENDO O ARQUIVAMENTO.

I -Representação firmada pela TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A - DIRECTV em desfavor da TV GLOBO LTDA. e da TV GLOBO SÃO PAULO LTDA, admitida nos termos do Art. 30 da Lei nº 8.884/94, e transformada em Processo Administrativo por Ato de ofício da ANATEL –AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, em razão de indícios de infração passível de enquadramento no Art. 20, incisos I, "in fine", e II, c/c o Art. 21, incisos V e XIII, da Lei no 8.884/94. A peça inaugural atribui às Representadas a prática de abuso de poder econômico, pela recusa de celebração de contrato de autorização que permitisse a distribuição da programa da TV GLOBO de rede aberta pela TVA- DIRECTV, sem seu Sistema de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH). Em razão da recusa, sustentou a Representante a existência de atos de discriminação entre concorrentes e de criação de dificuldades à entrada, ao funcionamento,

ao desenvolvimento de empresas. Práticas infrativas atribuídas e não caracterizadas, arquivando o Processo Administrativo no âmbito da ANATEL- AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES com Recurso de ofício ao CADE -Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Recurso conhecido e, por maioria de votos, improvido, por não restarem configuradas as infrações à Lei de Defesa da Ordem Econômica Lei nº 8.884/94, mantendo-se o arquivamento do feito.

II -Processo Administrativo instaurado, de ofício, com fulcro no Art- 31, parte final, da Lei nº 8.884/94, por indícios de infração à ordem econômica. Arquivamento, por não restarem configuradas as práticas imputadas.

III -Recurso de ofício interposto, conhecido e, por maioria --de votos, negado provimento, mantendo-se o arquivamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos. na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE, conhecer do Recurso de ofício interposto pela ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES que determinou o arquivamento do Processo Administrativo, e, por maioria de votos, acompanhar o Voto de Vista da Conselheira Hebe Teixeira Romano, para negar-lhe provimento, mantendo a decisão recorrida. Vencido o Conselheiro-Relator que votou pela procedência da denúncia na 200ª Sessão Ordinária. O Presidente e os Conselheiros Márcio Felsky e Hebe Teixeira Romano, votaram na 211ª Sessão Ordinária. Os Conselheiros Celso Fernandes Campilongo, que pediu vista, Thompson Almeida Andrade e Afonso Arinos de Mello Franco Neto, acompanharam o Voto de Vista da Conselheira Hebe Teixeira Romano, na 213ª Sessão Ordinária de hoje. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas, e os Conselheiros Hebe Teixeira Romano, Thompson Almeida Andrade, Celso Fernandes Campilongo, Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília-DF,20 de junho de 2001 (data do julgamento)

HEBE TEIXEIRA ROMANO
Redatora do Acórdão

JOÃO GRANDINO RODAS
Presidente do CADE

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA -CADE
Procuradoria-Geral

PARECER DA PROCURADORIA DO CADE

Parecer nº 001/2001

Relator(a): Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 8884/94. ART. 20, INCISOS I, II E IV; ART.21, INCISOS V; VI E XIII. LEI Nº 9.742/97. COMPETÊNCIA DO CADE. RECUSA EM NEGOCIAR SINAL ABERTO DE TV COM OPERADORA DE DTH. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE.

1. Compete à ANATEL a instauração de processo administrativo visando investigar conduta lesiva à concorrência, proferindo parecer opinativo, para julgamento pelo CADE.

2. Evidente o poder de mercado da representada, e caracterizada, com a recusa em negociar bens ou serviços, a possibilidade de desenvolvimento regular de concorrente impõe, ao CADE, a determinação para que sejam abertas, consoante usos e costumes comerciais, negociações visando a transmissão de sinal da TV Globo pela Directv.

3. Parecer pela procedência da Representação.

Senhor Procurador Geral:

1. Submete-se à apreciação desta Procuradoria para manifestação, nos termos do Art. 10, incisos I e V, da Lei na 8884/94, Processo Administrativo instaurado pelo i. Presidente do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações -ANA TEL, em face da *TV Globo*, com o objetivo de apurar possível conduta contrária à ordem econômica, descrita no art. 20; incisos I e II, c/c o art. 21, incisos V e XII, da Lei na 8884/94.

DA COMPETÊNCIA DO CADE

2. A representação formulada versa sobre suposta conduta anti-concorrencial envolvendo atividade regulada pela ANATEL, que tem, a teor da Lei nº 9.742/97, competência para desempenhar, além das funções eminentemente técnicas, o papel da SDE, SEAE, na defesa da concorrência, quais sejam: *i)* realizar a instrução dos processos de atos e contratos que visem a concentração econômica e *ii)* a instauração de processo administrativo visando investigar a conduta lesiva à concorrência, proferindo parecer opinativo, como no

caso vertente. Resta ao CADE, após a instrução do competente processo, o seu julgamento nos termos da Lei nº 8884/94.

DO ATO OU CONTRATO NÃO NOTIFICADO

3. Da análise preliminar da presente Representação foi constatada a não comunicação de ato ou contrato, nos termos do art. 54, aos órgãos de defesa da concorrência do setor regulado, de constituição de empresa, no caso a *NET SAT*, operadora do sistema *SKY*, consoante textual afirmação de seu i. representante:

"cumpre ressaltar que a existência de relação societária indireta entre a empresa Net Sat e as requerentes jamais foi por estas negada no presente processo, tendo, ao contrário, sido expressamente admitida em diversas ocasiões, nas manifestações das Peticionárias ao longo da instrução processual".

4. Tendo em vista a constatação de comprovada relação societária da Representada com a *NET SAT*, operadora da *SKY*, cumpre à Representada a apresentação da operação de constituição de empresa para a análise do CADE, posto que a *REDE GLOBO DE TELEVISÃO*, a *TCI- TELECOMMUNICATIONS INTERNATIONAL* e a *NEWS CORPORATION* preenchem, à toda evidência, os requisitos de faturamento e participação de mercado para comunicação às autoridades brasileiras 'de defesa da concorrência.

DO MÉRITO

5. O presente processo é decorrência de representação formulada pela *TVA Sistema de Televisão S/A/DIRECTV* à ANATEL, que ensejou a competente instauração do Processo de Averiguações Preliminares. No referido procedimento, a ANATEL concluiu pela instauração do Procedimento Administrativo para a devida apuração dos fatos, para, ao final, recomendar o arquivamento da Representação por entender improcedente.

6. A *DIRECTV* detém a outorga para a operação do serviço de distribuição de sinais de televisão e áudio por assinatura via satélite, e ofereceu representação em face da *TV Globo Ltda.* pela recusa da Representada em negociar contrato de autorização para que a programação da *TV Globo* fosse distribuída pela *TVA*, pelo sistema de distribuição de sinais de televisão e áudio por assinatura via satélite, em condições não discriminatórias.

7. Assim, o presente procedimento foi instaurado com o objetivo de apurar conduta praticada pela Representada, passíveis de enquadramento no art. 21, V, VI e XIII, da Lei na 8884/94, de injustificada recusa em negociar o *signal*,

limitando ou dificultando o funcionamento e o desenvolvimento de empresa concorrente no mercado de atuação de Controlada, que poderiam constituir as infrações definidas no art. 20, I, II e IV do mesmo diploma legal.

8. A doutrina e a jurisprudência do CADE têm entendido que, para a caracterização da conduta descrita no art. 21, é necessário que o agente tenha a capacidade de exercer o poder descrito no art. 20. No caso vertente, o mercado, objeto da presente representação, é o segmento de *DTH -Direct To Home*.

9. O sistema permite a captação, por uma pequena antena parabólica e decodificador, de sinais de *som, imagem e dados* em qualquer local, enviados ao consumidor diretamente do satélite. Por suas peculiaridades, a empresa operadora do sistema *DTH* envia sinais de TV, rádios, dados, entre outros, constituindo assim o sinal de *TV aberta*, um *insumo* da operadora de *DTH*.

10. Neste diapasão, a recusa da *TV Globo* em negociar o sinal com a operadora de *DTH*, impede o "*acesso de concorrente às fontes de insumo*", bem como se caracteriza pela "*recusa a venda de bens ou prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais*".

11. No caso, as *Organizações Globo* detêm participação societária cruzada na *TV Globo* e na *Net Sat*, operadora do sistema *SKY*, concorrente direta da Representante. Como o sinal da *TV Globo* é transmitido, para algumas praças, pela *SKY*, podemos concluir que a recusa tem como objetivo "*prejudicar a livre concorrência, dominar mercado e exercer de forma abusiva a posição dominante*", o que é factível após ampla Pesquisa levada a cabo pela Representante, que constatou o óbvio: o poder de mercado da *TV Globo*, que acarretará, a julgar pela diagnosticada perda de mercado da *Directv* no segmento de *DTH*, a nefasta e indesejável monopolização do mercado.

12. Cumpre salientar que é admissível a adoção de prática diferenciada à empresas concorrentes, contudo a adoção de conduta discriminatória, com a manifesta recusa em negociar o sinal TV, constitui flagrante violação à Lei nº 8884/94, sobretudo em se tratando de sinal da *TV Globo*, imprescindível, como foi demonstrado, ao desenvolvimento regular da Representante e à satisfação dos consumidores.

13. É imperioso destacar o padrão de excelência da *TV Globo*, o que lhe confere o mérito, com louvor, de ser a líder de audiência em *TV aberta, Cabo e DTH*, como ficou evidenciado nos autos. Cumpre, portanto, às autoridades de regulação do setor, bem como ao CADE, exercer o importante papel de promotor da concorrência que, em última análise, beneficia o consumidor, jul-

gando infrativa a conduta imposta à Representante pela *TV Globo*, determinando que sejam abertas as negociações para a possibilitar a transmissão do sinal pela Representada.

CONCLUSÃO

14. Ante o exposto, e pelo que mais consta nos autos, esta Procuradoria, opina pela procedência da representação formulada para determinar a imediata abertura de negociações visando a veiculação do sinal da *TV Globo* pela *Directv*, consoante os usos e costumes comerciais, com cominação de multa por seu descumprimento.

Este é, S.M.J., o parecer.

À Superior consideração.

Brasília, DF, 03de janeiro de 2001.

José Cândido Júnior
Procurador Federal

DESPACHO

DE ACORDO. Aprovo o Parecer nº 001/01 da lavra do Procurador Federal José Cândido de Carvalho Júnior nos autos do PA de nº 53.500.000359/99 (53.500.002586/98), no qual são representantes ANATEL/TVA Sistemas de Televisão S/A -Direct TV e representada a TV Globo Ltda.

Ao Exmo. Sr. Conselheiro-Relator

Brasília, 03 de janeiro de 2001.

AMAURI SERRALVO
PROCURADOR-GERAL DO CADE

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR¹

1. Este Processo Administrativo foi proposto pela **ANATEL** “ex officio”. Nele figura como Representante a **TVA Sistema de Televisão**, doravante simplesmente denominada **TVA**, no interesse de seu serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio via satélite, denominado **DIRECTV**, e como representadas a **TV Globo Ltda.** e **TV Globo São Paulo Ltda.**, ambas doravante simplesmente denominadas **Globo**.

2. A Representante imputa às Representadas a conduta de **estar ilicitamente recusando-se a autorizá-la a incluir em seu serviço de Distribuição de Sinais de Televisão a áudio via Satélite (Serviço de DTH – direct to home)**, na banda KU, os canais locais da Rede Globo de Televisão, nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre.

3. Alega ainda estar enfrentando dificuldades no **mercado relevante de serviço de DTH**, porque as Representadas, concessionárias do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens (rede aberta de televisão) e fornecedoras de programação no mencionado mercado relevante, estariam **se recusando a celebrar com ela contrato de autorização**. Através deste contrato a representante poderia transmitir, através da **DIRECTV** a programação aberta da **TV GLOBO**, nos mesmos moldes em que esta autorizou a **NETSAT Serviço Ltda.**, doravante **SKY**, que é empresa associada às Representadas e única concorrente, a veicular tais sinais naquelas mesmas quatro cidades.

4. A Representante alega que, estando a preferência, os gostos e sobretudo o hábito do telespectador fortemente condicionado pela programação de **rede aberta**, em particular pela **programação da líder nacional de audiência**, a dificuldade de acesso à distribuição da programação dessa modalidade de serviço constitui-se em expressiva barreira à entrada no submercado relevante de serviço DTH.

5. Alega ainda que a programação da **Globo** para o serviço DTH é imprescindível, já que o consumidor ao escolher entre uma programação com canais especiais juntamente com programação da **Globo**, e uma programação

¹ A elaboração do Relatório e Voto Contou com a participação do assessor Henrique Campos e da estagiária Danitza Buvnich.

de canais especiais sem a programação da **Globo**, prefere a primeira opção. A Representante compara este fato ao caso de produtos que por sua popularidade e domínio do mercado são de presença imprescindível nos estoques do revendedor que não deseja ser discriminado por seus clientes, daí a denominação de produtos do tipo *must stock*. Cita que a maior comprovação deste fato é a propaganda veiculada pela sua concorrente a **SKY**:

“SKY, a única TV por assinatura via satélite com a Globo” e “Só assinante SKY vai assistir à transmissão da Globo dos jogos da Copa com imagem 100% digital”. (Anexo 5, de fls. 117 a 119).

6. A este fato acrescenta-se também o expressivo número de manifestação de assinantes recebida por correio eletrônico. (Anexo 6, de fls. 121 a 132).

7. Explica que apesar de existir um sistema de chaves comutadoras de duas posições, do tipo A-B, de maneira que uma destas posições conecte o televisor à antena do DTH e outra à antena “normal”, para captação da rede aberta, tal sistema não se revelou viável e materialmente resistente, não atendendo ao interesse do público, de acordo com uma pesquisa feita pela Congresso norte-americano. Os motivos da inviabilidade deste sistema são demonstrados *in verbis* a seguir:

(i) *“muitas residências não possuem antena adequada para receber o sinal de redes abertas;*

(ii) *os telespectadores terão de fazer trocas sucessivas e repetidas entre as posições A e B para assistir à programação dos dois sistemas, causando desconforto e desestimulando seu uso;*

(iii) *as chaves A e B podem tornar muito complicado e até inviabilizar o uso de vídeo cassetes;*

(iv) *as chaves A e B apresentam problemas técnicos sem solução iminente, mesmo após a Comissão Federal de Comunicações (a FCC, agência reguladora do setor de telecomunicações dos Estados Unidos da América – EUA) ter determinado que fossem feitos aperfeiçoamentos técnicos no dispositivo; e*

(v) *as chaves A e B podem causar interferências nos sinais recebidos”.*

8. A Representante define seu **mercado relevante**, ressaltando a diferença entre os sistemas de TV a cabo e MMDS, explicando que os dois **são substitutos quase perfeitos**, intercambiáveis do ponto de vista do telespectador, oferecendo o mesmo tipo de serviço, ao mesmo preço, com variedades semelhantes, embora possam **diferenciar-se quanto à qualidade de recepção, que varia com as características do meio físico. O sistema de DTH, é su-**

perior em qualidade, variedade e alcance, fazendo com que o preço deste serviço aumente consideravelmente em relação aos dois primeiros. Por causa desta diferenciação acentuada, a Representante qualifica o **mercado relevante de DTH**, como sendo um **submercado do mercado de tecnologia televisiva**. Para comprovar esta diferença nos preços a Representante apresenta uma tabela de preços dos serviços prestados por ela e pela sua concorrente a SKY, em que se comprova esta diferença acentuada entre os sistemas supracitados.

9. Assim, após definir a qualidade técnica de seus serviços, a Representante faz uma ressalva importante, dizendo que **as prestadoras de serviço de distribuição de TV por assinatura vêm as chamadas redes abertas de TV como fornecedoras de programação** assim como HBO, ESPN e outras. Desta forma, explica, que **as programações fornecidas no mercado são produtos** e competem entre si. Embora a TV aberta seja concorrente da TV por assinatura, na medida em que ambos disputam a audiência de telespectadores, podem-se destacar importantes fatores de diferenciação. Primeiramente, **a TV aberta é um serviço oferecido gratuitamente**, enquanto a TV por assinatura depende da renda obtida com a venda de assinaturas. **A arrecadação financeira da TV aberta se dá através da venda do espaço comercial** dentro de sua programação. Este aspecto é que diferencia os dois tipos de TVs, além é claro do estilo de programação, qualidade de recepção, som e imagem. Assim devido às peculiaridades próprias de cada mercado, a Representante afirma que a TV aberta não pode ser considerada uma substituta.

10. Quanto ao histórico dos fatos, explica que o serviço de DTH foi inaugurado no Brasil com duas **outorgas de permissão pelo Ministério das Comunicações em 1996**, à Globo e à TVA, e ambos iniciaram a exploração comercial em 1997. Cita a Lei nº 8.977/95, que rege o serviço de TV a cabo, e estabelece a obrigatoriedade de carregar os sinais das redes abertas (conhecida nos EUA como **must-carry Law**). De outro lado, a norma do DTH, em consonância com a Lei de Direito Autoral, estabelece que a transmissão dos sinais de rede aberta somente poderá ser feita mediante prévia autorização da emissora de sinais, após celebração do respectivo contrato de cessão de programação entre as partes.

11. Dentro deste contexto faz uma ressalva com relação a estas normas, dizendo que a despeito de não ser obrigatória a autorização da retransmissão de seu sinal, compete à autoridade estatal o acompanhamento permanente do mercado, com vistas ao monitoramento da eficácia das normas, para evitar

assim que, em circunstâncias especiais não previstas pelo legislador, a regulamentação acabe favorecendo interesses de grupos restritos.

12. Desta forma questiona o motivo de as Representadas **terem autorizado a transmissão de sua programação a uma operadora do serviço DTH, e não ter estendido esta mesma autorização à Representante**, mesmo após diversos contatos com a Globo, nos quais explicitava seu interesse em distribuir a programação em seu serviço DTH. Não obteve, porém nenhuma resposta, restando assim, caracterizada a recusa em negociar. Com este ato a Representante entendeu que, em não havendo uma justificativa válida para lhe negar a autorização nas mesmas condições daquela já concedida, **configurou-se a intenção da representadas em prejudicar a concorrência e dominar o mercado de DTH.**

13. Diante disto requer que seja instaurado um Processo Administrativo, e seja concedida **medida preventiva** sem a oitiva da Representadas, para que **a Representante seja autorizada de imediato a transmitir a programação aberta das Representadas**, até que a Representadas celebrem contrato específico de cessão de programação com a Representante, a fim de que o mercado retorne ao normal. Que a Representadas sejam convidadas a celebrar compromisso de cessação com o CADE, e que sejam condenadas por prática infrativa da ordem econômica com cominação de multa.

14. Aos **28 de janeiro de 1999** a ANATEL instaurou Processo Administrativo a partir da Representação formulada. O pedido de Medida Preventiva foi indeferido.

