
**PARECER PROFESSORES MIGUEL REALE E MIGUEL REALE
JÚNIOR**

O ilustre advogado FÁBIO FERRAZ MARQUES, patrono da empresa DIRECTV1 encaminha-nos consulta para saber, em síntese, se a conduta da TV GLOBO LTDA., e TV GLOBO SÃO PAULO LTDA., ao se recusarem a contratar, com a DIRECTV¹, a utilização remunerada do sinal de sua programação, caracteriza ou não prática anticoncorrencial, tipificando, para os fins do ordenamento brasileiro, abuso de posição econômica.

Relata o digno consulente que a GLOBO, embora recusando-se a contratar esta autorização, sequer tendo respondido às comunicações que, nesse sentido, lhe foram dirigidas, autorizou as empresas NET SAT e SKY -suas afiliadas --- a transmitirem a sua programação. Sendo a empresa SKY a única concorrente da DIRECTV no setor dos operadores de serviço DTH, questiona especificamente o que segue:

- a) A recusa a negociar pode ser justificada sob o argumento da liberdade de contratar?

- b) Os fundamentos da função social da propriedade e da concessão pública não restringem esta liberdade?

- c) O ato da Rede Globo concedendo o sinal para uma de suas afiliadas, qual seja, a empresa SKY, não o concedendo à DIRECTV pode ser considerado ilegal para os efeitos da Lei 8.884/94?

- d) Tem subsistência o argumento da TV Globo de estar a DIRECTV querendo um “*free riding*” (carona) no conteúdo já produzido por ela?

¹ Empresa titular do serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite (serviço de DHT -*direct to home*) denominado DIRECTV.

e) A TV Globo, como concessionária do serviço público, pode negar o sinal, assim dificultando e turbando a legítima concorrência?

f) Tem o CADE competência para alterar decisão da ANATEL?

g) A chamada "Lei do Cabo" apresenta o princípio do *must carry*, isto é, a obrigatoriedade de os canais de tv aberta serem transmitidos também via cabo. A regulamentação referente ao DTH é omissa nesse ponto. É possível, nesse sentido, uma interpretação integrativa ?

Examinados os argumentos expendidos, bem como peças da Representação (processo nº 53500. 002586, de 29. 09. 98) que tramitou perante a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, e o voto do Relator no CADE, passaremos à análise à c caso averiguando, inicialmente, a dimensão que tem, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio constitucional da **função social da propriedade (Parte I)**, passando, depois, às concreções deste princípio ao caso, o que dará ensejo ao exame da **função social das concessões de serviço público (Parte II)** e da hipótese de **abuso de posição dominante, verticalização e discriminação**, inclusive para o efeito de situar em seus devidos termos a acusação, feita pela Globo, à a ocorrência de *free riding* (**Parte III**). Ter-se-á, assim, o quadro adequado para situar a extensão e o alcance do **princípio da liberdade contratual** frente às normas integrantes do microsistema normativo referente aos serviços públicos de concessão de radiodifusão, o qual, por organizado em múltiplas normas, deve merecer interpretação integrativa (**Parte IV**), alcançando-se, por fim, os aspectos procedimentais relativos às **competências da ANATEL e do CADE** para o exame do litígio (**Parte V**).

I) A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

1. O exame da questão proposta deve iniciar pelo seu enquadramento constitucional, definindo o princípio expresso nos artigos 5º, inciso XXIII e 170, incisos III, IV e os marcos teóricos a partir dos quais as questões propostas podem ser aclaradas. É indubitoso que o fulcro dos problemas jurídicos que serão ora tratados reside na compreensão da função social do direito de pro-

priedade, no caso, o direito alegado pela TV GLOBO² ---como titular dos direitos sobre a programação que produz, no sistema de TV aberta para recusar-se a contratar com a DIRECTV a autorização para a distribuição de seus programas em *rede* fechada.