15. As Representadas foram citadas para fornecer esclarecimentos. Estas responderam aos nove dias do mesmo mês de 1999, pedindo dilação do prazo para a apresentação de defesa de 15 para 45, pedido este que foi deferido no dia 12 de fevereiro do mesmo ano.

16. Aos 24 de fevereiro de 1999, a SKY, respondendo ao ofício nº 109/99-CMOS, descreve como o sinal é enviado e recebido pelos assinantes de Belo Horizonte, São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre, assim como o número de assinantes para cada praça indicada acumulado mês a mês desde janeiro de 1998 até aquela data, a data em que a SKY passou a distribuir o sinal da TV Globo para cada uma dessas localidades, e as facilidades técnicas para associar sinais de TV abertas existentes em uma localidade qualquer, da banda C ou na faixa VHF e UHF, com esquema de descrição dos equipamentos adicionais

necessários para que o usuário, no mesmo aparelho, possa selecionar os canais de seu interesse. (fls. 29 a 31).

17. A DIRECTV em resposta ao ofício 110/99, também respondeu ao questionamento da ANATEL, com relação à quantidade de assinantes que a empresa tinha desde janeiro de 98 até aquela data nas cidades mencionadas acima, como era feita a veiculação do sinal de TV aberta na DIRECTV, com representação gráfica do sistema. (fls.32 a 37).

18. Na apresentação de sua defesa, **as Representadas redefinem o mercado relevante**, descartando o argumento utilizado pela Representante de que o mercado de DTH seria um submercado televisivo, dizendo que **o mercado de DTH deveria ser considerado como um mercado relevante em si mesmo**. Observam que **neste mercado a Representante exerce posição de domínio econômico**, detendo participação maior que a das Representadas. Além disso, frisam que **o mercado geográfico relevante é o dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre**. Observam ainda, que o **“produto”** que se alega ser o objeto da recusa de venda por parte da Representada **é a programação local da emissora integrante da Rede Globo**.

19. Ao examinar este último quesito, **descaracterizam tal fato como sendo um efeito anticoncorrencial**, alegando que **o citado “produto”, não pode ser considerado como sendo um bem econômico, uma vez que para isto, é necessário que seja um bem útil e escasso**. Não afastam a condição de útil, mas alegam não ser, em absoluto, um bem escasso. Consideram **o sinal da TV aberta como sendo um bem livre**, não entrando no circuito econômico pelas relações criadas pela sociedade para enfrentar o problema da escassez. **Não sendo um bem econômico, não se poderia falar em concorrência**. Continuam alegando, que parece estranho aos olhos das Representadas, a Representante dizer que os consumidores estariam deixando de consumir os produtos por ela comercializados, apenas pela falta da programação da Globo, quando esta está disponível de forma gratuita e de fácil acesso ao público em geral. Assim, acreditam as Representadas, estar a Representante litigando de má fé, ao dizer que para ter acesso ao canal aberto da Globo, necessitaria o uso de uma chave “A-B”. Dizem, que realmente este sistema existe, mas que é extremamente ultrapassado, sendo possível a utilização de um decodificador para se ter acesso fácil aos outros canais da rede aberta.

20. Demonstram através de gráficos que nas localidades onde é oferecido o sinal local da Globo, **as vendas do serviço oferecido pela SKY crescem em**

proporção menor do que no restante do país onde este serviço não é disponibilizado aos assinantes.

21. **Justificam o seu não interesse em contratar**, expondo que a Rede Globo de Televisão em sua grande maioria é composta por emissoras independentes, e que seu sucesso se deve à superior qualidade de suas produções próprias e ao modelo de distribuição de sinais. Esse sistema é concebido de modo a assegurar adequada rentabilidade às emissoras locais, a fim de possibilitar uma divulgação das produções locais, e de seus anunciantes. Atestam que 70% de seu faturamento total deve-se aos anúncios locais. Portanto, para assegurar esta política, **as Representadas insistem na exclusividade de sinal** que garante que as emissoras locais sejam respeitadas, evitando que alguém possa oferecer nas respectivas bases de distribuição um sinal diverso daquele oferecido pela emissora local.

22. Alegam ainda que o real intento da Representante é o apelo de marketing de que a SKY está fazendo uso.

23. **Para justificar a recusa de venda anexam o precedente jurisprudencial deste Conselho** (Representação 132/90, da ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado e Representação nº 131/93, do ex-Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro, além de outras.)

24. Citam a **regra da razão** alegando que cada caso deve ser analisado separadamente, pois sua conduta pode parecer infrativa, mas ao se analisar pode ser desconfigurada como tal.

25. A Representante acosta aos autos petição alegando que não havia esclarecido suficientemente a utilização de certos conceitos de análise antitruste, o que haveria dado margem a interpretações imprecisas, prejudicando a finalidade do processo administrativo. Faz algumas alegações e pede que seja reconsiderada a adoção de Medida Preventiva.

26. À fls. 112 a 135 a Representante se manifesta sobre a defesa das Representadas, com as seguintes considerações:

- A Representante nunca teve o intuito de esconder sua posição dominante no mercado, apesar de a Sky ter afirmado que após sua associação com a TV GLOBO, **passou a dominar o mercado em questão.**

- A Representante alega que jamais pretendeu forçar a TV GLOBO em qualquer sentido, ou questionar a gratuidade ou livre acesso à programação da Globo via VHF.
- Alega a Representante que não tem pretensão e nem necessidade de usar outras marcas além daquelas de que dispõe, já que é consagrada internacionalmente.
- A Representante limitou-se a solicitar cessão negociada do direito de retransmitir sua programação na banda *Ku*, via *DIRECTV*, pedido feito e reiterado por meios legítimos.
- Reafirma que o presente caso diz respeito ao **mercado relevante de serviços de DTH, no qual atuam a DIRECTV e a SKY**, e onde ocorrem os efeitos da **discriminação abusiva**. Afirma que quem pratica os atos infrativos à ordem econômica são as Representadas, e não a SKY.
- Esclarece que **o mercado geográfico relevante é todo o território nacional**, e não apenas as regiões das cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre, já que as Representadas atuam em todo o território nacional, não apenas naquelas regiões.
- Reafirma que **o objetivo pretendido pela TVA/DIRECTV é o de celebrar contrato em condições semelhantes àquelas já negociadas com a SKY/NetSat Ltda., em condições razoáveis e não discriminatórias**.
- Diz ser “ingênuo” o conceito de bem livre e de bem econômico alegado pelas Representadas com a pretensão de demonstrar que o sinal aberto da TV GLOBO é um bem livre e portanto insusceptível de ser objeto de concorrência.
- Alega que se fosse verdadeira a afirmação das Representadas, o sinal da GLOBO no DTH seria uma vantagem oferecida igualmente por todos os concorrentes e livremente disponível para todos os consumidores.
- Alega que as Representadas dizem ser “imperceptível” a diferença de qualidade entre o sistema DTH e o de televisão aberta, não apontando, contudo, qualquer evidência que ampare sua alegação.
- Alega ainda que sua afirmação contrasta com a **publicidade veiculada pela SKY, dizendo: ” Tudo isso com qualidade digital de som e imagem”**. Desta forma, continua a Representante alegando que, seria, se não um sofisma, publicidade enganosa o que as Representadas apresentam.
- Afirma que a **má qualidade de recepção** é muitas vezes o principal motivo que leva o consumidor a **optar pelo serviço de TV por assinatura**, o que resolveria este problema específico e ainda aumentaria suas opções de programação. Mas se a opção desse assinante recair sobre o

serviço de DTH, e se a SKY é a única que “resolve o problema” específico com relação ao sinal da líder de audiência de TVs abertas, não restaria dúvida com relação à escolha do assinante, o que deixaria a DIRECTV em desvantagem.

- Esclarece que para que o assinante da DIRECTV tenha acesso à rede aberta necessita de um sistema conjugado de chaves A-B, o que se torna desconfortável para o assinante, que nem mesmo terá a mesma qualidade de som e imagem.
- Alega que as Representadas se contradizem ao analisar os mercados não correspondentes às cidades citadas por ela como sendo o mercado geográfico relevante.
- Além disso, acosta dados que demonstram que **assim como a SKY, a DIRECTV teve um crescimento menor nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre** do que nas demais cidades. Neste sentido rebate a alegação das Representadas dizendo que esses dados vêm a demonstrar que o comportamento da variável venda nessas áreas não é explicado apenas pela disponibilidade do sinal da GLOBO, pois a DIRECTV não dispõe deste sinal e suas vendas tiveram o mesmo padrão de evolução daquelas da SKY.
- Afirma ainda que **o padrão de crescimento das vendas da DIRECTV nestas citadas cidades alterou-se substancialmente após a SKY ter passado a incluir o sinal da TV GLOBO em sua programação**, revelando que a entrada da Globo na SKY coincide com uma acentuada redução no ritmo de crescimento nas vendas da DIRECTV nessas três capitais.
- Alega que as Representadas, ao justificarem sua recusa de venda “à vista de sua eficiência na redução de custos de transação”, se olvida de que esse tipo de eficiência só pode ser capaz de, eventualmente, justificar uma certa conduta restritiva, caso fique demonstrado que a “ÚNICA” forma de obter tal ganho de eficiência é por meio daquela conduta específica.
- A Representante finaliza sua manifestação sobre a defesa das Representadas, alegando que **a recusa de negociar** das Representadas ficou caracterizada por ela mesma, diz ainda que ficam claras as **pretensões de dominar o mercado de DTH através da SKY, e a criação de dificuldades para o desenvolvimento da Representante** também pode ser percebida.

27. À fls. 148 a 152 a ANATEL analisa o pedido de reconsideração da **adoção de Medida Preventiva**. Neste parecer a ANATEL afirma que, como o mérito da questão estava sendo tratado no âmbito de Processo Administrati-

vo, e que a Procuradoria e a SCM não vislumbraram motivos para adoção de medida preventiva, o I. **Conselheiro Antônio Carlos Valente da Silva, concluiu pelo não acolhimento da Medida Preventiva solicitada.**

28. À fls. 162 a 184 a **TV GLOBO** apresenta suas **razões finais**, a seguir:

- Alega que em face das alegações da Representante, as Representadas passam a ter **dúvidas com relação à competência da ANATEL quanto ao mérito da questão**, não se enquadrando no conceito de telecomunicações constantes da LGT.
- Alegam também que as informações trazidas aos autos confirmam a **inexistência de efeitos anticoncorrenciais** em relação à prática imputada às Representadas.
- Alegam que os dados de vendas similares trazidas aos autos pela Representante demonstram que **o sinal da GLOBO não possui importância afirmada pela Representante.**
- Afirmam que as quedas nas vendas da DIRECTV poderiam também ser reflexo do **período de impasse das negociações** efetuadas entre a **Hughes e a TVA.**
- Afirmam também que o fato fundamental que determinou a **modificação nas taxas de crescimento** relativas das duas empresas ocorreu em novembro de 1997, coincidentemente na época em que a SKY começou a veicular o sinal da GLOBO em sua programação. Mas o que de acordo com as Representadas foi **definitivo para o crescimento nas vendas da SKY foi a baixa no preço do equipamento utilizado para captação do sinal**, que antes desta data era de R\$ 399,00 (DIRECTV) e R\$ 699,00 (SKY), e, após esta data, foram equiparados. Além disso, existe um diferencial entre a **DIRECTV e SKY**, a primeira **deixa o equipamento em comodato**, enquanto a segunda **vende o equipamento.**
- Apontam que existem outros fatores, que não o sinal da GLOBO, para determinar o crescimento da SKY, como **o preço, esforços de venda, qualidade de atendimento** dentre outros.
- Afirmam que as Representadas apenas podem se valer de uma empresa **verticalmente integrada** para assegurar uma fiscalização de forma efetiva, que mantenha a integridade do sistema de comercialização adotado por elas.
- Para que as Representadas tivessem a mesma segurança de fiscalização, necessário seria que a TV GLOBO fizesse a fiscalização, o que acarretaria em aumento de custo que, de acordo com as Representadas, inviabilizaria o contrato.

- Alegam que **não há nenhuma legislação vigente que a obrigue a contratar.**
- Afirmam que a **Lei de Defesa da Concorrência não prevê possibilidade de imposição de licença compulsória de direitos autorais.**
- Alegam que **o grupo que detém controle acionário da DIRECTV é a Hughes, que faz parte do grupo General Motors.** Afirmam que este grupo é de tal porte que **o satélite que a SKY utiliza para transmitir sua programação é de domínio da Hughes.**
- Afirmam que “quem está a mercê da Hughes é a SKY, e não ao contrário.”
- Dizem que esta força de investimentos pode ser comprovada pelo fato de a DIRECTV **ter abaixado o seu preço para R\$ 349,00**, com possibilidade de eventuais quedas.
- Continuam dizendo que diante do porte da Hughes, a DIRECTV pode obter equipamentos a preços muito mais em conta do que a SKY, além da programação que pode ser adquirida “em blocos”.
- Afirmam *in verbis*: “Diante de todo esse poderio, não é justificável que a Hughes pretenda retirar da SKY o seu único diferencial competitivo, **que reside no fato de ser esta uma prestadora do serviço do DTH que fala português**”
- Finalizam requerendo o arquivamento do pleito.

29. A ANATEL, através da Gerência Geral de Outorgas de Serviços, em seu parecer de fls. 203 a 238, afirma **não existirem indícios de que a recusa à negociação da TV Globo Ltda. tenha limitado, falseado ou prejudicado a livre concorrência.** Não incidindo a conduta da citada no art. 20 inciso I da Lei nº 8.884/94.

30. Com relação à acusação de **domínio do mercado relevante de bens e serviços**, a ANATEL, ainda em seu parecer, diz que caso a programação da TV Globo, quando iniciada pela SKY, constituísse efetivamente um insumo essencial para a sobrevivência da competição de mercado, algumas hipóteses deveriam ter acontecido, tais como:

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.”
- Mas elas não se verificaram.

31. Continua afirmando que, **houve sim um aumento equivalente a 32 e 25 pontos**, respectivamente nas cidades de Rio de Janeiro e Belo Horizonte, mas que também houve **aumento de 36 pontos** em cidades que não contam com a distribuição do sinal da TV Globo. Assim a ANATEL, afirma não conseguir detectar se o fator decisivo para essa variação foi a introdução da programação da TV Globo.

32. Com relação ao **aumento arbitrário de lucros**, a citada Agência diz não encontrar evidências “*de que a distribuição da programação da Globo possa, per se, levar à Sky a dominar o mercado de serviços de DTH*” (...).

33. No tópico referente ao **exercício de forma abusiva da posição dominante**, conclui que na medida em que não foi comprovada a possibilidade de utilizar a distribuição da programação da Globo para conquistar posição dominante, **deve-se rejeitar a hipótese de que tal distribuição gere condições para eventual abuso de posição dominante**.

34. Discorre acerca da **Regra da Razão** como embasamento teórico para sua afirmação, citando jurisprudência do CADE para isto. Finalmente conclui *in verbis* que:

“ A recusa de negociação pela TV Globo Ltda, não implica em qualquer ilicitude em sua conduta, pois não configura hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, da Lei nº 8.884/94. Neste concito, 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 008/97 e no art. 95 da Lei de Direitos Autorais.

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

...

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 8.884/94, inexistindo, portanto, qualquer infração da ordem econômica.**

Nesses termos, sugerimos, com fulcro no artigo 39, da lei nº 8.884/94, o arquivamento do presente processo administrativo, com o conseqüente recurso de ofício ao CADE.”

35. *A Procuradoria da ANATEL ratificou o inteiro teor do Informe anteriormente citado, concluindo, portanto, pelo arquivamento e envio do processo a este Conselho.*

36. *O Conselheiro Antônio Carlos Valente relata o processo também nos termos do Informe já citado, concluindo pelo arquivamento e envio ao CADE.*

37. *A decisão foi aprovada na 100ª Reunião do Conselho Diretor, sendo encaminhada e distribuída a este gabinete em 02 de março de 2000.*

38. *Foi requerida, pela Procuradoria deste Conselho, diligência que requiritava o Estatuto ou Contrato Social ou Ato Constitutivo da Net Sat Serviços Ltda. com as alterações ocorridas até a presente data, bem como acordo de acionistas, caso existentes.*

39. *Em resposta à diligência feita, a TV GLOBO anexou a 35ª alteração do Contrato Social da Net Sat, onde pode ser verificada a participação societária indireta entre a Globo e a Net Sat, verificada à fl. 264 – 5.7 t1.*

40. *À fls. 276 a TVA acosta a 1ª alteração no Contrato Social, passando para denominação de Galaxy Brasil, além de petição requerendo juntada do Parecer do Dr. Prof. Werter Faria, através do qual fornece sua opinião a respeito do presente processo.*

41. *A Representante faz consulta, perguntando se a celebração de contratos para a retransmissão de programas da Rede Globo pela operadora de DTH, afiliada à Rede Globo, e se a recusa de contratar, em condições análogas, com a operadora concorrente desta seria ilícita perante as disposições legais sobre a prevenção e repressão às infrações contra a livre concorrência; e, se estes fatos implicam descumprimento da legislação específica do setor de telecomunicações.*

42. *Após considerações e justificativas (fls.176 a 292), o Prof. Werter Faria responde a consulta in verbis (CID):*

“a) a concessão do direito de retransmissão exclusiva de programa de televisão aberta da Rede Globo pela sua operadora de DTH (SKY) e a recusa de estender a autorização, em igualdade de condições, à DIRECTV, operadora

concorrente desta, infringe proibição dos acordos entre empresas restritivos da concorrência (art. 20, I, da Lei nº 8.884/94, combinado com o art. 21, V, VI, XII e XIII);

b) a conduta incriminada de anticoncorrencial transgride os princípios de regem o serviço televisivo, notadamente a sua exploração em regime de livre concorrência (art. 10, VI, da Lei nº 8.977/95)”.

43. À fls. 293 e seguintes a DIRECTV apresenta petição contendo alegações anteriormente apresentadas e uma apreciação crítica do pronunciamento da ANATEL. Cita ainda uma pesquisa feita pela DPZ sobre as preferências dos assinantes de TV por assinatura. Segundo a pesquisa, a TV Globo é o canal que tanto os assinantes da TVA quanto os da Net mais gostam de assistir.

Assinantes da Net/Multicanal		Assinantes da TVA	
1º GLOBO	63%	1º GLOBO	75%
13º SBT	9%	7º SBT	22%

44. Diante disto a Representante indaga in verbis:

“ ..., se a retransmissão da Globo via DTH não fosse uma importante vantagem competitiva, porque então o contrato de exclusividade Globo/Sky? Porque a Sky anuncia que é **a única** que retransmite o sinal da Globo (fls. 79 a 82)? Em outras palavras, a importância da programação da Globo para o DTH é demonstrada pelo reconhecimento da própria Representada, por meio da política comercial da Sky, não querendo prova adicional.”