Nas próprias justificativas apresentadas à ANATEL no curso da Representação, afirma a TV GLOBO constituir sua prerrogativa "*o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão ou reprodução de suas transmissões*". Para tal fim, aduz a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de "*licença compulsória de direitos autorais*", tentando justificar, com base em leitura de disposições da Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), notadamente o seu art. 95, o seu direito subjetivo, como proprietária da programação, de não negociar a sua retransmissão.

Observa-se, pois, quão entrelaçados estão o direito de propriedade e o princípio da liberdade contratual, somente sendo possível responder a indagação contida no primeiro item da consulta ---a saber, se a recusa da TV GLOBO a negociar pode ser justificada sob o argumento da liberdade de contratar ---se examinado, previamente, a significação e o alcance da norma constitucional, verdadeira "garantia fundamental" que determina: '**a propriedade atenderá a sua função social**'³.

2) A atribuição de uma função social à propriedade está inserida no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos que, desde o final do século XIX vem promovendo a reconstrução de institutos centrais do Direito moderno, tais quais a propriedade e o contrato, como uma tentativa de "*buscar um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e as necessidades da coletividade*"⁴. Com efeito, a cláusula da "função social" exerce papel central na superação do modelo proprietário oferecido no século XIX pelo *Code Napoléon* e pela Pandectística, possibilitando, nas palavras de STEFANO RODOTA, as bases para a "*ricostruzione dell'istituto della proprietà*"⁵.

Porém, não basta alegar a função social da propriedade, nem é adequado supor que esta tenha o condão de eliminar a propriedade privada. Ao contrário, como acertadamente averba GRAU, "*é seu pressuposto fundamen-*

² Sob esta denominação abarcamos a TV GLOBO Ltda., e a TV GLOBO SÃO PAULO Ltda.

³ CF, art. 5º, inciso XXIII.

⁴ Assim, Francesco GALGANO, *II Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, Bolonha, Zanichelli, 2ª edição, 1983, p. 152.

⁵ RODOTÀ, S. *Proprietà (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol.XIV, 1967, p.134. *Idem*: *El terrible derecho- Estudios sobre la propiedad privada*, Trad. Española, Madri, Civitas, 1986, p. 81.

tal a propriedade privada”⁶. De mais a mais, a determinação do conceito de função social - sua autonomia científica - é condição necessária para que não se o reduza ao plano das motivações morais, políticas e ideológicas⁷, razão pela qual caberá, antecedentemente ao seu exame nos quadros do direito positivo brasileiro, mencionar, ainda que de passagem, as suas raízes e a significação que tem recebido da mais atualizada doutrina nacional e estrangeira.

3) Como é por todos sabido, a noção de função social da propriedade começa a sua história com base nas formulações acerca da figura do abuso de direito, pela qual foi a jurisprudência francesa gradativamente impondo certos limites ao poder absoluto do proprietário⁸. A abordagem, contudo, ainda ocorria no plano dos "limites", fatores externos à estrutura mesma do direito subjetivo, que restava inatingido, tendo-se a propriedade como um "*droi absolu et sacré*", excepcionalmente restringido nas hipóteses de abuso.

Este entendimento inicial sofreu forte ruptura nos finais do século XIX pela pena de LÉON DUGUIT⁹ que promoveu uma crítica radical à noção mesma de direito subjetivo, propondo substituí-lo pela "*noção realista de função social*", daí assentando, em célebre dito, que a propriedade é uma função social¹⁰ (pois esta lhe é inerente), e não **tem**, meramente, uma função social. É bem verdade que a idéia da "*propriété-fonction*" já havia sido anteriormente expressa por PROUDHON¹¹, mas é DUGUIT quem aprofunda, em termos jurídicos, a polêmica, centrando sua atenção no rechaço à idéia de um sistema de direito privado orientado pelo conceito de direito subjetivo, pelo seu caráter metafísico, enquanto poder reconhecido a uma pessoa de impor a sua vontade às demais.

⁶ GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, São Paulo, Malheiros, 5ª edição, 2000, p. 253.

⁷ RODOTÀ, S. *El terrible derecho - Estudios sobre la propiedad privada*, Madri, Civitas, 1986, p. 212.

⁸ Assim sentença do Tribunal de Colmar, de maio de 1885, que se tornou célebre por impor como limite ao direito de propriedade o seu exercício em prol de um interesse sério e legítimo - um marco na construção da doutrina do abuso de direito (DUGUIT, Léon, **La responsabilidad del propietario y la jurisprudencia francesa**, apend. in: **Las transformaciones Del Derecho (público y privado)**, trad. De Carlos POSADA, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975, pp. 259 e ss.)

⁹ DUGUIT, L., **El derecho subjetivo y la función social**, in **Las transformaciones del Derecho (público y privado)**, cit., p.178.

¹⁰ DUGUIT, L. **La propiedad función social** in **Las transformaciones del Derecho (público y privado)**, cit., p.241; e **El derecho subjetivo y la función social**", na mesma obra, p.179.

¹¹ PROUDHON. **Qu'est-ce que la propriété**, in **Oeuvres Choisies**. Paris, Gallimard, 1967, p. 111.

Seguindo essa orientação, afirma, ainda no início do século XX, GEORGES RIPERT:

“(...) os direitos não são outorgados ao homem senão para lhe permitir que preencha sua função na sociedade, não há qualquer razão para lhe conceder direitos que lhe permitiriam subtrair, da utilização comum, bens úteis a todos.”¹²

O intenso debate doutrinário que seguiu-se a estas asserções acabou por refletir-se nas legislações do início do século XX, da qual é expoente a Constituição de Weimar a qual, no célebre artigo 153 estabeleceu:

“Artigo 153º. A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e os seus limites resultam de lei. (...). A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social.”¹³

Desde então, e progressivamente, as Constituições da segunda metade do Século XX passaram a aderir à fórmula, pela qual admite-se *“que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função”*, indicando a funcionalização justamente *“a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios”¹⁴*

Isto não significa dizer, em nosso entendimento, que o direito de propriedade tenha deixado o campo da regulação privada, passando a integrar o domínio do Direito Público, como quer, em posição em nosso ver equivocada, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. É o que afirma em artigo inúmeras vezes citado na bibliografia brasileira sobre o tema:

“O direito de propriedade -ou seja, o reconhecimento de que a organização jurídica da Sociedade (Estado) dispensa aos poderes de alguém sobre coisas - encarta-se, ao nosso ver, no Direito Público e não no Direito Privado. É

¹² *Apud* PACHECO BARROS, Wellington, **A propriedade agrária e seu novo conceito jurídico constitucional**, Porto Alegre, Revista Ajuris, n° 32.

¹³ **Textos Históricos do Direito Constitucional**, org. e tradução de Jorge MIRANDA, Lisboa, Imprensa Nacional -Casa da Moeda, 1980.

¹⁴ Os trechos grifados são de MARTINS-COSTA, Judith, **O Direito Privado como um "Sistema em Construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**, in Revista de Informação Legislativa n° 139, 1998, p. 13.

evidente que tal Direito comporta relações tanto de Direito Público quanto de Direito Privado. Entretanto, o direito de propriedade, como aliás sempre sustentou o prof. Osvaldo Aranha Bandeira de Mello é, essencialmente, um direito configurado no Direito Público e -desde logo -no Direito Constitucional" ¹⁵ (grifamos) .