45. As Representadas juntam aos autos informações sobre recentes decisões a respeito da questão de distribuição do serviço de sinal aberto pelas empresas prestadoras do serviço de DTH pelo **Congresso dos Estados Unidos** e pela **Federal Communications Commission – FCC – dos Estados Unidos da América**, In verbis:

“ Naquele país [EUA], os serviços de DTH eram praticamente proibidos de retransmitir o sinal dos canais abertos até novembro de 1999. Após ter sido objeto de importantes processos judiciais, essa restrição foi considerada anticoncorrencial e foi simplesmente eliminada com a promulgação, em 29 de novembro de 1999, da Lei denominada “ Satellite Home Improvement Act of 1999” (SHVIA) cujo objetivo principal é justamente o de “promover a concorrência entre os serviços de distribuição de programação de televisão, como, por exemplo, as empresas de DTH e as operadoras de TV a cabo, e , ao mes-

mo tempo, aumentar o leque de escolhas de programações disponíveis para o consumidor.

46. *A citada Lei também proíbe as emissoras de TV aberta de firmarem **contratos de exclusividade para a retransmissão de sua programação até 2006**, bem como de recusarem a negociar contratos de retransmissão dessa programação.*

47. *Dentre as justificativas para a nova lei, destaca-se o claro reconhecimento de que a proibição antes imposta aos serviços de DTH de retransmitir a programação de canais abertos **representava significativa desvantagem competitiva** em relação aos serviços de TV a cabo, fato inequivocamente demonstrado por investigações da FCC.*

48. *Em depoimento perante o Congresso dos EUA sobre o então projeto de lei, um representante da Federal Trade Commission afirmou que a disponibilidade da programação das redes abertas está entre os principais fatores que influenciam o consumidor na escolha entre os diferentes sistemas de TV por assinatura. (...)*

49. *É tão grande a importância da liberdade concedida às empresas de DTH para retransmitir os canais abertos que a nova Lei estabeleceu que, pelo prazo inicial de 6 meses, **essas empresas sequer precisariam obter a concordância do canal aberto para retransmiti-lo**. Após esse período inicial, as redes abertas deverão ser previamente consultadas para a negociação de contratos de retransmissão.*

50. *Para evitar ao máximo que as redes abertas, agindo de modo anticoncorrencial, se recusem a negociar – como no presente caso –, **a lei determinou que a FCC estabelecesse critérios para diferenciar entre recusas de boa fé e de má fé, o que resultou na adoção dos seguintes mandamentos a serem observados nas negociações para retransmissão.***

i) *Uma rede aberta não poderá se recusar a negociar com um prestador de serviços de TV por assinatura;*

ii) *A rede aberta deverá indicar um representante que disponha de autonomia para negociar;*

iii) *Representante da rede aberta deverá concordar em reunir-se com a outra parte em locais e horários razoáveis e não poderá procrastinar a negociação;*

iv) *A rede aberta não pode oferecer apenas uma (única) proposta unilateral de negociação;*

v) *Ao responder proposta de negociação apresentada por um prestador de serviços de TV por assinatura, a rede aberta deverá apresentar justificativas para qualquer aspecto da proposta que tenha sido rejeitada*

vi) *É proibido à rede aberta firmar qualquer tipo de contrato que contenha a condição de negar permissão para retransmissão de seus sinais a qualquer prestador de serviços de TV por assinatura*

vii) *A rede aberta deverá concordar em cumprir integralmente os termos de um contrato de retransmissão, reconhecendo que esse traduz a totalidade dos entendimentos mantidos (o objetivo aqui parece ser o de inibir a utilização de “cláusulas não escritas”).”*

51. Cita ainda decisão proferida pela Comissão Européia, in verbis:

“ a recusa de fornecer um serviço a um novo cliente em circunstâncias em que o proprietário da infra-estrutura em posição dominante presta já esse serviço a um ou mais clientes que operam no mesmo mercado a jusante constitui um tratamento discriminatório que, se restringir a concorrência nesse mesmo mercado, constituirá um abuso.[...]. É evidente que pode haver motivos fundamentados para esta recusa, por exemplo, face aos requerentes que representem um risco de crédito potencial. Na ausência de quaisquer motivos fundamentados, uma recusa constituirá normalmente um abuso de posição dominante no mercado de acesso.”

52. *Finalmente, a Representante requer que seja adotada **medida preventiva** para que as Representadas cessem as **práticas restritivas** que vêm adotando, e a autorizem a retransmitir de imediato a sua programação aberta, nos mesmos moldes e nas mesmas localidades que autorizaram a Sky, até que possam celebrar um contrato específico de cessão de programação. Requer ainda que seja determinado às Representadas que se abstenhas de recusar a celebrar contrato de distribuição de sua programação, e que este contrato seja feito em condições de igualdade com a Sky, portanto que não mantenha uma prática discriminatória. Finalmente requer que seja aplicada multa às Representadas por infração à ordem econômica.*

53. *Acosta aos autos os seguintes **documentos**:*

- *Elencos de canais de Televisão abertos que hoje fazem parte da programação DIRECTV*
- *Norma jurídica que resolveu a questão nos Estados Unidos – SH-VIA e material correlato – 4 volumes.*
- *Gráficos e pesquisas elaboradas por empresas especializadas.*

- *Revista PAY-TV nº 76, novembro 2000, ano 7, com matéria sob título “Globosat fica sem adversário em campo”*

54. *A pesquisa realizada em agosto de 2000 pela Research International em São Paulo, Porto Alegre, Rio de Janeiro, Recife, Araraquara e Taubaté, detecta a queda da intenção de compra da TV por assinatura, quando a Rede Globo não faz parte da grade de programação. Fls. 313 a 331.*

55. *A reportagem da revista PAY-TV contém informações sobre a união da ESPN e FOX Sports com a “maior atacante nacional, as Organizações Globo”. Diz ainda in verbis:” Não bastasse isso, numa negociação paralela, a Globosat adquiriu um quarto das ações de seu único adversário em campos nacionais, a ESPN Brasil, minando assim qualquer possibilidade de concorrência na cobertura esportiva local. Mas afinal contra quem a poderosa programadora nacional de TV paga arma-se tanto?*

Os inimigos oficialmente declarados são PSN e a DIRECTV.[...]

Há ainda um outro fator de relevância. A Globosat tem agora nas mãos três canais esportivos-SportTV, ESPN Fox Sports e ESPN Brasil-para negociar no apetitoso mercado publicitário nacional, [...]. Um pacote de patrocínio envolvendo todas estas marcas faz frente a nenhum outro canal pago, mas sim à própria TV aberta, onde a Globo já abocanha a maior fatia.” O Ato de concentração encontra-se no CADE.

56. *A documentação sobre a Lei americana que regulamenta a recepção doméstica de sinais de televisão via satélite apresenta-se às fls. 333 e seguintes.*

57. *O parecer da Procuradoria deste Conselho em análise preliminar, menciona a não comunicação do ato ou contrato da constituição da empresa NET SAT, operadora do sistema SKY, empresa que mantém relação societária com a Rede Globo de Televisão. Justifica a necessidade da apresentação deste ato, pelo fato de as empresas envolvidas – Rede Globo de Televisão, Telecommunications International e News Corporation- apresentarem faturamento de mais de R\$ 400 milhões, e possuem mais de 20% de participação no mercado.*

58. *O parecer caracteriza o sinal da Globo como sendo um insumo da operadora do serviço de DTH, sendo assim “a recusa da TV Globo em negociar o sinal com a operadora de DTH impede ‘ o acesso de concorrentes às fontes de insumos”’.*

59. *Afirma que o sinal da Globo é sim um diferencial comercial, e que a conduta da Globo em não negociar constitui flagrante infração à ordem econômica. Sendo assim conclui in verbis:*

“Ante o exposto, e pelo que mais consta nos autos, esta Procuradoria, opina pela procedência da representação formulada para determinar a imediata abertura de negociações visando veiculação do sinal da TV Globo pela Directv, consoante os usos e costumes comerciais, com cominação de multa por seu descumprimento.”

60. *Aos 09 de janeiro de 2001, a Representante juntou documentação sobre uma Conferência ocorrida em Nova Iorque no mês de outubro de 2000, promovida pela Goldman Sach, empresa contratada pela Globo para vender ADR's da Globo cabo.*

61. *Nesta Conferência foram distribuídas brochuras que contêm uma detalhada explicação sobre o funcionamento do mercado televisivo, tanto da televisão aberta, como das TV's por assinatura; sobre a concorrência que a Globo tinha neste setor; sobre a legislação reguladora; sobre os riscos e sobretudo sobre as qualidades comerciais que a Globo através da Globo cabo detinha.*

62. *Com as brochuras as Representadas explicam que a Globo Cabo era a maior empresa brasileira de TV a cabo, com 1,47 milhões de inscritos e demais informações sobre a empresa. Mais adiante discorre sobre a importância de as produções nacionais estarem presentes nas programações de TV paga. In verbis (tradução livre) “A quintessência das produções de programas locais é claramente popular, e nós acreditamos que seja uma necessidade para que a tv paga tenha condições de obter um grande pedaço do mercado.”*

63. *Percorrendo o conteúdo de todo o documento pode-se retirar trechos como os abaixo transcritos. Fls. 687 e seguintes). (tradução livre).*

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

64. A **Lei de must-carry** diz respeito à determinação legislativa imposta às redes abertas de oferecerem seus sinais para as empresas de tv a cabo, como a TVA. Esta mesma legislação entretanto não é determinada para as empresas de MMDS e DTH, como a seguir se observa:

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

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

[...]

“ Nós não prevemos nenhuma mudança adversa na atual legislação governamental que possa causar impacto no valor das ADR’s da Globo Cabo. A mudança na legislação que mais afeta os negócios da Globo Cabo é a lei de must-carry para a programação nacional, que apenas se aplica às empresas de tv a cabo (e não p/ MMDS e DTH). Se a Lei de must-carry for estendida às empresas de DTH e MMDS, isto seria negativo para a Globo Cabo, porque nós acreditamos que competidores como TVA e Galaxy (DIRECTV) seriam beneficiadas pelo fato de poderem carregar a programação da TV Globo. Entretanto, nós não prevemos nenhuma mudança na legislação de must-carry.”

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

[...]

“ Porque algumas tv’s abertas não aceitam retransmitirem seus sinais para as tv’s pagas?

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

[...]

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

65. É possível ao longo do texto detectar outras passagens nas quais a Globo Cabo fala das vantagens de fazer parte das Organizações Globo, da força que tem sua programação nacional, e da vantagem de a Lei de must-carry não se aplicar às empresas de DTH e MMDS.

É o Relatório

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA

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

PRELIMINARMENTE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dissídio inexistente, bem sequer regularmente comprovado.

Recursos especiais não conhecidos.

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

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

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

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

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

Recurso especial não conhecido.

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

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

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

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

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

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

Divergência jurisprudencial não configurada.

Agravo regimental improvido.

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

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

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

NO MÉRITO

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

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

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

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

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

DISTINÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO DOS SINAIS DE TELEVISÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE – PRODUTO

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

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

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

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

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

DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE – GEOGRÁFICO

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

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

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

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

POSIÇÃO DOMINANTE DAS REPRESENTADAS

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

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

“Perfil da empresa:

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

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

⁴ “Company profile

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ÂMBITO ADMINISTRATIVO E CONCORRENCIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

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

¹³ Affaire ADP et AIR FRANCE contre TAT European Airlines, in *Revue de la Concurrence et de la Consommation – Droits et marchés*. Nº 112, Nov.-Dez. 1999, pp.27-29.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA DA ÁREA DE TELECOMUNICAÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I – canais básicos de utilização gratuita:

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

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

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

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

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

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

INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ARTIGO 23

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“7.1. A permissionária do Serviço DTH poderá:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ORDENAMENTO JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

83. O Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior observa:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANÁLISE DA DEFESA DAS REPRESENTADAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Pobre Hughes!!!

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

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

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

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

LIBERDADE DE CONTRATAR - RECUSA DE CONTRATAR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹ L’Articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence, *Revue de la concurrence et de la consommation*. Paris, Documentation Française, nº 115, Mai-Juin 2000, p. 6-7.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A DOUTRINA DA “ESSENTIAL FACILITY”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

121. A Federal Communications Commission observa ainda:

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

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

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

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

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

A POSIÇÃO DA COMUNIDADE EUROPÉIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴¹ Ibid. nº 66.

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

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

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

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

133. Na decisão proferida, o Tribunal afirmou:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RECUSA DE CONCEDER ACESSO A UMA INFRAESTRUTURA ESSENCIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA PREVENTIVA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DECISÃO

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

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

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

⁴⁹ Decisão citada, nº 56.

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

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

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

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

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

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

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

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

É o voto.

Brasília-DF., 07 de março de 2001.

João Bosco Leopoldino da Fonseca
Conselheiro-Relator

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

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

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

RAZÕES DO VOTO DE VISTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

QUESTÃO PRELIMINAR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.....

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

DO MERÍTO

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

rar fatos nos quais a “TVA, atual GALAXY, representa contra a TV GLOBO Ltda e TV GLOBO São Paulo Ltda, com a denúncia de exercício de abuso de posição dominante no mercado, através da recusa em contratar e conduta discriminatória”.

O item 14 do Voto do Ilustre Relator diz que:

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

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

“A TVA-GALAXY, através da DIRECTV demonstrou por meio de pesquisas de opinião, que o sinal da TV Globo é um diferencial – valor agregado que interfere na escolha do consumidor, fazendo com que a falta do mesmo signifique perda no mercado. Tal fato foi apontado pela própria Globo, a fls. 689 e seguintes, como vantagem concorrencial”. (GRIFEI)

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

Acolho os entendimentos contidos no Voto do I. Relator no que concerne ao título, “e seu conteúdo” **DISTINÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO DOS SINAIS DE TELEVISÃO**, incluindo os itens 18 a 27, principalmente no que concerne ao item 24 que afirma ser “ponto pacífico entre Representante e Representadas que os canais da rede aberta devem estar acessíveis ao sistema por assinatura de TV a cabo. O que se discute é se os sistemas, também por assinatura, de MMDS e DTH também teriam direito ao acesso aos canais da rede aberta. A lei invocada, no caso, é a Lei 8.977/95, e nela especificamente o artigo 23, conhecido na linguagem técnica como dispositivo “must carry”.”

DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE – PRODUTO

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

“RICHARD WHISH ensina que, para se verificar se uma empresa é detentora de posição dominante, há que serem examinadas

preambularmente algumas questões complexas. É essencial salientar que a dominância não existe em abstrato, mas em relação a um determinado mercado. Daí a necessidade da análise do mercado em três perspectivas: o mercado do produto, o mercado geografico e o mercado temporal.” (Competition Law. Third edition. London, Butterworths, 1993, p. 248-249).”

Continua o voto do Relator no item 29:

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

Em observação de nota de rodapé contida no voto do I. Conselheiro Relator, relativamente ao item 30 consta: “No caso Continental Can, o Tribunal afirma que, para se delimitar o mercado do produto, se deve investigar “aquelas características dos produtos em questão em virtude das quais eles são particularmente aptos para satisfazer uma necessidade inelástica e são, somente dentro de uma limitada extensão, intercambiáveis com outros produtos” (Caso 6/72 [1973]). Semelhantemente, no caso Unidet Brands, em que o apelante argumentava que bananas pertenciam ao mesmo mercado de outras frutas, o Tribunal afirmou que tal questão estaria na dependência de bananas poderem ser “diferenciadas por características especiais que as distingam de outras frutas de sorte que sejam dentro de determinado limite intercambiáveis com elas e estejam expostas à sua concorrência de uma forma dificilmente perceptível (Caso 27/76 [1978]).”

Encerra o Conselheiro Relator concluindo que:

“do ponto de vista da intercambialidade, pode-se dizer, no presente caso que o mercado relevante, quanto ao produto, é o de serviços de distribuição de sinais de televisão e de áudio via satélite – DTH (direct to home).” (GRIFEI)

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

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

Registra-se que;

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

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

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

Prossegue o Parecerista da DIRECTV:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.....

.....

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

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

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

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

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

POSIÇÃO DOMINANTE DAS REPRESENTADAS

De acordo com o voto do Relator, as Representadas:

“reconhecem e confessam” que exercem domínio de mercado quanto à rede aberta, detendo aproximadamente 50% do total de telespectadores e 70% do total de anúncios comerciais, “um faturamento que, apesar de desconhecido seu exato valor é possível supor que seja bem elevado, além, é claro, da notória preferência nacional pelas novelas e telejornais”. (diz o Conselheiro Relator).

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

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

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

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

Vejamos o que diz o Professor Arthur Barrionuevo:

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

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

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

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

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

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

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

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

E continua o Professor Barrionuevo:

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

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

.....

.....

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

.....

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

.....

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

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

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

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

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

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

A Globo (SKY) apresentou os seguintes dados.

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

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

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

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

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

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

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

“[.....]”.

“Nós não prevemos nenhuma mudança adversa na atual legislação governamental que possa causar impacto no valor das ADR's da Globo Cabo. A mudança na legislação que mais afeta os negócios da Globo Cabo é a lei de must-carry para a programação nacional, que apenas se aplica às empresas de tv a cabo (e não para MMDS e DTH). Se a Lei de must-carry for estendida às empresas de DTH e MMDS, isto seria negativo para a Globo Cabo, porque nós acreditamos que competidores como TVA e Galaxy (DIRECTV) seriam beneficiadas pelo fato de poderem carregar a programação da TV Globo. Entretanto, nós não prevemos nenhuma mudança na legislação de must-carry”.

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

“[.....]”.

“Por que algumas TV's abertas restringem a retransmissão pelos serviços de TV PAGA?”

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

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

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

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

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

“DIRECTV Latin América, LLC

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

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

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

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

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

Novembro 2000

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

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

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

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

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

ÂMBITO ADMINISTRATIVO E CONCORRENCIAL

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

Afirma o I. Conselheiro, no item 43: “Relembre-se decisão do Tribunal de Conflitos da França, a que já fiz referência em outras decisões. Observa MICHEL MAIGRE que já desde alguns anos, o Conselho de Estado vem se enveredando no caminho da percepção do direito da concorrência no direito dos serviços públicos. Esta circunstancia não conseguiu afastar as incertezas relativas à articulação das competências contenciosas entre as duas ordens de jurisdição para aplicar as regras de concorrência aos atos dos organismos públicos ou privados que sejam depositários de uma autoridade pública”. (cita, para tanto, o caso ADP e AIR FRANCE, contra TAT European Airlines).

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

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

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

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

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA DA ÁREA DE TELECOMUNICAÇÃO

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

INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ARTIGO 23

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“59. Observo, em primeiro lugar, que a redação para ser mais complacente, do art. 7º cima invocado é no mínimo contrária à Constituição. Deve-se dizer que “as normas gerais de proteção à ordem econômica”, que são justamente aquelas enumeradas no Título VII do texto constitucional, são sempre aplicáveis. As normas desta Lei (a Lei 9472/97) é que somen-

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

Mas o que diz o art.7º?

O art. 7º diz que :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Continua a DIRECTV:

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

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

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

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

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

“66. Esta interpretação teleológica é a única compatível com a visão do legislador expressa na Lei 4117, de 1962, que dispõe sobre Serviços Especiais. No art. 4º desta lei o legislador que “para os efeitos desta lei constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, electricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.”

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

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

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

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

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

“2.2. Serviço MMDS é uma das modalidades de Serviços Especiais, regulamentado pelo Decreto nº 2.196, de 08 de abril de 1997, que se utiliza de faixa de microondas para transmitir sinais a serem recebidos em pontos determinados dentro da área de prestação do serviço.”

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

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

“2.1. O Serviço DTH é uma das modalidades de Serviços Especiais regulamentados pelo Decreto nº 2196, de 08 de abril de 1997, que tem como objetivo a distribuição de sinais de televisão ou de áudio, bem como de ambos, através de satélites, a assinantes localizados na área de prestação de serviço”.

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

“7.1. A permissionária do Serviço DTH poderá:

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

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

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

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

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

“7.9. Diante de situação concreta ou de reclamação fundamentada sobre pontos como abuso de preço, condições contratuais abusivas, tratamento discriminatório ou práticas tendentes a eliminar desleal-

mente a competição, o Ministério da Comunicações poderá determinar a implementação das medidas cabíveis, sem prejuízo de o reclamante representar o caso perante outros órgãos governamentais competentes.”

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

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

“74. Todos estes dispositivos regulamentares devem ser vistos dentro do contexto constitucional acima explicitado e do contexto dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8884/94, visualizando o comportamento das empresas prestadoras de serviços públicos, por concessão, no âmbito concorrencial do mercado.

Pois bem, vejamos os equívocos:

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

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

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

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

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

Conforme afirma Dra, Neide Terezinha Malard:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“2.1. O Serviço DTH é uma das modalidades de Serviços Especiais regulamentados pelo Decreto nº 2196, de 08 de abril de 1997, que tem como objetivo a distribuição de sinais de televisão ou de áudio, bem como de ambos, através de satélites, a assinantes localizados na área de prestação do serviço”.

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

“7.1. A permissionária do Serviço DTH poderá:

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

7.1.1. O disposto no item 7.1 não exige a permissionária da observância da legislação de direito autoral, inclusive quando for o caso,

da necessidade de autorização da detentora do direito para transmissão ou edição desses programas”. (GRIFEI)

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

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

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

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

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

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

“73. em relação ao assinante do serviço, a referida Portaria dispõe, no item 8.1, Verbis:

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

“74. todos estes dispositivos regulamentares devem ser vistos dentro do contexto constitucional acima explicitado e do contexto dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8884/94, visualizando o comportamento das empresas prestadoras de serviços públicos, por concessão, no âmbito concorrencial do mercado.

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

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

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

ORDENAMENTO JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA

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

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

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

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

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

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

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

Diz o Conselheiro Relator no nº 75 de seu voto:

“75. O art. 20 da Lei 8884/94, seguindo os parâmetros da legislação da Comunidade Européia, estabelece critérios que devem nortear a pesquisa da existência de condutas que possam ser consideradas anticoncorrenciais, dispondo que constituem infração da ordem econômica estabelecida primordialmente no Título VII da Constituição Federal “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”, como ainda “dominar mercado relevante de bens ou serviços” e fundamentalmente “exercer de forma abusiva posição dominante”.

No nº 76 o Sr. Conselheiro completa:

“76. Sob este comando, deve ser verificada a presença de dois critérios fundamentais: a empresa cuja conduta deve ser examinada deve ter posição dominante no mercado relevante em questão; em segundo lugar, mas visceralmente ligado ao primeiro pressuposto, a em-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A recusa da Globo precisa ser analisada em dois aspectos:

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

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

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

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

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

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

I-.....

II- dominar mercado relevante de bens ou serviços.

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

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

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

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

“Contudo, entre nós quando se trata de concessão ou permissão de rádio ou de televisão, tal regra é inteiramente ignorada, seguindo-se, quando muito disfarçadamente, a velha tradição do mero favoritismo. Como se sabe, é grande o número de congressistas que desfrutam de tal benesse. Neste setor reina – e não por acaso – autêntico descalabro. A questão é particularmente grave porque, em País de alto contingente de iletrados e no qual a parcela de alfabetizados que lêem o mesmo jornal é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente, e, de outro lado, formam, a seu sabor, a opinião pública, de tal sorte que os senhores de tais veículos dispõem de um poder gigantesco....”

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

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

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

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

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

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

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

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

.....

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

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

.....

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

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

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

Continua o I. Relator no item 82:

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

Vejamos o que acontece na prática.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DA EXCLUSIVIDADE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Às fls. 35 continua Ruy Santacruz:

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

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

LIBERDADE DE CONTRATAR E RECUSA DE CONTRATAR

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

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

A DOCTRINA DA “ESSENTIAL FACILITY”

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

A POSIÇÃO DA COMUNIDADE EUROPÉIA

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

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

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

RECUSA DE CONCEDER ACESSO A UMA INFRA-ESTRUTURA ESSENCIAL

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

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

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

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

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

1- O sinal de TV Aberta da Rede Globo não constitui produto essencial para o Serviço de TV por Satélite DTH, a nenhuma empresa, nem mesmo à SKY que é parceira da Globo.

2- No serviço a Cabo os sinais das TV(s) abertas brasileiras são carregados obrigatória e gratuitamente e nem por isso a DIRECTV está demonstrado que o sinal da Globo é essencial para o desenvolvimento.

3- No serviço de TV por Satélite, DTH, a DIRECTV concorre com a SKY (GLOBO) em condições harmônicas de crescimento e participação de mercado e está sobrevivendo até o presente momento sem o sinal da Globo.

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

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

VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO THOMPSON ANDRADE

O produto relevante a ser examinado é o de prestação de serviços de tv por assinatura com transmissão por satélite. Os ofertantes deste produto, dadas as suas características atuais, são poucos no Brasil; os dois principais são a SKY (empresa ligada à Globo) e a DIRECTV.

Em algumas regiões do país existem outros serviços semelhantes oferecidos, os quais competem com as tvs por satélite, como é o caso da tv por assinatura por cabo e o MMDS.

O serviço prestado por estas empresas de tv por satélite é o de acesso a uma variada programação de tv constituída de vários canais, compreendendo um amplo conjunto de programas, oferecidos aos assinantes de forma a satisfazer os interesses destes em relação à busca de informações, cultura e entretenimento.

O serviço produzido pela SKY e pela DIRECTV, portanto, é o acesso a um conjunto de canais oferecidos e seus respectivos programas de tv. A produção deste serviço depende, como em qualquer atividade produtiva, dos insumos (fatores de produção) utilizados. No caso em análise, um destes insumos é a própria programação oferecida, pois na realidade estas empresas são transmissoras dos programas contratados junto aos produtores dos mesmos. As empresas SKY e DIRECTV, como qualquer outra empresa que atue na prestação deste serviço de tv por assinatura, vão ao mercado e contratam os programas que desejam exibir nos seus vários canais.

Existe, pois, um mercado de demandantes (SKY, DIRECTV e outros) e de ofertantes (as empresas produtoras dos programas). Naturalmente, demandantes e ofertantes competem entre si em termos de preço, qualidade e outros atributos, para adquirir e vender os programas de tv. O sucesso de uma tv por assinatura depende, além de outros fatores de produção (como, por exemplo, o seu empenho em vendas), da sua capacidade de contar com uma grade de canais que ofereça os programas mais desejados pelo público, o que facilitará a manutenção de seus assinantes e a venda de novas assinaturas. Desta forma, é de esperar que haja uma disputa entre as tvs por assinatura para ter em sua programação os canais que aos olhos do público ofereçam uma vantagem competitiva.

Entre os produtores de programas, potenciais ofertantes de programas às tvs por assinatura por satélite, estão as tvs abertas, como a Tv Globo, a

Tv Bandeirante, o SBT, a Record e outras. Cada uma destas tvs abertas tem a sua programação diária, a qual pode ser do interesse das tvs por satélite disponibilizar como um dos canais acessáveis por seus assinantes. É bem verdade que os sinais transmitidos pelas tvs abertas em princípio são captáveis livremente por qualquer aparelho de tv e, portanto, poderia ser interpretado como uma redundância oferecê-los como um canal na tv por satélite. Entretanto, dificuldades de captar o sinal da tv aberta em algumas áreas e permitir uma qualidade de imagem superior àquela que poderia ser captada nas mesmas significam um outro tipo de serviço prestado pelas tvs por satélite. Além do mais, a comodidade de acessar o canal da tv aberta no próprio controle remoto pode representar algo mais em termos do valor que o potencial assinante atribui ao serviço prestado pelas tvs por satélite. Portanto, não deve restar dúvidas que captar o sinal da tv aberta pela própria tv ou usando uma antena interna ou externa e captar este sinal via retransmissão de uma tv por satélite são serviços inegavelmente diferentes para um usuário deste tipo de serviço.¹

Ter entre os seus canais oferecidos aos assinantes um ou mais canais exclusivos (com programação proveniente de um sinal aberto ou não) é uma forma de diferenciar o seu produto, uma estratégia comercial usada por qualquer empresa neste ramo que deseje reforçar sua capacidade de disputar um mercado e de cobrar preços que remunerem seu esforço em oferecer ao assinante uma variedade de programação considerada mais adequada pelo usuário do serviço.

A SKY, entre os canais oferecidos aos seus assinantes, disponibiliza aos mesmos os programas transmitidos pelas emissoras de tv com sinal aberto componentes da Rede Globo de Televisão na área de sua residência. Portanto, os assinantes da SKY têm no seu controle remoto a possibilidade de escolher entre os canais à sua disposição aquele referente ao da Rede Globo. A DIRECTV não faz o mesmo porque, diferentemente da SKY, não tem permissão da Rede Globo para retransmitir os sinais abertos daquela Rede, mesmo estando disposta a pagar por estes sinais. A DIRECTV alega, portanto, que a Globo recusa-se a negociar a cessão dos seus sinais, preferindo cedê-los à sua associada SKY. Ao fazer isto, a Globo estaria infringindo o inciso XIII do artigo 21 da lei 8884/94, o qual diz que “*recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais*” é uma conduta infrativa a lei da concorrência.

¹ Aliás, se isto não fosse verdade, não haveria justificativa para a SKY retransmitir o sinal aberto da Globo e divulgar que é a única tv por assinatura que o faz, e que a DIRECTV deseje fazê-lo também

Sabe-se que os programas de sinal aberto da Globo têm uma elevada audiência e que, por isto, ter entre os canais oferecidos um que disponibilize o acesso à Globo é um *plus*, adicional ao conforto oferecido em liga-lo diretamente e de permitir concretamente a conexão nos casos em a transmissão não é captada ou não é captada com um nível de qualidade satisfatório. Do ponto de vista competitivo, não me resta dúvida que esta diferenciação deve ter alguma relevância. Sob este aspecto, não estou convencido de que a pesquisa feita pela ANATEL, a qual procurou captar o efeito da disponibilização do sinal da Globo pela SKY nas vendas de assinaturas da mesma e da DIRECTV, tenha sido suficientemente robusta para isolar este efeito; métodos econométricos mais elaborados poderiam e deveriam ser usados com esta finalidade.²

Portanto, do ponto de vista econômico tem-se a seguinte situação: os concorrentes no mercado de tv por satélite, particularmente a SKY e DIRECTV, disputam neste mercado, cada um deles oferecendo aos seus assinantes efetivos e potenciais os canais que puderam reunir indo ao mercado de produtores de programas. Dentre os muitos canais diferentes que oferecem e que podem fornecer elementos de diferenciação que distingue uma tv por satélite de outra, existe um canal oferecido pela SKY, aquele que retransmite o sinal aberto da Rede Globo, o qual alegadamente pela DIRECTV prejudica a sua capacidade de competir do mercado. Este prejuízo concorrencial só poderia ser eliminado se a Globo cedesse o sinal a todos os concorrentes neste mercado, particularmente à DIRECTV.

O pressuposto básico desta interpretação de que o fato da SKY ter o sinal aberto da Globo implica que este sinal é um insumo essencial do ponto de vista competitivo. Assim, uma tv por satélite que não tenha este sinal inesoravelmente possuirá uma capacidade competitiva menor e, no limite, tenderia para uma situação na qual a SKY poderia abusar do seu elevado poder de mercado. Como só a SKY detém com exclusividade este acesso, este mercado caminharia para uma situação não competitiva se as condições estruturais persistirem. Ter este sinal significaria uma vantagem competitiva que impediria a livre concorrência neste mercado, com efeitos finais negativos para os assinantes.

² A bem da verdade, se o resultado da pesquisa for a de que a cessão do sinal aberto da Globo à SKY não tem qualquer efeito na concorrência, é paradoxal que a Globo resista à cessão do mesmo à DIRECTV porque ela produziria apenas um efeito benéfico para a Globo do ponto de vista comercial, qual seja, aumentaria a audiência de seus programas.

É preciso examinar primeiramente se este insumo é essencial para que haja concorrência neste tipo de atividade produtiva.

Essencialidade de um fator de produção, do ponto de vista econômico, significa que em um dado processo produtivo este insumo tem presença indispensável e insubstituível na combinação dos insumos necessários à produção. Em outras palavras, admitindo que exista uma função de produção que relacione a quantidade produzida de um bem ou serviço S às quantidades dos x_i 's insumos utilizados, tal que $S \geq 0$ para quantidades x_i 's ≥ 0 , o fato de um dado insumo x_i ser essencial implicaria que $S = 0$ sempre que $x_i = 0$, ou seja, não estiver presente.

Supor que o insumo é essencial implica em aceitar neste caso que a tv por satélite que não tenha o sinal da Globo não teria condições de fazer uma combinação de canais disponibilizados que gere nos assinantes um nível de utilidade, dada uma restrição orçamentária do assinante e dado o preço da assinatura, pelo menos igual à utilidade produzida, nas mesmas condições, pelo conjunto de canais oferecidos pela SKY. Em outras palavras, não haveria como compensar a inexistência de um canal com o sinal da Rede Globo oferecendo um conjunto de outros canais, seja aumentando o seu número, seja melhorando a qualidade dos disponíveis ou ambos, seja, ainda, reduzindo os custos da assinatura.

A primeira questão que se impõe responder é a seguinte: Qual é a evidência nos autos da essencialidade (entendida na forma acima) deste insumo?

Não consigo vislumbrar nos autos uma demonstração da essencialidade do sinal da Globo. Na verdade, o que contém nos autos é a manifestação de que a DIRECTV tem conseguido sobreviver a esta eventual desvantagem concorrencial, podendo ser presumido que o faz às duras penas, com esforço para vencer ou diminuir a vantagem concedida à SKY. Logo, a DIRECTV foi capaz de oferecer um conjunto de canais e a exercer um empenho de vendas capaz de suplantando esta desvantagem. Se assim o é, isto é prova que este insumo não é essencial no sentido econômico.

Obviamente, não se pode negar, que dada a grande preferência de público que a Rede Globo tem, ser possível à SKY oferecer um canal que tenha este sinal na sua grade de canais acessáveis é uma vantagem, como já mencionei acima. Afinal, como esclareci, são dois serviços diferentes. Ter

uma vantagem concorrencial, entretanto, não invalida a competição entre empresas. Suprimir a possibilidade de gerar e possuir uma vantagem concorrencial, obrigando a empresa concorrente a perder esta vantagem, sinalizaria erradamente ao mercado do ponto de vista da eficiência econômica. Isto implicaria em adotar um sistema de incentivos que funcionaria ao reverso, qual seja puniria os investimentos por ganhos de produtividade que permitiram aumentar a eficiência.

O parágrafo acima, obviamente, admite de forma implícita que economicamente não é justificado que vantagens concorrenciais legitimamente construídas sejam eliminadas arbitrariamente para permitir que os demais concorrentes no mercado possam competir em condições menos desfavoráveis.

A segunda questão que se impõe responder é a seguinte: A vantagem obtida pela SKY não é própria, portanto anticoncorrencial ?

Não há nada de errado no fato de que uma dada vantagem concorrencial de uma empresa não tenha sido gerada internamente e sim resultado de um acordo feito com outra empresa. O fato de a SKY ser uma empresa com participação acionária da Globo não deve ser levada em conta para condenar a vantagem obtida pela primeira já que a relação vertical existente entre elas não impede o acesso das demais tvs por satélite ao mercado de produtores de programas de tv. O disposto no inciso VI do artigo 21 da lei 8884/94, qual seja, a conduta infrativa à concorrência de “impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição” não pode ser avocado ao presente caso, pois que os concorrentes têm ampla possibilidade de se dirigir ao mercado de produtores e negociar a contratação dos programas oferecidos por estes. O fato de a SKY possuir a exclusividade na retransmissão do sinal aberto da Globo para o caso das tvs por satélite só seria uma situação de conduta infrativa à lei da concorrência se este insumo fosse único e indispensável, ou, em outras palavras, essencial à competição entre estas tvs. Esta essencialidade, entretanto já foi descartada na forma examinada neste voto.

A despeito de ter sido considerado que o sinal da Globo não ser um insumo essencial à concorrência no mercado das tvs por satélite, já que se entende que este insumo é substituível, uma consideração adicional que poderia ser feita sobre a sua importância estaria relacionada com a sua capacidade de ser único, ou impossível de se obter um insumo que seja uma réplica daquele da Globo.

A terceira questão que se impõe responder é a seguinte: O sinal aberto da TV Globo é um insumo único, não-reproduzível, afetando a concorrência entre as tvs por satélite?

A despeito da qualidade da programação exibida pelas emissoras ligadas à Rede Globo e do elevado nível de audiência obtido pelos seus programas, considerar a qualidade do seu conteúdo como algo que não pode ser reproduzido por outra empresa do mercado de produtores de programas é uma conclusão que não tem sustentação empírica. No curto prazo pode até ser aceitável que haja elevadas dificuldades para que uma produtora de programas de tv tenha a capacidade de desenvolver a quantidade e a qualidade de programas semelhantes aos produzidos pela Globo. Entretanto, no médio e no longo prazos esta capacidade poderá ir sendo construída pouco a pouco e aí está o próprio exemplo da Globo que conseguiu superar as condições mais favoráveis que existiam em favor das emissoras de tv da Rede Associadas. A rede do SBT e a rede da Record estão aos poucos sendo capazes de oferecer uma programação que capta um percentual significativo de telespectadores. É inegável que o fato de que a SKY presentemente ter a exclusividade do sinal da Globo lhe dá uma vantagem competitiva na disputa no mercado de tvs por satélite no curto prazo dada a dificuldade de se ter um canal “réplica” que seja um substituto perfeito do mesmo. Entretanto, é difícil sustentar que haja barreiras intransponíveis à entrada no mercado de produtores de programas de tv e de que o uso do sinal aberto permitido pela Tv Globo (que o cede à sua associada SKY) é anticompetitivo no mercado de tvs por satélite.