4) Não é preciso ir tão longe. Basta considerar que a função social exige a compreensão da propriedade privada já não como o verdadeiro monolito passível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como uma **pluralidade complexa de situações jurídicas subjetivas**¹⁶. Conforme GRAU, *"a propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens"*¹⁷, o que, de resto, não constitui uma novidade em termos históricos¹⁸. Neste sentido exemplar é a formulação de PERLINGIERE, segundo o qual,

*"In realtà la proprietà privata non si configura come diritto soggettivo, individualisticamente inteso, ma come situazione unitaria e complessa composta da poteri ma anche da obblighi, doveri, oneri, la quale, a differenza della proprietà pubblica, non è funzione, ma há funzione sociale"*¹⁹

Isto porque, *"ne la proprietà há una struttura naturale e originaria"*²⁰, antes decorrendo os seus efetivos contornos

*"secondo la normativa vigente, l'evoluzione dei rapporti in senso lato patrimoniali ed il ruolo che questi hanno storicamente acquisto nel piú ampio sistema dei rapporti sociali e politici"*²¹

¹⁵ **Novos aspectos da função social da propriedade no direito público**, São Paulo, Revista de Direito Público, vol. 84, out-dez. 1987,p.39.

¹⁶ A função social da propriedade consiste numa série de obrigações, de encargos, de limitações, de estímulos e de ameaças que formam parte da regulamentação do direito de propriedade para serem cumpridos neste princípio. A função social da propriedade não se ajusta a um só recurso de técnica jurídica: é todo um complexo de recursos mediante os quais, de forma direta ou indireta, o proprietário é levado ao campo da função social" (Neste sentido, A. BALLARIN MARCIAL, **Evolução do princípio jurídico do direito de propriedade rural**, Revista de Direito Agrário,.n.12, ano 10, 1994, p.28)

¹⁷ GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, Cit., p. 257.

¹⁸ Para o exame das "propriedades" no Direito Medieval veja-se GROSSI, Paolo, **Proprietà - diritto intermedio**, verbete in: Enciclopedia del Diritto, vol. XXXVII, 1988.

¹⁹ PERLINGIERE, Pietro, **Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale**, Nápoles, ESI, 2ª edição, 1991, p. 452.

²⁰ Idem, ibidem.

²¹ Idem, ibidem.

de sorte que

*“la funzione sociale, una volta configurata connotazione essenziale allo statuto proprietario, non puo non contribuire a disegnare la struttura della relativa situazione soggettiva”*²²

Em outras palavras, o atributo da função social não é meramente "externo" ao direito, ele o **integra**, assim modificando-se o conceito construído pelo Jusracionalismo antecedente à codificação moderna que o perspectivava como "poder da vontade", como direito natural do homem sobre as coisas, em cujo conteúdo não cabem deveres e limitações. É o que afirma GRAU, segundo o qual o princípio *"passa a integrar o conceito jurídico-positivo de **propriedade**, (...) de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade"*²³

Também assim, em trabalho recente, VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA²⁴:

"A função social é intrínseca à propriedade. (...) Pode-se dizer que não basta apenas o título aquisitivo para conferir-lhe legitimidade: é preciso que o seu titular, ao utilizar o feixe dos poderes absolutos, amplos ou restringidos - integrantes do direito de propriedade, esteja sensibilizado com o dever social imposto pela Constituição Federal.

A concepção complexa e escalonada da função social da propriedade teve o mérito de superar os entendimentos dualistas, pelo qual a função social estaria atada à "natureza" de certos tipos de propriedade (por exemplo, a propriedade dos bens de produção). Não sendo mais considerado monoliticamente o direito, nem apenas visualizado externamente, a questão é de saber como se estrutura, em **diferentes graus**, a função social, conforme a função que o direito é chamado a operar e às suas efetivas **utilidades** para a sociedade, sendo certo que a Constituição brasileira não traduz a distinção, determinando apenas ---repetimos --- que *‘a propriedade (isto é, qualquer propriedade) atenderá à sua função social’*.

²² Idem, ibidem.

²³ Op. cit., p. 260. Adota, contudo, o autor, a perspectiva dualista, com a qual não concordamos, pelos motivos expostos.

²⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha, **Perfil constitucional da função social da propriedade**, Brasília, Revista de Informação Legislativa, vol. 141, 1999, p. 14.