Entrar no mercado de produtores de programas de tv com possibilidade de concorrer no mesmo nível com a “produtora” Globo para produzir algo um insumo perfeito substituto certamente exigirá elevados níveis de investimento, ampla experiência no ramo e significativa capacidade administrativa. Cabe ao mercado gerar os incentivos para esta possibilidade se efetive e estes incentivos já existem. Se eles são suficientemente atrativos vis-a-vis outras alternativas de investimentos é algo a ser examinado pelos empreendedores. O fato de um concorrente no mercado de tvs por satélite ter como insumo um canal com programas de excelente qualidade e com elevado interesse dos telespectadores e um outro não possuir o mesmo insumo não pode ser considerado como anticompetitivo. Na verdade, a competição esperada entre estas tvs é justamente poder concorrer entre si oferecendo as opções desejadas pelos consumidores deste tipo de serviço. A capacidade de fazê-lo depende dos concorrentes no mercado e não da concorrência. Esta estará presente, com ofertantes mais ou menos capazes de satisfazer a demanda presente neste mercado.

Estes são os meus argumentos para justificar a minha decisão pelo arquivamento do presente processo.

Brasília, 20 de junho de 2001

THOMPSON ANDRADE
Conselheiro

**VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO AFONSO ARINOS DE MELLO
FRANCO NETO**

A Representação

A representante é a TVA Sistema de Televisão SA, no interesse do seu serviço de DTH, denominado DirecTV.

As representadas são TV Globo Ltda e TV Globo São Paulo Ltda, ambas designadas em conjunto como Globo.

A conduta em questão consiste na recusa da representada a celebrar contrato de autorização para que a programação de TV aberta da Globo seja distribuída pela TVA em condições não discriminatórias, similares àquelas em que se dá o fornecimento da mesma programação a outra prestadora do mesmo serviço, denominada Sky, recusa que se manifestou na falta de resposta à solicitação da representante.

A Sky pertence à empresa NetSat Serviços Ltda, associada à representada e pertencente à Net Brasil SA, do grupo Globo.

A TVA alega que a programação de TV aberta da Globo, por seu domínio de mercado, é de presença imprescindível em qualquer serviço de DTH que queira competir com a Sky nos mercados locais onde ela a transmite (atualmente, em Porto Alegre, Belo Horizonte, Rio de Janeiro e São Paulo): "..estando a preferência, os gostos e sobretudo o hábito do telespectador fortemente condicionados pela programação da rede aberta, em particular pela programação da líder nacional de audiência, a dificuldade de acesso à distribuição da programação dessa modalidade de serviço constitui-se em expressiva barreira à entrada no submercado relevante de serviços DTH, para o qual não existe a obrigatoriedade de distribuição dos sinais da rede aberta, diferentemente do caso da TV a cabo..."(fls06)

Quanto à possibilidade de acesso à tal programação pelo sinal aberto convencional, a representante argumenta que a possibilidade do assinante de DTH comutar entre as antenas de DTH e a normal traz os problemas, dentre outros, de que muitas residências não possuem antena adequada ou estão mal posicionadas geograficamente para receber o sinal de redes abertas, e de que os telespectadores terão de fazer trocas sucessivas e repetidas entre as posi-

ções do seletor para assistir a programações dos dois sistemas, causando desconforto e desestimulando o usuário.

A qualidade da recepção pode variar entre a TV a cabo e o sistema MMDS, duas modalidades de TV por assinatura, de acordo com características do meio físico (topografia, densidade de prédios altos, etc), já que o sinal do MMDS é transmitido por microondas, ponto a ponto, na linha de visão. A representante ameniza os custos da ausência do sinal pleiteado para o sistema MMDS, em relação aos alegados custos enfrentados pelo sistema DTH, já que, segundo a TVA, "O assinante de um sistema que utilize esse sistema (MMDS), no entanto, pode receber os canais abertos, desde que disponha de uma antena 'normal', o que não causa qualquer desconforto operacional em relação ao sistema de cabo".

A representante pleiteia que lhe seja dada a oportunidade de transmitir os sinais de TV aberta da Globo, a preços não discriminatórios com relação ao pagos pela Sky, em todos os mercados locais para onde a Sky também os transmite.

O inciso XIII do art 21 qualifica como infração à ordem econômica a conduta de:"recusar a venda de bens ou a prestação de serviços , dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais"

As condutas do art 21 só configuram infrações na medida em que também atendam hipótese prevista no art 20. A recusa de venda só é ilícita na medida em que serve como instrumento de abuso do poder econômico, ou seja, a representante deve provar que a recusa em contratar é exclusionária ou anticompetitiva no sentido econômico. Não havendo a hipótese, nenhum agente econômico é obrigado a contratar com quem não deseja, sendo lícita a recusa.

Para que a recusa seja anti-concorrencial, por sua vez, é necessário que o bem cuja venda é recusada seja essencial para permitir a concorrência de quem o pleiteia com quem o recusa.

A definição de facilidade essencial (essencial facility), entretanto, não se adapta perfeitamente ao bem cuja venda é recusada. A facilidade essencial, em geral, deve ter características de escala que configuram barreiras à entrada praticamente intransponíveis pelo lado da oferta (caso de pontes, portos, meios de transporte, outros bens de capital). A programação televisiva tem características únicas que configuram um mercado de produtos diferenciados pela demanda. A diferenciação do conteúdo da programação entre con-

correntes na distribuição não necessariamente configura os impedimentos à concorrência inerentes ao conceito de facilidade essencial.

O problema analisado pela ANATEL em seu parecer é o de definir o caráter de essencialidade da programação da Globo, no que se refere à viabilidade da concorrência da DirecTV com a Sky no mercado de distribuição de TV por assinatura, e em particular na modalidade DTH.

Mercados relevantes de produto

Os serviços de radiodifusão compreendem a transmissão de sons (radiodifusão sonora), e a transmissão de sons e imagem (televisão), destinados a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral (regulamento dos serviços de Radifusão Decreto 52795/95)

O serviço de cabo compreende a distribuição de programação de televisão por meio físico, especificamente cabeamento subterrâneo ou aéreo, até o ponto de utilização. O serviço de MMDS corresponde à distribuição de programação de televisão pelo ar, através de microondas emitidas em linha reta por antenas localizadas estrategicamente até a antena receptora ligada ao aparelho do assinante. O serviço de DTH (Serviços de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite) compreende, basicamente, a distribuição de programas de televisão, por meio da transmissão, via satélite, de sinais codificados a serem recebidos diretamente no local determinado pelo assinante. No caso da banda Ku, a recepção se dá através de uma antena parabólica de 60 cm e um decodificador/receptor integrado. No caso da banda C, através de uma antena parabólica de maior tamanho, que caminha para o obsolescimento tecnológico.

Os serviços de programação são realizados por empresas que realizam a própria produção de conteúdo televisivo, ou o adquirem de outra empresa especializada nessa função, organizando com aquele conteúdo grades com programas para serem distribuídos seja pela TV aberta (radiodifusão), seja pela TV por assinatura.

A TVA e a Globo são operadoras dos serviços de distribuição de televisão multicanal por assinatura (TV por assinatura) em mais de uma modalidade. TVA e GLOBO são operadoras, em âmbito nacional, de distribuição de TV por assinatura por DTH, respectivamente, os serviços DirecTV e Sky. A TVA também é operadora de distribuição de TV por assinatura nas modalidades de cabo e MMDS, em vários mercados locais onde detém concessão para tal. A Globo também detém várias concessões para distribuição local dos

mesmos serviços pela modalidade de cabo. A Globo também atua como produtora e programadora de conteúdo televisivo, tanto para a TV aberta quanto para a TV por assinatura.

Temos assim, a princípio, dois mercados relevantes de produto: o de distribuição de programação televisiva e o de programação de conteúdo televisivo, que podem ser subdivididos em sub-mercados. Dentro da distribuição de programação televisiva há uma primeira distinção importante entre a distribuição de TV aberta e a de TV por assinatura. Essa distinção do meio de distribuição também determina uma distinção no mercado de programação de conteúdo entre a programação para TV aberta e a programação para TV por assinatura. A distribuição de TV por assinatura admite ainda a distinção entre as diferentes modalidades de meios de distribuição: o cabo, o MMDS e o DTH.

Quanto à delimitação geográfica dos mercados, os mercados de distribuição de TV aberta, e os de TV por assinatura nas modalidades de cabo e MMDS, são intrinsecamente locais, porque operam sob concessão pública em áreas de limites geográficos definidos, embora não necessariamente coincidentes. Já o mercado de distribuição de TV por assinatura na modalidade DTH é nacional, dadas as características especiais da transmissão dos sinais por satélite, com abrangência em todo o território brasileiro.

Na dimensão do produto, o serviço de distribuição de TV por assinatura tem várias características que o distinguem do serviço de TV aberta tanto dos pontos de vista da demanda quanto pelo da oferta. Pelo lado da demanda, as principais distinções são:

a) O maior número de canais permitido pela tecnologia e, por conseguinte, a maior variedade de programações disponíveis, o que põe ao alcance do usuário, a qualquer tempo, alguma programação da sua predileção, dentre as várias categorias genéricas pelas quais se distribuem as preferências dos consumidores, como esportes, filmes, notícias, turismo, etc.

b) A maior qualidade de imagem que em geral pode ser obtida em condições normais (médias) de condições atmosféricas e localização geográfica do usuário.

c) O acesso restrito e pago.

A variedade de programação é talvez um traço determinante de distinção da TV por assinatura. Tanto a variedade é importante para a demanda, que sistemas com capacidade de transmitir um número menor de canais se tornam obsoletos e são substituídos pelos de maior capacidade. Sendo a variedade a dimensão que define a demanda, a diferenciação de conteúdo da programação disponível é uma característica intrínseca do produto relevante de TV por assinatura.

A distinção, pelo lado da demanda, entre as diferentes modalidades de serviços de distribuição de TV por assinatura, cabo, mmds e dth, se dá principalmente pelo preço, já que são aproximadamente equivalentes quanto à suas capacidades e qualidades de transmissão de sinais televisivos.

Os serviços de programação são realizados por empresas nacionais e estrangeiras. A maior parte das grades de programação (canais) distribuídas na TV por assinatura é produzida por empresas estrangeiras e importada com algumas adaptações do seu conteúdo ao mercado brasileiro, que incluem dublagem ou subtítuloação.

Restrições de acesso à programação como estratégia de predação

O potencial risco anti-concorrencial envolvido na conduta de recusa de contratar está, em última análise, relacionado com a possibilidade de que tal recusa esteja sendo praticada com a intenção ou o efeito de predação de mercados. Estratégias de predação são ações pré-meditadas para causar prejuízos, aumentar os custos de operação ou de entrada de empresas rivais no mesmo mercado, através do cerceamento da demanda pelos seus produtos ou da limitação da oferta de insumos para elas.

Uma empresa pode prejudicar economicamente a outra tomando iniciativas que reduzem a receita de vendas da rival ou que aumentam os custos da rival com a compra de insumos. As formas de produzir esses efeitos são as práticas de estratégias para reduzir a demanda pelos produtos da rival ou reduzir a oferta de insumos para ela, em medidas suficientes para afetar os preços. Se uma empresa pretende cercear a demanda de uma rival no mesmo mercado, então ela deve induzir os compradores desse mercado de produto, inclusive os seus próprios clientes, a não comprar da rival. Se a empresa pretende limitar a oferta de insumos para a concorrente, então ela deve convencer os fornecedores daquele mercado de insumo, inclusive possivelmente os seus próprios fornecedores, a não fornecer para a rival.

Há várias situações econômicas que justificam ou racionalizam a intenção e a disposição das empresas para pôr em prática estratégias de predação.

Uma dessas situações pode ter origem na natureza irrecuperável dos custos de instalação de uma planta, que devem ser recuperados ao longo do tempo pelo influxo de lucros operacionais.

Suponha-se o caso de uma empresa que tenha uma parte importante dos seus investimentos em instalações e equipamentos na forma de custos irrecuperáveis, isto é, bens de capital sem valor considerável no mercado secundário. A natureza irrecuperável do capital reduz a zero o seu custo de oportunidade para a firma. Depois de incorridos os custos de investimento, a firma espera poder recuperá-los com receitas operacionais em valor que seja no mínimo suficiente para cobrir as despesas operacionais e as amortizações do investimento.

Suponha-se que outra firma surge com a intenção de ingressar ou de aumentar sua participação no mesmo mercado. Como uma redução da participação da firma estabelecida ameaça seus lucros prospectivos, é natural que ela considere meios de defender-se do crescimento da rival, ou de fazê-la desistir do seu intento de ingressar no mercado. Além disso, porque o seu custo de oportunidade do capital é zero, a firma estabelecida estará disposta a gastar uma soma de recursos com a prevenção da entrada de concorrentes, até o valor que ainda lhe permita cobrir as suas despesas operacionais com o que sobrar.

A conclusão é que a firma estabelecida teria motivos econômicos para decidir compensar, com seus próprios recursos, a participação de outras firmas numa estratégia de predação visando prejudicar a entrada ou o crescimento de uma concorrente.

Outras modalidades de estratégia de predação em um mercado envolvem a imposição de danos ao concorrente com a colaboração de outras empresas arregimentadas, não à custa de uma compensação como no exemplo anterior, mas sob uma ameaça de punição da empresa que procura se beneficiar com a estratégia. Essas ameaças podem assumir a forma de recusas a contratar por parte da empresa que pratica a predação, e podem ser tanto recusas a comprar um insumo quanto recusas a vender seu produto.

Se a firma estabelecida tem uma rival entrante, então ela pode ameaçar deixar de comprar insumos de um certo fornecedor se este se recusar a

boicotar o fornecimento ao rival. A firma estabelecida também pode ameaçar deixar de vender para algum cliente que se recusar a boicotar a procura pelos produtos do rival.

Para que as ameaças sejam efetivas para induzir os ameaçados a colaborar com aquele que pratica a estratégia de preclusão é preciso que esta última tenha poder de mercado, seja como compradora, no mercado de insumo, seja como vendedora, no mercado do seu produto. É o poder de mercado, entendido como a capacidade de alterar os preços de equilíbrio com as suas decisões de oferta ou demanda, que daria à firma estabelecida os meios de impor custos relevantes com suas ameaças às outras participantes. A recusa de adquirir por parte de uma grande compradora ou a recusa de fornecer por parte de uma grande produtora, podem significar um ônus relevante devido aos seus efeitos sobre os preços a que serão obrigados a negociar os parceiros que não se subjugarem.

Em suma, uma firma com poder de mercado como compradora no mercado de insumo pode, a princípio, usá-lo para cooptar fornecedores numa estratégia de sonegação de fornecimento a um rival no mercado do seu produto. Analogamente, uma firma com poder de mercado no mercado no seu próprio produto pode, a princípio, empregá-lo para convencer os compradores a boicotar o produto de um rival no mesmo mercado.

Note-se que, até aqui, nenhum argumento dependeu de que estivesse presente qualquer grau de integração vertical na cadeia de insumo e produto. Qual é então o papel relevante da integração vertical (ou mais geralmente das restrições verticais) para essas estratégias de predação ?

A integração vertical não é, portanto, uma condição necessária para dar racionalidade econômica às estratégias de predação referidas. No entanto, a presença de integração vertical aumenta a plausibilidade de tais estratégias porque podem favorecer a coordenação de interesses para viabilizá-las. Os vínculos societários entre empresas verticalmente relacionadas podem facilitar a cooptação mútua em torno de ações de predação contra uma rival no mercado a montante ou no mercado a jusante.

A empresa do grupo, atuante como fornecedora no mercado de insumo, pode restringir o seu fornecimento a uma empresa rival do grupo, atuante no mercado de produto, com o intuito de, causando-lhe prejuízos, proteger o poder de mercado da sua própria coligada, atuante no mercado de produto.

Simetricamente, a empresa do grupo, atuante no mercado de produto, pode recusar a compra de insumos fornecidos por outra empresa rival do grupo e atuante no mercado a montante, com o intuito de, impondo-lhe um custo adicional, proteger o poder de mercado da sua própria coligada que atua no mesmo mercado de insumo.

Resta notar, contudo, que para serem capazes de causar dano efetivo às concorrentes, as empresa que se recusam a contratar continuam tendo que comandar um poder de mercado considerável nos seus respectivos mercados. Em outras palavras, a empresa a montante que pretende prejudicar outra empresa a jusante concorrente no mesmo mercado da sua coligada, deve ser uma importante fornecedora no mercado do insumo, caso contrário sua ação não teria influência sobre os preços de compra enfrentados pela rival. Do mesmo modo, a empresa a jusante, que visa causar prejuízos a uma outra empresa fornecedora de insumos, concorrente da sua coligada atuante no mesmo mercado, tem que ser uma grande compradora do insumo, senão a sua recusa de adquirir não teria efeitos sobre os preços de venda conseguidos pela rival.

O quadro exposto acima pode servir para pôr em perspectiva o relacionamento entre as empresa do grupo Globo e as outras empresas atuantes nos mercados de programação e de distribuição de TV por assinatura.

O grupo Globo reúne empresas verticalmente integradas nos mercados de programação (para canais de TV por assinatura e de TV aberta) e de distribuição de TV por assinatura (empresas de cabo e DTH) em vários mercados locais. Há outras empresas atuantes nos mercados de modo que, em geral, elas também atuam na distribuição de TV por assinatura em vários dos mesmos mercados geográficos locais, além de que também existem outras empresas independentes atuando no mercado de programação (para canais de TV por assinatura e TV aberta).

O efeito sobre a eficiência econômica da integração vertical entre distribuidoras e programadoras de televisão é ambíguo. Por um lado, como visto, a verticalização pode aumentar a plausibilidade de ações predatórias, como por exemplo, através da recusa de uma programadora de vender a uma distribuidora rival do grupo, ou da recusa de uma distribuidora de comprar programas produzidos por uma empresa rival do grupo. Por outro lado, contudo, a integração vertical e as restrições de exclusividade inerentes a ela, também podem produzir eficiências, por exemplo, por favorecer o desenvolvimento da atividade de programação, ou por reduzir os riscos financeiros e mercadológicos inerentes ao seu lançamento.

Dada a possibilidade de que a integração vertical gere seus próprios ganhos de eficiência, o foco da ação anti-truste não deve ser a verticalização em si, mas o eventual favorecimento que traz para as ações estratégicas de predação.

A alegada conduta de recusa do grupo Globo a vender programação para distribuição pela DirecTV seria, em tese, anti-concorrencial, na medida em que configurasse uma estratégia do grupo Globo para aumentar os custos de compra de programação para a DirecTV, favorecendo concorrencialmente as empresas do grupo Globo que também atuam nos mesmos mercados de distribuição de TV por assinatura.

Como já foi argumentado, uma condição necessária para que tal recusa de contratar configurasse uma estratégia deliberada de predação é de que o grupo Globo comandasse um poder de mercado considerável no fornecimento de programação para TV por assinatura, visto como o insumo para a atividade a jusante de distribuição de TV por assinatura nos mercados locais.

Nesse quadro analítico, o poder de mercado que o grupo Globo teria no mercado de fornecimento de programação para a TV por assinatura corresponderia à noção largamente explorada nos autos de essencialidade do insumo. O paralelo entre os conceitos se daria no seguinte sentido. A programação fornecida pela Globo, exclusivamente às empresas distribuidoras de TV por assinatura do próprio grupo, seria um insumo essencial para as empresas distribuidoras rivais se a sua sonegação causasse a estas últimas um aumento de custo considerável, montando em um prejuízo suficiente para desencorajar a atuação dos concorrentes da Globo no mercado de distribuição de TV por assinatura.

Note-se que, para efeitos de análise da conduta em tela neste processo, a sonegação, cuja motivação anti concorrencial se procura caracterizar, se aplicaria somente quanto ao fornecimento programação de TV aberta local. O grupo Globo produz vários outros canais de programação para TV por assinatura, que, potencialmente, também poderiam ser considerados como insumos importantes, individualmente ou em grupo, numa estratégia de preclusão de fornecimento aos concorrentes no mercado de distribuição. Contudo, a alegação de conduta anti-concorrencial da representação se restringe à sonegação de oferta da programação da TV aberta local, que deve, portanto, ser enfocada individualmente.

A ANATEL, em seu parecer, conclui que a disponibilidade do sinal da TV aberta da Globo não é um insumo essencial para as empresas atuantes no mercado de distribuição a partir de um teste empírico das seguintes hipóteses, que teriam que ser confirmadas no caso contrário:

1) Nos mercados locais onde a Sky transmite o sinal de TV aberta da Globo a sua participação no mercado de DTH teria que ser maior do que a da DirecTV

2) A evolução no tempo da participação da Sky no mercado de DTH deveria ser diferente entre os mercados locais onde ela transmite o sinal da TV aberta da Globo e os locais onde o sinal da TV aberta não é transmitido

Tendo encontrado evidências negativas sobre as hipóteses, a ANATEL conclui pela ausência de essencialidade do sinal da TV aberta da Globo para a atividade de distribuição de TV por assinatura por DTH, e portanto pela inexistência de conduta infrativa à concorrência.

Considero correta a concepção lógica do teste proposto pela ANATEL e concordo que o resultado obtido indica que o sinal de TV aberta da Globo, por si só, aparentemente não é um insumo essencial para a atuação competitiva da DirecTV no mercado de TV por assinatura.

Devo adicionar que a perspectiva previsível da desvantagem que tal falta significaria, tampouco serviu para desencorajar o ingresso da DirecTV no mercado brasileiro de DTH. Como a garantia legal de necessidade de autorização da Globo para a utilização do seu sinal de TV aberta já vigia à época do ingresso da DirecTV no mercado, deve-se presumir que tal perspectiva já poderia ser perfeitamente antecipada na época e foi devidamente levada em conta na decisão da DirecTV de competir mesmo sem tê-lo disponível na sua grade de programação.

Considero, portanto, que as evidências trazidas pela ANATEL, juntamente com todas as outras informações dos autos, contribuem para indicar a ausência de poder de mercado do grupo Globo no mercado de programação para TV por assinatura que, conforme consta dos autos, engloba a oferta de uma grande variedade de empresas, a maior parte delas estrangeiras. Concluo, portanto, pela ausência de indícios firmes de intenção ou efeito de prática de estratégia de predação contra concorrente pela Globo.

Devo adicionar, contudo, a observação de que alguns aspectos importantes do presente caso deixaram de ser devidamente examinados pela ANATEL. Na sua metodologia de análise a ANATEL desprezou a possibilidade, já descrita acima, da presença de condições propícias para a prática de preclusão não no mercado de distribuição, mas no mercado de programação de TV por assinatura.

Dada a integração vertical verificada entre as empresas do grupo Globo entre os mercados de programação e de distribuição de TV por assinatura, se ficasse comprovado poder de mercado considerável do grupo Globo em algum mercado local de distribuição, então se tornaria plausível a possibilidade de que as empresas de distribuição do grupo Globo pudessem recusar a compra de programação fornecida por outras empresas concorrentes com o intuito de prejudicá-las, enfraquecendo suas condições de concorrência com as empresas programadoras do próprio grupo.

A ANATEL não levou em consideração essa possibilidade, porque considerou na sua análise somente uma vertente do conjunto de ações estratégicas favorecidas por um ambiente de integração vertical nos mercados. Tanto é assim, que não foram levantados dados precisos de participação das diversas empresas de diferentes grupos, nos mercados geográficos distintos de distribuição de TV por assinatura. O conhecimento dessas participações, que devem incluir todas as modalidades de cabo, mmms e dth, seria importante para se poder aferir os indícios de tais condutas.

Por sua vez, o estudo aprofundado da viabilidade dessas condutas é importante para se avaliar a situação concorrencial a que está exposto um setor muitas vezes citado nos autos como de crucial importância para a economia brasileira, que é a indústria de programação de conteúdo nacional.

As representadas, em particular, reiteradas vezes citaram nos autos a proteção das condições concorrenciais para a indústria de programação de conteúdo nacional como um objetivo focal da defesa da concorrência nos mercados nacionais.

Paradoxalmente, a possibilidade, em tese, de que as empresas distribuidoras de TV por assinatura do grupo Globo, incluindo cabo, MMDS e DTH, possam utilizar uma eventual posição de domínio de mercado visando a monopolização do mercado de programação de conteúdo nacional, deve ser examinada no interesse da defesa da concorrência.

Considerando todo o exposto, decido em consonância com as conclusões do parecer da ANATEL, dando provimento ao Recurso de Ofício para determinar o arquivamento da presente representação. Sugiro adicionalmente à ANATEL, que seja realizado um levantamento completo e acompanhamento ao longo do tempo das participações de todas as empresas de distribuição de TV por assinatura em cada mercado relevante geográfico do território nacional, e das participações das empresas programadoras de conteúdo nacional e estrangeiras.

Sugiro por fim, que tais dados sejam disponibilizados ao CADE para fins de proporcionar o exame das consequências concorrenciais dos futuros atos de concentração nesses mercados, em particular com respeito aos efeitos de integração vertical entre os mercados de distribuição de TV por assinatura e de programação de conteúdo nacional.

É o Voto

Brasília, 20 de junho de 2001

Afonso Arinos de Mello Franco Neto

Conselheiro

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 prenhe 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).¹ 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**.² Trata-se de uma escolha legislativa cujas razões de ordem política não interessam para a conclusão deste voto.

¹ 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.

² 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 consagrada 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.”³

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,

³ *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”.⁴ 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*

⁴ Direito Econômico e Globalização. Carlos Ari Sunfeld 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 a 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, transiro 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”.⁵

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”.⁶

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:

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

⁶ *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 essencial⁷. “*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

⁷ 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.⁸

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-

⁸ 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

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-CMGR/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, radio-eletricidade, 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 CONDUTA 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 N° 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.

Cumprе 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	Brasi- 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 Polisol 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 Resouces, 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 hánexo 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 DIRECTTV 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 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
- 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

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL**ANÁLISE Nº 002/2000-GCAV**

DATA: 07/01/2000

Proposta de Arquivamento de Processo Administrativo de Apuração de Infração da Ordem Econômica, constante do Processo nº 53500.000359, de 28/01/99, Com conseqüente recurso de ofício ao CADE.

I. DOS FATOS

Trata-se de proposta de arquivamento do Processo Administrativo de Apuração de Infração da Ordem Econômica, Constante do Processo nº 53500.000359, de 28/01/99, com conseqüente recurso de ofício ao CADE, que a Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa submete à deliberação do Conselho Diretor.

Esse Processo instaurou-se em virtude de Representação, com pedido de medida preventiva *Inaudita altera parte*¹ que a TVA Sistema de Televisão S/A (TVA) ofereceu em desfavor da TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo Ltda., designadas Globo, sob a alegação de abuso do Poder econômico, por haver recusa das Representadas em celebrar Contrato de autorização para que a programação *Globo* de rede aberta pudesse ser distribuída pela TVA-DIRECTV², em seu Sistema de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH)³.

A Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa encaminhou a matéria ao Conselho Diretor, por meio do formulário “Matéria para apreciação do Conselho Diretor” n.º 058 CMGRL/CMOS/SCM, de 11/10/99, propondo o arquivamento dos autos, recorrendo de ofício ao CADE.

O Presidente do Conselho Diretor solicitou-nos, por meio do MM nº587/99 PR-ANATEL, de 9/11/99, recebido em 10/11/99 que relatássemos o assunto

¹ Os grifos constantes desta. Análise são nossos.

² TVA Sistema de Televisão S/A é uma empresa do Grupo Abril e provedora de serviço DTH (Direct-to-Home), cujo nome comercial é DIRECTV.

³ Para detalhes. referir-se às Análises nº 003/99-GCAV, de 19/01/99, aprovada na 57ª reunião do CD, de 27/01/99, e nº 021/99-GCAV, de 19/05/99, aprovada na 72ª reunião do CD, de 26/05/99, referente a pedido de reconsideração.

em reunião do Conselho Diretor. Os processos foram retomados, por este Relator, para a Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa (SCM), para a realização de adaptações necessárias. A Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa (SMC), por sua vez, encaminhou ofício à Globo, solicitando informação complementar sobre a política de preços da empresa NETSAT-SKY, realizou ás adaptações solicitadas e reencaminhou, em 30/12/99, os processos para este Relator.

Compõem a matéria,

◆ Processo nº 53500.002586, de 29/09/98, com Representação da TV A.DIRECTV, em desfavor da Rede Globo Ltda. e da TV Globo São Paulo Ltda. ;

◆ Processo n.o 53500.000359, de 28/01/99, Processo Administrativo de Apuração de Infração da Ordem Econômica, instaurado por meio do Ato n.o 2293, de 28/01/99, para a apuração de possível conduta infringente à ordem econômica pela TV Globo Ltda., passível de enquadramento no art. 20, incisos I *in fine* e II, combinados com o art. 21, incisos V e XIII, da Lei nº 8884/94, de 11/06/94, por reconhecer a existência de fatos que constituem indícios de que trata o art. 30 dessa Lei;

◆ Informe nº 110, da CMGRL/CMOS/SCM, de 11/08/99, da Gerência Geral de Outorga de Serviços, da Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa, sugerindo o arquivamento desse processo administrativo de apuração de infração da ordem econômica, com conseqüente recurso de ofício ao CA-DE, com base no art. 39, da Lei 8.884/94.

◆ Parecer da Procuradoria nº 975/99-PRC, de 18/10/99, ratificando que não pode enquadrar-se a conduta da TV Globo Ltda. à infração tipificada no art.20, da Lei nº 8884/94.

Da legislação pertinente

A legislação utilizada na análise deste assunto é encontrada nos seguintes instrumentos legais:

1. Lei n.º 9.472, de 16/07/97. Lei Geral de Telecomunicações (LGT), que se refere à organização dos serviços de telecomunicações e à proteção à ordem econômica nos seguintes termos:

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

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

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a 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-

(...)

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o 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 pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE;

(...)

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação 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.

(...)

2. Lei n.º 8.884. de 11/06/94. Lei de Defesa da Ordem Econômica, que trata das infrações à ordem econômica da seguinte forma:

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;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

§ 2º. Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º. A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

-parágrafo 3º acrescentado pela Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 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;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

(...)

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

Art. 39. Concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de 5 (cinco) dias, após o que o Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao CADE para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE nesta última hipótese.

3. Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 07/10/97, estabelece ainda:

Art.18. No exercício das competências em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações à ordem econômica que lhe foram conferidas pelos artigos 7º, § 2º, e 19, inciso XIX, da Lei n.º 9.472, de 1997, a Agência observará as regras procedimentais estabelecidas na Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e suas alterações, cabendo ao Conselho Diretor a adoção das medidas por elas reguladas.

Parágrafo único. Os expedientes instaurados e que devam ser conhecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE ser-lhe-ão diretamente encaminhados pela Agência.

(...)

4. Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei nº 4.117/62, estabelece, sobre a questão do aproveitamento de programação alheia:

Art. 48. Nenhuma estação de radiodifusão poderá transmitir ou utilizar, total ou parcialmente, as emissões de estações congêneres, nacionais e estrangeiras sem estar por estas previamente autorizadas. Durante a irradiação, a estação dará a conhecer que se trata de retransmissão ou aproveitamento de transmis-

são alheia, declarando, além do próprio indicativo e localização, os da estação de origem-

(...)

5. Lei nº 8.977. de 06/01/95, de Serviço de TV a Cabo, nos seguintes termos:

Art. 23 A operadora de TV aCabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais para as seguintes destinações:

I -Canais básicos de utilização gratuita:

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

(...)

6. Lei nº 9.610. de 19/02/98. Nova Lei dos Direitos Autorais⁴, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Estabelece no seu Capítulo IV -Dos Direitos das Empresas de Radiodifusão,

Art. 95. Cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação⁵. (...)

7. Norma 008/97. aprovada nela Portaria MC nº 321/97, que estabelece as condições para exploração e uso do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite (DTH).

5. TRANSMISSÃO DE PROGRAMA E HABILITAÇÃO DO ASSINANTE

⁴ Substitui a Lei n.º 5.988, de 14/12/73, Lei dos Direitos Autorais, exceto em seu art. 17 e seus §§ 1º e 2º.

⁵ O nº e o conteúdo desse artigo (95) são os mesmos da Lei nº 5.988, de 14/12/73, o que vem a ratificar a posição anteriormente tomada.

(...)

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

(...)

7. EXPLORAÇÃO, DO SERVIÇO

7.1 A permissionária do Serviço DTH poderá:

a) transmitir sinais ou programas originados por terceiros, programas originados por terceiros e editados pela permissionária e sinais ou programas gerados pela própria permissionária;

(...)

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

(...)

7.9 Diante de situação concreta ou de reclamação fundamentada sobre pontos como abuso de preço, condições contratuais abusivas, tratamento discriminatório ou práticas tendentes a eliminar deslealmente a competição, o Ministério das Comunicações ⁶ poderá determinar a implementação das medidas cabíveis, sem prejuízo de o reclamante representar o caso perante outros órgãos governamentais competentes.

(...)

8. Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73 de 25/11/98. Em particular,

⁶ Leia-se Anatel

Art. 2º Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de 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.

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 9472 de 1997.

Parágrafo único -A Agência poderá estabelecer outras situações que não constituam serviços de telecomunicações, além das previstas neste artigo.

II -DA ANÁLISE

Dos fatos a serem apurados

O Conselho Diretor da Anatel, em 28 de janeiro de 1999, resolveu pela instauração de Processo Administrativo, com oitiva das partes envolvidas, com o objetivo, conforme Ato nº 2293, de apurar possível conduta infringente à ordem econômica por parte da Globo, passível de enquadramento no art. 20, incisos I *in fine* e II, c/c art. 21, incisos V e XIII, da Lei nº 8.884/94, por reconhecer a existência de fatos que constituíam indícios de que trata o art. 30 da referida Lei, determinando à Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa que proceda a sua apuração.

O principal indicio de infração foi a alegada recusa de celebração de contrato de autorização para que programação da Globo seja distribuída pela TVA-DIRECTV , empresa operadora do DTH, na Banda Ku, em condições não discriminatórias, similares àquelas em que se dá o fornecimento da mesma programação à NETSAT-SKY , outra prestadora do mesmo serviço e associada à Globo, nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre. Nestas cidades, a Globo. presta o Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens, transmitindo a mencionada programação como sinal aberto, de livre recepção para qualquer pessoa que disponha do respectivo equipamento receptor .

A suposta infração à ordem econômica, cuja apuração é o objeto do Processo hoje submetido á análise deste Conselho, estaria sendo perpetrada no relacionamento vertical entre a Globo e a sua associada, a empresa NETSAT-SKY ,

em detrimento da livre competição. A Globo atuaria na sua condição de única fornecedora da programação que é transmitida como sinal aberto, sendo que a Representação alega que esta programação, em determinadas circunstâncias, constitui um insumo básico para as TVs por assinatura. A NETSAT-SKY, atua na sua condição de empresa vinculada a Globo que concorre, na prestação de serviço de TV por assinatura na modalidade DTH, entre outras, com a empresa TVA-DIRECTV.

É importante salientar que, nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94, caso fosse verificada a recusa discriminatória à celebração de contrato de autorização para distribuição da programação da Globo, mesmo quando esta recusa criasse dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas concorrentes, somente poderia concluir-se pela existência de infração quando fosse verificado que tal recusa tem por objeto ou pode efetivamente:

- a) prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa no mercado de TV por assinatura via satélite;
- b) levar ao domínio, sobre este mercado, da empresa autorizada a distribuir a programação aberta da Globo;
- c) aumentar arbitrariamente os lucros; ou,
- d) permitir exercer de forma abusiva posição dominante.

Finalmente, cabe explicitar que o processo de apuração de possível infração objeto desta análise restringiu-se à verificação dos efeitos, reais ou potenciais, sobre a competição, da recusa à negociação em cidades onde a programação da Globo. é transmitida como sinal aberto, de livre recepção, para qualquer pessoa que dispõe de um aparelho receptor de TV. Os efeitos de eventual recusa discriminatória, por parte da Globo para a distribuição de sua programação em localidades onde o seu sinal aberto não é recebido não constitui o objeto da presente análise.

Do andamento do processo

O Informe nº 110, da CMGRL/CMOS/SCM, destaca que tanto a TV A como a Globo foram comunicadas da instauração do processo, por Ofício, no mesmo dia da publicação da decisão no DOU, tendo sido a Globo notificada para apresentar a sua defesa e documentação adicional. Com respeito a esta matéria, se assinala que a Globo requereu a dilação do seu prazo de defesa de 15 para 45 dias, devido à complexidade do assunto, sendo que o Conselho Diretor deferiu o pedido no seu Circuito Deliberativo nº 69, de 12 de fevereiro de 1999.

Em 9 de fevereiro de 1999, foram emitidos Ofícios para ambas as partes, visando à obtenção de maiores subsídios para o processo decisório desta Agência. Nesta oportunidade, solicitou-se, por exemplo, o número de assinantes, desde janeiro de 98 até fevereiro de 99, nas praças de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre e algumas características técnicas dos sistemas para que o usuário, no mesmo aparelho, possa selecionar os sinais de seu interesse. No caso específico da SKY, foram requeridas informações suplementares, como a descrição de como o sinal é enviado e recebido pelos assinantes de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre, e a indicação da data em que passou a distribuir os sinais gerados pela Globo em cada uma das praças acima indicadas.

Em 24 de março de 1999, a Globo, tempestivamente, apresentou sua defesa protocolizada sob o nº 99.90.004873, solicitando o arquivamento da representação por ser julgada improcedente.

Em 23 de março a TVA fez pedido, que reiterou em 26 de março, de reconsideração da decisão do Conselho Diretor, em sua 57ª Reunião, no dia 27 de janeiro de 1999, no que se refere à rejeição, por parte desta Agência, de tomada de medida preventiva inaudita altera parte. O Conselho Diretor, em 26 de maio de 1999, na sua 72. reunião, decidiu pelo não acolhimento do pedido, acompanhando o voto deste Conselheiro expresso na análise nº 021-GCAV.