E se toda e qualquer propriedade "*atenderá à sua função social*", assim também a **propriedade imaterial** e a propriedade da empresa e não apenas a propriedade do solo ou a dos bens de produção, devendo as leis que regulam o exercício das espécies de domínio, como a Lei nº 9.610/98, serem entendidas em conformidade com a Constituição e com aquilo que é ali qualificado como "garantia fundamental".

5) Assim sendo, e prevendo o ordenamento brasileiro esta função ---o que ocorre reiteradamente, seja no já citado art. 5º, inciso XXIII e no art. 170, inciso III, ambos da Constituição Federal, seja ainda, no plano da empresa, no art. 154 e no art. 116, parágrafo único, da Lei nº 4.404/76, seja, enfim, de *lege ferenda*, no art. 1.228, parágrafo 1º do projetado Código Civil²⁵ ---tem-se que a função social "*si compenetra nella struttura soggettiva e relazionale della proprietà*"²⁶. Como consequência,

*'L'uso del diritto e corretto se, oltre a realizzare il rispetto dei divieti e dei limiti espressamente predisposti dal legislatore, si sustanzia in un comportamento conforme alla funzione sociale, che puo consistere sai in omissioni sai in adempimenti di obblighi positivi attuativi di interessi individuali e generali'*²⁷.

Com efeito, equívoco devido a uma literatura hoje já ultrapassada, vigorante nos primeiros decênios do século XX, percebia a cláusula da função social tão somente em sua dimensão negativa, como proibição do exercício de determinados comportamentos. No Estado Social contemporâneo, todavia, que procura "*a harmonia entre, num lado, idéias liberais de uma economia livre e, no outro, a igualdade de chances e a distribuição de riquezas*"²⁸, a

²⁵ Art. 1.228. *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. §1º -O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.* (Grifamos).

²⁶ PERLINGIERE, Pietro, op. cit., p. 451, grifamos.

²⁷ Idem, p. 449, grifamos.

²⁸ Assim KRELL, Andreas, referindo-se à Alemanha, mas em citação que em tudo se aplica ao modelo normativo da ordem econômica desenhado na Constituição Brasileira (*in Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais*, texto

função social predeterminada à propriedade privada não concerne exclusivamente à questão dos seus limites, assumindo, ao contrário,

*"un ruolo di tipo promozionale, nel senso che la disciplina delle forme proprietarie e le loro interpretazione dovranno essere attuate per garantire e per promuovere i valori sui quali se fonda l'ordinamento"*²⁹

Assim ocorre entre nós por força do art. 170, incisos II e III que encerram princípios constitucionais impositivos, segundo a terminologia utilizada por CANOTILHO, uma vez cumprirem a dupla função de instrumental e de objetivo específico a ser alcançado, justificando não só a reivindicação de políticas públicas comprometidas com a sua concretização³⁰ quanto interpretação produtiva, que não lhe restrinja a eficácia. Presta-se, portanto, a procedimentos interpretativos de legitimação das aspirações sociais, nova ótica do estudo da hermenêutica, de acordo com TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR³¹.

6) Entre estes deveres positivos que decorrem da função social está, por vezes, o dever de contratar. Na literatura portuguesa enfrenta o tema MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA para assegurar que, independentemente dos casos expressos na lei, *"o dever de contratar existe, pelo menos quando se trate de uma situação de monopólio de direito ou de fato e de bens ou serviços de importância vital para os particulares"*³², podendo verificar-se também em situações em que *"baste que se esteja diante de bens ou serviços de importância vital, mesmo não se verificando uma situação monopolista"*³³.

É que, como tem reiteradamente acentuado o primeiro signatário deste parecer, o princípio da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica³⁴, o que significa afirmar, como sublinha MARTINS-COSTA,

integrante de A Constituição Concretizada, org., SARLET, Ingo Wolfgang, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 37.

²⁹ PERLINGIERE, P., op. cit., p. 445.

³⁰ Eros Grau, in **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo, ed. RT, 1991, 2ª ed., p. 244.