A Anatel, em 19 de abril, encaminhou ofícios solicitando, à Globo e à TV A, informações complementares em relação ao número de assinantes nas localidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre (onde a NETSAT-SKY está autorizada a distribuir o sinal aberto da Globo) e nas localidades de Brasília, Curitiba, Salvador e Recife, obtendo respostas em 11 e 4 de maio, respectivamente. Com base nessas informações, a Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa elaborou o Informe nº 002- CM-GLO/CMOS/SCM, de 26/06/99 (Fl. 187).

Em 5 de julho, a Globo apresentou suas alegações finais (Fl. 162) e solicitou a decretação do arquivamento da representação.

Em 15 de dezembro, a Anatel encaminhou ofício à Globo, objetivando complementar a instrução do processo, solicitando informar se o preço cobrado (assinatura) pela empresa NETSAT-SKY, no caso do serviço DTH, é diferenciado por região do País ou é único para o território nacional. Adicionalmente o ofício, pedia informar se a empresa adota, na política de preços, promoções

para venda de assinaturas, esclarecendo se elas são feitas a nível nacional ou regional.

Da identificação dos mercados relevantes envolvidos

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 é preciso compreender .

Por um lado, no mercado de origem, deve considerar-se como produto relevante o bem, objeto da presente disputa, que é a programação da Globo distribuída via satélite com o padrão de qualidade que caracteriza a transmissão do resto da programação do serviço DTH. Trata-se da mesma programação que, com diverso padrão de qualidade, é transmitida através do sinal aberto da Globo, podendo, neste caso, ser captada livre e gratuitamente pelo público em geral, valendo-se de um receptor de televisão e, dependendo da sua localização, adicionalmente de uma antena.

A mencionada programação pode ser ofertada, pela Globo às empresas prestadoras de serviço de TV por assinatura interessadas em distribuir o produto aos seus assinantes com qualidade diferente à que caracteriza a sua transmissão através de VHF ou UHF .

O valor econômico de receber a programação da Globo com um padrão de qualidade diferenciado do sinal aberto está claramente reconhecido nas cláusulas do "Contrato de distribuição de programação e de licença de uso de marca", assinado entre a Globo e a NETSAT-SKY, que estabelecem o preço que a NETSAT-SKY pagará à Globo pelo direito a programação da Globo aos seus assinantes. Por outro lado, o ofício enviado aos seus assinantes pela SKY, em fevereiro de 1999, também é suficientemente explícito e assim reza: "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 poderia argüir-se que, do ponto de vista da concorrência no mercado de DTH, a programação da Globo tem como substituta a programação oferecida tanto pelas outras emissoras de sinal aberto, tais como SBT , Record, Manchete, Bandeirantes, etc., bem como programação adquirida de outras empresas, não concessioná-

rias de radiodifusão, que atuam no mercado de programação. Entretanto, a tese sustentada pela Representação, e que deve ser verificada, ou rejeitada, no decurso do Processo é, justamente, que a acentuada preferência do público, pela programação da Globo, transforma esta programação em um insumo crucial para viabilizar a competição no mercado de DTH, nas praças onde ela é distribuída por alguma empresa prestadora deste serviço. Se a tese é verdadeira, programação da Globo transmitida com o padrão de qualidade que caracteriza o serviço de TV por assinatura via satélite deve ser considerada como o produto relevante no "mercado de origem", com baixo índice de substitutibilidade por qualquer outra programação .

Por outro lado, deve considerar-se que, no atual estágio do desenvolvimento dos serviços de telecomunicações no Brasil, podemos falar da existência de quatro diferentes mercados relevantes em relação à prestação do serviço de TV por assinatura, a saber: a) serviço especial de TV por assinatura (TVA)⁷; b) serviço de distribuição de sinais multiponto multicanal (MMDS)⁸; c) TV a cabo⁹; e, d) serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite (DTH)¹⁰. Os produtos oferecidos em cada um destes quatro mercados diferem entre si em relação ao número de canais disponíveis para o telespectador¹¹, à qualidade da recepção de sinais, ao preço a ser pago pelo assinante e à cobertura geográfica do serviço, entre outras variáveis. Parte das variações mencionadas originam-se diretamente do 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

⁷ Definido como 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.

⁸ É uma das modalidades de serviços especiais, regulamentados 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,

⁹ É o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio a assinantes, mediante transporte por meios físicos.

¹⁰ É uma das modalidades de serviços especiais regulamentados pelo decreto nº 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.

¹¹ Um canal no caso do Serviço Especial de TV por Assinatura; máximo de 31 canais no caso do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal; média de 70 canais no caso da TV a cabo e média de 120 canais no caso do DTH,

telecomunicações, a atual fronteira separando os quatro mercados relevantes descritos 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. Entretanto, atualmente é perfeitamente razoável aceitar a caracterização do mercado de DTH como sendo o mercado relevante cujo domínio é alvo, em tese, de prática anticoncorrencial denunciada pela Representante.

Da estrutura do mercado de origem

Se comprovada a tese sustentada na Representação, no sentido que existe uma acentuada preferência do público pela programação da Globo que, em certas circunstâncias, transforma esta programação num insumo crucial, insubstituível; para viabilizar a competição no mercado de DTH, será forçoso reconhecer o poder monopolista da Globo em relação à negociação das condições para a distribuição desta programação, exceção feita das disposições legais relativas à distribuição do sinal aberto pelas empresas prestadoras do serviço de TV aberto.

Entretanto, é oportuno assinalar que se a Globo conseguiu conquistar a preferência de importante parte do público pela sua programação é, em parte, porque como concessionária do serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens distribui a sua programação para as emissoras integrantes da Rede Globo e para as emissoras afiliadas. Estas últimas são independentes da Rede Globo, entretanto, por contrato, comprometem-se a transmitir a sua programação. Além das geradoras (17 próprias e 72 afiliadas) e das retransmissoras (211 próprias e 1.132 afiliadas), outras entidades, especialmente Prefeituras Municipais (1.406), contribuem para que o sinal aberto da Globo (programação) tenha uma enorme penetração no resto do País, atingindo mais de 3.000 localidades em todo o território nacional.

Para avaliar o posicionamento da Rede Globo no mercado de TV aberta, foi feito um levantamento de toda a capacidade de transmissão de programação já instalada no País, constatando-se, segundo informações disponíveis no Ministério das Comunicações, que a Rede Globo detinha, em julho de 1999, 35,65% desta capacidade.

Da estrutura do mercado alvo

O mercado de DTH é relativamente novo, apresentando somente 9 entidades detentoras de autorização para explorar o serviço, sendo que apenas 5 encon-

tram-se em funcionamento. O elevado grau de concentração, que caracteriza este mercado, pode ser explicitado no quadro abaixo, relativo ao número de assinantes em maio de 1999:

EMPRESAS	PARTICIPAÇÃO NO , MERCADO DE DTH
TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A-DIRECTV	49,50%
NET SAT SERVIÇOS LTDA-SKY	41,93%
TECSAT/TECTELCOM	8,37%
RADIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES LTDA	Número Insignificante
KEY TV COMUNICAÇÕES LTDA	Número Insignificante

O reduzido número de competidores reflete a existência de barreiras à entrada não desprezíveis, entre as quais custos de instalação e operação significativos, uma vez que a prestadora de serviço terá que arcar, entre outros, com os custos de obter autorização para exploração do serviço, bem como com os custos associados a utilização de capacidade no segmento espacial e segmento terrestre de acesso aos satélites utilizados.

Entretanto, é importante salientar que este mercado, relativamente novo, tem dado provas de acentuado dinamismo e, em particular, da existência de acirrada competição. Com respeito a este tema, pode salientar-se que a empresa TECSAT/TECTELCOM, em menos de um ano de operação, ocupou 8,37% do mercado e que estão em fase de implantação quatro novas empresas autorizadas a explorar o serviço e mais uma cuja entrada está sendo analisada. A competição existente não somente é relativa à qualidade e diversificação da programação oferecida, como também ao preço do serviço, sendo frequentes não somente a queda no preço dos equipamentos necessários para acessar ao serviço (antenas e decodificadores), como também a oferta de promoções, os descontos, etc. para assinatura do serviço.

Em síntese, do ponto de vista da análise *antitrust* é difícil afirmar que, na atual conjuntura, a empresa TVA-DIRECTV ou a empresa NETSAT-SKY detenham posição dominante no mercado, no sentido de terem a capacidade de obterem lucros extraordinários adotando comportamento independente das concorrentes, em detrimento dos usuários, por exemplo aumentando abusivamente o preço do serviço.

Do vínculo existente entre o mercado de origem e o mercado alvo

A programação da Globo pode constituir um insumo na prestação de serviços de DTH ao ser distribuída, aos assinantes, com o mesmo padrão de qualidade que caracteriza o resto da programação de TV por assinatura via satélite. Entretanto, é preciso salientar que, nas áreas geográficas onde o sinal aberto da Globo é recebido, os assinantes de serviço DTH cuja operadora não distribua a mencionada programação podem recebê-la de forma tradicional, utilizando um controle remoto para desligar o decodificador e utilizar o controle remoto da TV, selecionando o canal aberto desejado. A recepção não terá a mesma qualidade que a programação por assinatura transmitida via satélite, porém terá a mesma qualidade de vídeo e áudio disponível aos demais telespectadores de TV s abertas da localidade, o que eventualmente pode significar má qualidade de recepção -imagem ruim, "fantasmas", excesso de interferências, ruídos, chuviscos, etc. Tais situações podem ser superadas ou minimizadas pela utilização de uma antena adequada que permitirá a melhor captação não somente do sinal da Globo, como também o sinal de outras TV s abertas recebido na localidade.

Da apuração dos indícios de infração

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

Em particular, interessa definir se a recusa de negociação praticada pela Globo configura hipótese prevista no art. 20 e seus inciso, da Lei 8.884/94, colocando em risco a existência de competição no mercado de DTH ou viabilizando o domínio deste mercado por parte de empresa autorizada a distribuir o sinal da Globo .

Antes de passar à análise da informação estatística disponível é importante assinalar algumas características do mercado de DTH.

Por um lado, deve considerar-se que o assinante do serviço de DTH, além de pagar uma mensalidade pela prestação do serviço, inicialmente devia fazer um gasto inicial significativo para dispor dos equipamentos necessários à recepção e decodificação do sinal. Por este motivo, as novas empresas enfrentaram uma certa inelasticidade-preço da demanda potencial constituída pelos assinantes de empresas concorrentes que tinham precedência no mercado. Cabe assinalar, entretanto, que este fenômeno que gerava uma barreira à entrada crescente com o tempo, foi, ao longo dos últimos meses, perdendo importân-

cia relativa, devido à queda no preço dos equipamentos necessários à recepção e decodificação do sinal.

Adicionalmente, em relação à política de preços, interessa conhecer que a empresa NETSAT-SKY sempre fixou preço único de mensalidade para todo o território nacional dos diversos pacotes de assinatura oferecidos aos seus assinantes e que, desde o mês de agosto de 1999, oferece preço único para os seus kits (decodificadores e antenas para todo o território nacional. Até essa data, os preços dos equipamentos variavam segundo o diâmetro da antena que, por sua vez, respondia às necessidades específicas do local de instalação. Em algumas ocasiões a empresa faz promoções pontuais, tais como o primeiro mês de assinatura grátis, teste gratuito de canais premium e preço de kits promocionais em eventos.

Finalmente, deve salientar-se que o mercado de DTH é, no Brasil, um mercado relativamente novo, onde a concorrência começou há pouco mais de três anos, e onde a empresa NETSAT-SKY começou a oferecer seus serviços posteriormente à sua principal concorrente (a TVA-DIRECTV), em circunstâncias em que, como foi dito acima, qualquer política para a ocupação do mercado dirigi da 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.

Neste contexto, parece que a variável de estudo mais significativa, aos efeitos de detenninar se houve infração à ordem econômica, é evolução da participação relativa da empresa NETSAT -SKY na conquista de novos assinantes de DTH.

Em particular, caso a distribuição da programação da Globo efetivamente constituísse um insumo essencial para a sobrevivência da competição no mercado de DTH, quando iniciada pela NETSAT-SKY a distribuição desta programação, *ceteris paribus*, deveria verificar-se que:

1. nas áreas geográficas onde a programação da Globo é distribuída exclusivamente pela NETSAT-SKY, existiu um incremento significativo na participação relativa da NETSAT-SKY na conquista de novos assinantes *vis a vis* a participação dos seus concorrentes; e que,
2. não aconteceu, nas áreas geográficas onde a NETSAT-SKY não distribui a programação da Globo, um incremento equivalente da participação relativa da NETSAT-SKY na conquista de novos assinantes.

Relativo a este assunto, cabe salientar a dificuldade para cumprir com o suposto de *ceteris paribus* tratando-se do mercado de DTH, onde uma das características da estrutura do mercado é a multiplicidade de estratégias competitivas. Esta multiplicidade implica que os dados sobre a evolução do número de assinantes refletem o resultado da incidência de várias variáveis, dentre as quais a concorrência em preços (dos equipamentos de recepção e decodificação e da assinatura), promoções (tipo leve dois pague um, por exemplo); a diversificação da oferta em relação à qualidade e conteúdo da programação; etc. Quantificar isoladamente o impacto de cada uma destas variáveis sobre a capacidade da SKY de conquistar novos assinantes é tarefa quase impossível. Entretanto, como demonstraremos, de forma indireta, cruzando informação, podem tirar-se algumas conclusões.

Adicionalmente, deve esclarecer-se que não se trabalhou com dados referentes à participação relativa, na conquista de novos assinantes, de todas as empresas concorrentes no mercado de DTH, tendo sido desconsiderada a evolução de algumas empresas que começaram a operar recentemente. Esta simplificação, entretanto, pelo caráter incipiente do processo de abertura do mercado, não deve afetar significativamente os resultados da análise.

Mediante a análise da informação disponível, tentou estabelecer-se se, nas cidades de Belo Horizonte, Porto Alegre, Rio de Janeiro e São Paulo, produziu-se um incremento significativo da capacidade da empresa NETSAT-SKY de conquistar novos assinantes a partir do momento em que começou a distribuir o sinal da Globo e, adicionalmente, se este incremento poderia ser atribuído a distribuição da mencionada programação.

No caso das cidades de Rio de Janeiro e Belo Horizonte, a distribuição da programação da Globo pela NETSAT-SKY começou no mês de dezembro de 1997. Em ambas as cidades, ao comparar a média do quadrimestre anterior com a média do quadrimestre posterior à introdução da programação da Globo, pode comprovar-se que a participação da NETSAT-SKY, na conquista de novos assinantes, teve um incremento significativo após iniciada a distribuição da programação da Globo, equivalente a 25 pontos percentuais adicionais em Belo Horizonte, e a 32 pontos percentuais adicionais em Rio de Janeiro (ver quadro abaixo).

Entretanto, no mesmo quadrimestre, a NETSAT-SKY conseguiu um incremento de 36 pontos percentuais na sua participação na conquista de novos assinantes em Salvador, Recife e São Paulo e obteve um incremento similar ao verificado em Belo Horizonte em Porto Alegre, Curitiba e Brasília, sendo

que, no período analisado, em nenhuma das seis cidades mencionadas a NET-SAT-SKY distribuía a programação da Globo.

Destes primeiros resultados, pode inferir-se que outros aspectos, fora a distribuição da programação da Globo, foram determinantes da evolução do mercado de DTH. De fato, uma evolução relativamente uniforme e independente da distribuição da programação da Globo, como a verificada, pode explicar-se, em parte importante, pela redução, em novembro de 1997, de R\$ 699,00 para R\$ 399,00, no preço dos equipamentos necessários para receber o serviço da NETSAT-SKY .

Empresa SKY

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

		Belo Horizonte	Hori- Janeiro	de Porto Alegre	São Paulo	Curitiba	Brasília	Re
1997	Agos-	55	62	40	42	40	24	15
to/Novembro								
1998	Janeiro/Abril	80	94	64	78	64	49	51
Diferença		25	32	24	36	24	25	36
1998	Abril/Junho	38	52	71	52	52	38	43
1998	Setem-	25	40	53	74	40	25	65
bro/Dezembro								
Diferença		-13	-12	-18	22	-12	-13	22

No caso das cidades de Porto Alegre e São Paulo, a distribuição da programação da Globo pela NETSAT-SKY começou no mês de agosto de 1998. Entretanto, a evolução da participação na conquista de novos assinantes, diferiu claramente entre ambas cidades. O quadro acima compara as médias do quadrimestre anterior e do quadrimestre posterior ao início da distribuição da programação da Globo, demonstrando que, no caso de Porto Alegre, a empresa perdeu 18 pontos percentuais, enquanto que, no mercado de São Paulo, ganhava 22 pontos percentuais.

Adicionalmente, cabe salientar a evolução nas quatro cidades do quadro acima onde, durante o período analisado, a SKY não distribuía a programação da Globo. Quando comparadas as médias do quadrimestre anterior e do quadrimestre posterior ao início da distribuição da programação da Globo nas cidades de Porto Alegre e São Paulo, é possível verificar que, no caso de Curitiba, Brasília e Salvador, a NETSAT-SKY perdeu entre 11 e 12 pontos percentuais, enquanto que, no mercado de Recife, ganhou, como em São Paulo, 22 pontos percentuais.

Em outras palavras, a evidência disponível não mostra a existência de umnexo causal, entre a entrada do sinal da aberto da Globo na programação da NETSAT-SKY e o seu crescimento de vendas, suficientemente importante para sobrepor-se ao conjunto de outras variáveis que determinam a capacidade competitiva das firmas no mercado de DTH (por exemplo, investimento em publicidade, política de preços, eficiência da estrutura de vendas, oferta de promoções, disponibilidade de canais especializados em conteúdos determinados, etc.).

Os dados apresentados nos parágrafos anteriores enfraquecem ou invalidam a tese inicialmente assumida de que a programação da Globo deve ser considerada o produto relevante no "mercado de origem", com baixo índice de substitutibilidade por qualquer outra programação. De fato, o estudo do comportamento do mercado de DTH nos obriga a aceitar que a hipótese da Representada não tem sustento material, pelo menos nas cidades onde a programação da Globo pode ser recebida através de sinal aberto utilizando um simples receptor de televisão com a respectiva antena. De fato, não foi demonstrado que, do ponto de vista da concorrência no mercado de DTH, a programação emitida como sinal aberto via satélite, com o padrão de qualidade que caracteriza à transmissão do resto da programação do serviço DTH, não apresente alto grau de substitutibilidade com a programação adquirida de outras empresas que atuam no mercado de programação.

Em outras palavras, não foi encontrada evidência que sustente a hipótese de que a distribuição da programação da Globo tenha-se tomado, nas praças onde esta programação é transmitida como sinal aberto, diferencial decisivo, insumodeterminante para a sobrevivência de estruturas competitivas no mercado de DTH. Assim, não há que se falar em incidência dos incisos I ou II, do artigo 20, da Lei nº 8.884/1994, ao presente caso.

Adicionalmente, não tendo sido encontradas evidências de que a distribuição da programação transmitida como sinal aberta pela Globo possa, *per se*, levar a NETSAT-SKY a dominar o mercado de serviços DTH, e considerando que a competição em preços parece ser muito acentuada no mencionado mercado, não ha de cogitar-se na possibilidade de que a recusa à negociação da Globo possa ser usada para conseguir um aumento arbitrário dos lucros no mercado de DTH, pelo qual não há de se falar em incidência do inciso III, do artigo 20, da Lei nº 8.884/94.

Por outro lado, na medida em que não está comprovada a possibilidade de utilizar a distribuição da programação da Globo para conquistar posição do-

minante no mercado de DTH, deve-se rejeitar a hipótese de que tal distribuição gera condições para eventual abuso de posição dominante, com o que não há que se falar em incidência do inciso IV, do artigo 20, da Lei nº 8.884/1994.

De alguns dos argumentos apresentados, na sua defesa, pela Globo cabe destacar que a Globo utilizou, na sua defesa, uma série de argumentos, nem todos acolhidos por este Relator, dentre os quais: a) que o poder de fiscalização sobre a distribuição do sinal só seria eficaz se realizado por intermédio de empresas verticalmente integradas, como é o caso da SKY; b) que é prerrogativa das empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão ou reprodução de suas transmissões, conforme o disposto no item 5.3. da Norma nº 008/97; c) que é impossível a licença compulsória de direitos autorais; e d) que o sinal da TV aberta não constitui um bem econômico, por estar gratuitamente a disposição do público, não entrando no circuito econômico .

Com relação a estas ponderações, cabe salientar que:

- não foram apresentadas informações que permitiriam constatar que, efetivamente, o poder de fiscalização sobre a distribuição do sinal só seria eficaz se realizado por intermédio de empresas verticalmente integradas;
- se a recusa à negociação constituísse hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, da Lei 8.884/94, estaria configurada infração da ordem econômica, independentemente do fato que o art. 95 da Lei nº 9.610/98 e o item 5.3. da Norma nº 008/97 assegurem o direito da concessionária de serviço de radiodifusão de autorizar ou não a transmissão de sua programação. A defesa da livre concorrência e da livre iniciativa, bens da coletividade, sobrepõe-se ao exercício deste direito individual;
- o que esteve em questão, ao longo do Processo, não foi a possibilidade de recepção gratuita do sinal aberto da Globo com a qualidade que caracteriza a sua transmissão através de VHF ou UHF .A questão colocada foi a possibilidade, para os assinantes dos serviços DTH, de receber a programação emitida como sinal aberto via satélite, com um padrão de qualidade equivalente ao da transmissão do resto da programação do serviço DTH. O valor econômico de receber a programação da Globo com um padrão de qualidade diferenciado do sinal aberto está claramente reconhecido nas cláusulas do "Contrato de distribuição de programação e de licença de uso de marca", assinado entre a Globo e a NETSAT-SKY, que estabelecem o preço que a NETSAT-SKY pagará à Globo pelo direito a distribuir a programação da Globo aos seus assinantes.

III- DA COMPETÊNCIA DA ANA TEL PARA INSTRUIR O PROCESSO

A competência da Anatel para tratar de questões da ordem econômica envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, está assegurada pelo artigo 7º e pelo inciso XIX do art. 19, da Lei nº 9.472/97.

O presente processo administrativo refere-se especificamente aos possíveis efeitos, sobre o mercado de serviços de TV por assinatura (DTH), da conduta da Globo como fornecedora de programação, no seu relacionamento vertical com diversas empresas prestadoras do serviço DTH. Com respeito a este tema, é importante esclarecer dois aspectos deste relacionamento que, de conjunto, diferenciam à Globo de outras fornecedoras de programação e que ratificam a competência da Anatel para instruir o presente Processo.

Em primeiro lugar, segundo argüi o Representante, a recusa à negociação constituiria infração à ordem econômica porque a Globo, utilizando a sua condição de concessionária do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens, teria conquistado a preferência dos consumidores a ponto de ter convertido a sua programação em diferencial competitivo essencial para o mercado de DTH.

Em segundo lugar, que é justamente, na qualidade de concessionária do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens que a Globo vale-se do disposto do item 5.3 da Norma nº 008/97, para não firmar o contrato de cessão de sua programação.

No tocante à argumentação de que os Serviços de Radiodifusão teriam sido excluídos, pelo art. 211 da Lei nº 9.472/97, do âmbito de competência da Anatel, cumpre salientar que o referido artigo apenas estabelece que a outorga desses serviços permaneceria com o Poder Executivo, ao passo que caberia à Anatel as demais atribuições.

IV -DA CONCLUSÃO

Pelo exposto, concluo favoravelmente à proposta de arquivamento do Processo Administrativo de Apuração de Infração da Ordem Econômica, constante do Processo n.º 53500.000359, de 28 de janeiro de 1999, e posterior recurso de ofício ao CADE, na forma disposta nos instrumentos legais vigentes,

É como considero,

ANTÔNIO CARLOS VALENTE DA SILVA
Conselheiro

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

ATA DA 100ª REUNIÃO DO CONSELHO DIRETOR

Aos doze dias do mês de janeiro do ano dois mil, em sua sede, no Setor de Autarquias Sul, Quadra 06, Bloco "H" -Ed. Ministro Sérgio Motta, nesta Capital, realizou-se a centésima Reunião do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações -Anatel, sob a Presidência do Conselheiro Renato Navarro Guerreiro e com o comparecimento dos Conselheiros Luiz Francisco Tenório Perrone, José Leite Pereira Filho, Luiz Tito Cerasoli e Antônio Carlos Valente da Silva. Registrada a presença do Procurador Jurídico da Anatel, Antônio Domingos Teixeira Bedran, e do Superintendente-Executivo, Luiz Otávio Calvo Marcondes. Durante a Reunião foram tomadas as seguintes decisões: **1. Conselheiro Antônio Carlos Valente da Silva. 1.1-** Proposta de Arquivamento de Processo Administrativo: *o Conselho acompanhou o voto do Conselheiro Relator, cuja fundamentação está contida na ANÁLISE Nº 002/2000-GCAV, de 07/01/2000, deliberando pelo arquivamento do Processo Administrativo de Apuração de Infração da Ordem Econômica, constante do Processo n.o 53500.000359, de 28 de janeiro de 1999, e posterior recurso de ofício ao CADE, na forma disposta nos instrumentos legais vigentes;* **1.2-** Autorizações de Serviço Limitado Especializado: *o Conselho acompanhou o voto do Conselheiro Relator, cuja fundamentação está contida na ANÁLISE Nº 003/2000-GCAV, de 07/01/2000, deliberando pela aprovação de expedição de autorizações à M.O.R. -COM SISTEMAS DE COMUNICAÇÃO LTDA, para exploração de Serviço Limitado Especializado, submodalidade Serviço de Rede Especializado, em âmbito interior e internacional, de interesse coletivo, por prazo indeterminado, sem caráter de exclusividade, tendo como área de prestação do serviço o território nacional, e submodalidade Serviço de Circuito Especializado, em âmbito interior, de interesse coletivo, por prazo indeterminado, sem caráter de exclusividade, tendo como área de prestação do serviço o território nacional.* **1.3-** Regulamento Geral de Certificação e de Homologação de Produtos de Comunicação -Consulta Pública: *o Conselho acompanhou o voto do Conselheiro Relator, cuja fundamentação está contida na ANÁLISE N.o 001/2000-GCAV, de 03/01/2000, deliberando submeter, com alterações, a comentários e sugestões do público em geral, por meio de Consulta Pública, até 3 de março de 2000, proposta de Regulamento Geral de*

Certificação e de Homologação de Produtos de Comunicação. **2. Conselheiro Luiz Francisco Tenório Perrone. 2.1-** Ato de Concentração: *o Conselho acompanhou o voto do Conselheiro Relator, cuja fundamentação está contida na ANÁLISE N° 002/2000-GCLP, de 07/01/2000, deliberando pela aprovação do Parecer Técnico sobre Ato de Concentração, nos moldes do INFORME N° 029-13/12/99, da Superintendência de Serviços Públicos, decorrente do processo licitatório relativo ao Edital de Licitação da Concorrência n.o 002/98-SPB-ANATEL, para exploração do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, na Região III do Plano Geral de Outorgas, vencido pela empresa MEGATEL DO BRASIL S/A, e encaminhamento da documentação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CAVE.* **2.2-** Chamamento Público: *o Conselho deliberou pela devolução da matéria à Superintendência envolvida, tendo em vista ser competência daquele órgão aprovar a realização de chamamento público, conforme estabelece o novo Regimento Interno da Agência, aprovado pela Resolução n° 197, de 16 de dezembro de 1999, cuja vigência iniciou em 10 de janeiro de 2000.* **3. Conselheiro. José Leite Pereira Filho. 3.1-** Incorporação de Empresas: *o Conselho acompanhou o voto do Conselheiro Relator, cuja fundamentação está contida na ANÁLISE N° 004/2000-GCJL, de 6/01/2000, deliberando aprovar a autorização prévia para que a DR-EMPRESA DE DISTRIBUIÇÃO E RECEPÇÃO DE TV LTDA. realize a incorporação das empresas DR MULTICABO DE SANTA MARIA LTDA, TV CABO DO SUL LTDA, TV A CABO CAPÃO DA CANOA LTDA e TV A CABO SERRANA LTDA. Deliberou o Conselho conceder à Requerente autorização para as transferências de concessão envolvidas na referida incorporação, desde que comprove junto à Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa o registro da operação de incorporação na Junta Comercial competente e que apresente a documentação especificada no art. 84 do Regulamento de Serviços de TV a Cabo.* **3.2-** Autorização de Serviço Limitado Especializado: *o Conselho acompanhou o voto do Conselheiro Relator, cuja fundamentação está contida na ANÁLISE N° 002/2000 -GCJL, de 5/01/2000, deliberando pela aprovação de expedição de autorização, à MACTRÔNICA -MECÂNICA E ELETRÔNICA LTDA., para exploração de Serviço Limitado Especializado, submodalidade Serviço de Rede Especializado, em âmbito interior, de interesse coletivo, por prazo indeterminado, sem caráter de exclusividade, e tendo como área de prestação do serviço o território nacional.* **3.3-** Contribuição Social: *a matéria foi apresentada pelo Conselheiro Relator, cuja fundamentação está contida na ANÁLISE N° 003/2000-GCJL, de 06/01/2000, tendo o Conselheiro Presidente solicitado vistas do Processo, nos termos do disposto no art. 20 do Regimento Interno da Agência, aprovado pela Resolução n° 197, de 16 de dezembro de 1999.* **4. Conselheiro Luiz Tito Cerasoli. 4.1-** Ato de Concentração: *o Conselho acompanhou o voto do Conselheiro Relator, cuja fundamentação está contida*

na ANÁLISE Nº 03/2000-GCTC, de 07/01/2000, deliberando pela aprovação do Parecer Técnico sobre Ato de Concentração da CANBRÁ, referente à obtenção de Autorização para exploração de STFC na Região I do Plano Geral de Outorgas, nos moldes do INFORME nº 004 -07/01/2000 - PBGAE/PBUC, da Superintendência de Serviços Públicos, e do encaminhamento do Processo nº 53500.000870/99 ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, **4.2-** Chamamento Público: o Conselho deliberou pela devolução da matéria à Superintendência envolvida, tendo em vista ser competência daquele órgão aprovar a realização de chamamento público, conforme estabelece o novo Regimento Interno da Agência, aprovado pela Resolução nº 197, de 16 de dezembro de 1999, cuja vigência iniciou em 1º de janeiro de 2000. **4.3-** Transferência de Autorização -DTH: o Conselho acompanhou o voto do Conselheiro Relator, cuja fundamentação está contida na ANÁLISE Nº 02/2000-GCTC, de 07/01/2000, deliberando pela aprovação da transferência da Autorização para exploração do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) da empresa RÁDIO FM INDEPENDÊNCIA LTDA para a DTC. DIRECT TO COMPANY S/A, mantidas as condições da autorização original. **4.4-** Recurso: o Conselheiro Relator solicitou a retirada da matéria da pauta da reunião, tendo o Conselho manifestado-se favoravelmente. **5.5-** Chamadas do STFC para o SMC o Conselheiro Relator solicitou a retirada da matéria da pauta da reunião, tendo o Conselho manifestado-se favoravelmente. **4. Diversos: 4.1. Assuntos Administrativos: 4.1.1-** Nomeação de Servidores: o Conselho aprovou a nomeação dos seguintes servidores: JOÃO JOSÉ OLIVEIRA DE ALMEIDA, para exercer o Cargo Comissionado de Telecomunicações, Código CCT-III, no Escritório Regional de São Paulo ER-1., MARLUCE NAZARÉ SIQUEIRA CAVALERO DE MACÊDO, para exercer o Cargo Comissionado de Telecomunicações, Código CCT-W, na Gerência de Autorizações e Acompanhamento de Serviços da Gerência Geral de Comunicações Pessoais Terrestres da Superintendência de Serviços Privados. Nada mais havendo a tratar, o Senhor-Presidente deu por encerrada a reunião da qual para constar eu, Meri Olivio Chiodelli, lavrei a presente Ata que, lida e aprovada, vai por todos assinada.

RENATO NAVARRO GUERREIRO

Presidente

LUIZ FRANCISCO TENÓRIO JOSE LEITE PEREIRA FILHO

PERRONE

Conselheiro

Conselheiro

LUIZ TITO CERASOLI

Conselheiro

ANTÔNIO CARLOS VALENTE

DA SILVA
Conselheiro

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES
GABINETE DO CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS VALENTE

MM. CIRC. Nº 013/2000/AV –ANATEL

Brasília, 19 de janeiro de 2000

PARA: Superintendência de Comunicação de Massa (SCM)

Assunto: Proposta de Arquivamento de Processo Administrativo de Apuração de Infração da Ordem Econômica, constante do Processo nº 53500.000359, de 28/01/99, com conseqüente recurso de ofício ao CADE

Estamos retomando a essa Superintendência, para as providências decorrentes e cabíveis, a matéria relativa ao assunto em referência, acompanhada do MM. Nº 587/99-PR, de 09/11/99; MM. CIRC. 003/2000/AV, de 07/01/2000; do formulário "Matéria para Apreciação do Conselho Diretor" nº 058/99 – CMGRL/CMOS/SCM, de 11/10/99; dos Processos nos 53500.000359/99, de 28/01/99 e 53500.002586/98, de 29/09/98, e da Análise Nº 002/2000-GCAV, de 07/01/2000, elaborada para a deliberação do Conselho Diretor, na sua 100ª Reunião, do dia 12/01/2000.

Outrossim, informamos que o Conselho Diretor aprovou, nessa Reunião, as conclusões contidas na Análise Nº 002/2000-GCAV, de 07/01/2000.

ANTÔNIO CARLOS VALENTE
Conselheiro-Diretor

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol. / n.º
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação 'extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul	8- 3
Araújo Jr, José Tavares de	Trade transparency and competition: FTAA and CER	8- 3
Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis	Integração Regional e Política de Concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Benjô, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bogo, Jorge	Privatizaciones y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Castañeda, Gabriel	The mexican experience on antitrust	3-6
Conrath, Craig W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	4-6
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Cunha, Ricardo Thomazinho	A aplicação do acordo antidumping no Brasil	7-5
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
Dias, José Carlos Vaz	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do inpi no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder Econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4

Dutra, Pedro	Regulação: O desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro	O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8-3
Faria, Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria, Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Discrecionalidade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 Considerações sobre o tipo penal	8-3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Granado, Shalom Eintoss	Doutrina do Elo Verde: A importância do direito ambiental para o direito da concorrência	5-8
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2

Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
<i>Klajmic, Magali</i>	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 -1997	4-6
Londoño, Alfonso Miranda	El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones	4-6
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César Michel G. Cowie	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6
Mello, Maria Tereza Leopardi	Defesa da concorrência no setor elétrico	6-5
Meziat, Armando	A defesa comercial no brasil	3-8
Meziat, Armando	A Defesa Comercial no Brasil	4-6
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter -But it Does	4-6
OECD	Suggested Issues for Discussion III <i>SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III <i>SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	Leilões ou Regulação? Onde está o monopolista?	8- 3
Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pereira, Maria João C.	A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico	6-5
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Rainer Geiger	Opening Statement ao III <i>SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Rivière Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5

Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Wald, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Mattos, César	Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Beltrame, Priscila Akemi; Lacerda, Eduardo Modena	Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano	8-4
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Coutinho, Paulo C.	Prolegômenos da economia da defesa da concorrência	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Joint Ventures: o Consórcio de Empresas no Direito Brasileiro	8-5
Andrade, Maria Cecília	A Política da Concorrência e a Organização Mundial Do Comércio	8-5

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A. C.	Requerentes	Vol./n.º
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4

16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração Nº16/94 -Grupo Gerdau - Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinós Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfertil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle GmbH e Cofap	5-8
08012.002740/98-02	Sherwin Williamas do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9
08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpapel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
08012.001501/98-01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	5-9

188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasiol S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçimeros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chemicalce Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tuba, Tequila e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Caraiba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Products	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
PARECER	SEAE – AMBEV	7-3

PARECER	SDE – AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n.º
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Officio X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbochloro S/A - Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e	2-2

	Mercadorias	
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieeesp	3-11
40/92	Refrio Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio e Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panflor Ind. alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exitó	6-2
08000.001504/95-48	M P dde SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5

08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
--------------------	---	-----

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol./n.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Iris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana	4-4

Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO Nº 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998	6-4

Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA N.º 39, DE 29 DE JUNHO DE 1999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policu - USDOJ	7-7

Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

“Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”	1-3
<i>“Dumping e Concorrência Externa”</i>	1-3
<i>“Concorrência no Mercosul”</i>	1-3
<i>“Concentração Econômica e a Resolução -1 do Cade”</i>	3-1
<i>II Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	3-6
<i>V Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	7-4
<i>Workshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000</i>	7-7
<i>VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência</i>	8-1

I CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA PRÊMIO IBRAC - ESSO

1.º	Paolo Zupo Mazzucato	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
2.º	Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
3.º	Tomás Junqueira de Camargo	O Comércio Eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial	8-2
4.º	Giovani Ribeiro Loss	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2
5.º	Ricardo Noronha Ingles de Sousa	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
6.º	Cintia Gonzaga Alves	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
7.º	Antonio Carlos Machado de Andrade	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
8.º	Denis Alves Guimarães	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em Prol das Eficiências	8-2
9.º	Lucas Machado Lira	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
10.º	Tatiana Lins Cruz	Defesa da Concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais	8-2
10.º	Diego Goulart de Oliveira Viana	Globalização e Abertura Econômica X Regulamentação de Mercado	8-2

Apoio:



www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br