³¹ **Interpretação e estudo da Constituição Federal de 1988**, São Paulo, Atlas, 1990.

³² ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, **Direito das Obrigações**, Coimbra, Almedina, SA edição, 2000, p.211.

³³ Idem, ibidem, grifamos.

³⁴ REALE, Miguel, **O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 32.

"que o contrato, expressão privilegiada da autonomia privada, ou poder negocial, não deve ser mais perspectivado apenas como a expressão, no campo negocial, daquela autonomia ou poder, mas como o instrumento que, nas economias de mercado, mas não apenas nelas, instrumentaliza a circulação de riqueza da sociedade³⁵".

7) Se assim ocorre no âmbito do Direito Civil, com muito mais razão verifica-se a incidência destes princípios no campo do Direito Administrativo, em especial com relação às concessões de serviço público, e do Direito Econômico, dominado que é tanto pela tutela da livre concorrência como pela repressão ao abuso do poder econômico (Constituição Federal, art. 170, inciso IV e 173, § 4º). Cabe pois examinar, nestes específicos domínios, como se concretiza o princípio da função social pelas normas que, -no plano infraconstitucional, tratam de regular as concessões (Parte II) e de impedir e sancionar o abuso do poder econômico (Parte III).

II) FUNÇÃO SOCIAL E CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

8) A qualificação jurídica do ato da TV GLOBO, recusando celebrar contrato com a TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A afim de autorizar esta a transmitir, através de sua associada DIRETV, a programação aberta da GLOBO, nos mesmos moldes e condições em que ela autorizou a SKY, não pode ser devidamente configurada sem se levar em conta, de maneira primordial, o que a Constituição de 1988 estatui, e o que dela diretamente decorre, no que se refere à prestação de serviços públicos de telecomunicações.

O que se deve desde logo destacar é que a GLOBO não constitui uma empresa privada criada tão somente pela livre iniciativa de seus proprietários -e, como tal, regida pelas normas jurídicas que disciplinam as atividades econômicas em geral -porque ela é uma **concessionária federal do serviço de radiodifusão sonora e de sons e de imagens** (Constituição, art. 21, Inciso XI I, letra "a") e, como tal, se subordina à Lei Geral das Comunicações, Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Assim sendo, está, em primeiro lugar, sujeita aos princípios de *"legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"*, que presi-

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith, **O Direito Privado como um Sistema em Construção: as cláusulas gerais** no Projeto do Código Civil Brasileiro, cit., p. 13.

dem toda a administração do País (Carta Magna, art. 37), não podendo eles deixar de ser estendidos aos serviços públicos objeto de autorização, permissão ou concessão outorgadas pela União, mesmo porque o citado mandamento se refere a administração direta e indireta, sendo absurdo que entrem em eclipse aqueles princípios por se tratar de serviços públicos confiados a particulares.

9) Isto posto, e à luz de todos os enfoques normativos ora lembrados que se deverá apreciar a pretensão da GLOBO, ao basear a sua recusa de autorização à TVA no *direito autoral* que tem sobre sua programação, notadamente nos artigos 95 e 29 da respectiva Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998) quando estatuem o direito autoral, o qual, no entanto, não podem ser vistos como plasmadores de um direito absoluto, antes devendo ser compatibilizados com a normativa constitucional.

Não há dúvida que o direito autoral da GLOBO se insere nas regras antes aludidas, mas cumpre incontinenti salientar que **ele não é absoluto**, estando sujeito às restrições e vedações estabelecidas na Constituição e na legislação subconstitucional, que antes de mais determina, como já exaustivamente exposto, dever ser a propriedade ---qualquer propriedade, inclusiva a dos bens imateriais ---exercida em consonância à sua função social.

Da configuração dada à propriedade pela Carta Magna já tratamos em longa exposição, dada sua relevância. Por ora, vamos nos referir aos direitos e deveres que tem uma empresa concessionária de telecomunicações.

10) Em primeiro lugar, a já citada Lei Geral das Telecomunicações começa por salientar, em seu art. 2º, que o Poder Público tem, entre outros, o dever de

I - "garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II -estimular a expansão do uso de redes e serviços de comunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III -adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários."

Eis aí consagrados quatro princípios que merecem nossa atenção para os fins da Consulta, a saber: o **caráter público** do serviço concedido; o **livre acesso às programações televisivas** mediante percepção pelo concessionário de retribuição razoável; o **dever de expansão de uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público**; e, finalmente a promoção de **diversidade dos serviços, promovendo-se sua competição**.

11) Basta a enumeração desses princípios para se reconhecer que o titular de uma concessão de serviço de televisão não tem o direito de, a **seu bel prazer**, recusar autorização, para uso de seus sinais, a uma outra empresa do setor, obstaculizando a expansão do serviço público e a sua diversidade.

Além disso, temos o art. 6º que põe em realce o caráter de **competição** entre as prestadoras de serviço de telecomunicações, mas com proibição de competição imperfeita ou infratora da ordem econômica, *in verbis*:

"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".

Quanto à abrangência dos interesses a que atendem os serviços de telecomunicações, o parágrafo único do art. 63 da mencionada Lei Geral estabelece que

*"os serviços de telecomunicações em **regime público** é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuições a sua Prestadora de obrigações de universalização (note-se) e de continuidade." (nossos os grifos).*

A idéia de **competição não abusiva** permeia toda a Lei Geral, cujo Art. 70 é de uma clareza meridiana ao dispor que

"Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, plena e justa entre os prestadores do serviço, no regime público ou privado (...)"³⁶.

³⁶ Grifamos

Não é demais assinalar que, se a TV GLOBO pretender que seu serviço seja prestado em regime privado (o que é absurdo) a mesma Lei Geral, em tal caso, determina em seu art. 127, que devem ser garantidas

“I - a diversidade dos serviços, o incremento de sua oferta e qualidade;

(...)

V- o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços.

VI - a isonomia (sic) de tratamento às prestadoras”.

Desse modo, o contrato de concessão de serviço público, sob a regência específica dos princípios constantes da Lei Geral de Telecomunicações, está ainda mais sujeito ao viés da função social, consistente. no *"oferecimento à sociedade de maneira adequada de serviços públicos, essenciais, necessários ou de indiscutível utilidade³⁷"*, como é o de telecomunicações.

12) Por meio da concessão o Estado transfere a um particular o exercício de uma faculdade que lhe é própria, devendo o concessionário desenvolver sua atividade tendo em vista a função social deste contrato que é, inquestionavelmente, figura

"de direito público, porque a relação jurídica é de direito público e as empresas privadas, vinculadas à execução do contrato, devem proceder visando o interesse público³⁸".

Se o concessionário deve procurar satisfazer um seu interesse pessoal, que é o lucro, no entanto, no exercício desta faculdade estatal, por via de translação, é fundamental que obtenha uma compatibilização e justo equilíbrio para atendimento do interesse público³⁹.

Mais não é necessário acrescentar para ficar demonstrado, como já o dissemos, que a exclusividade alegada pela GLOBO, no exercício de seus direitos autorais, **não tem caráter absoluto**, estando sujeita a todos os objeti-

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith, **Alternativas de gestão da administração pública: o regime de concessões e permissões municipais**, in Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, n° 7, novembro de 1999, p. 41.

³⁸ CAVALCANTI, Themistocles, **Projeto de lei reguladora das concessões de serviço público federal**, in, Revista Trimestral de Direito Público, 2/93, p. 235.

³⁹ GONÇALVES, Pedro, **A concessão de serviços públicos**, Coimbra, Almedina, 1999, p. 126.

vos e restrições da Lei Geral das Telecomunicações, devendo como concessionária atender à função social do contrato e não praticar abusos na competitividade com outras empresas.

As apontadas determinações da Lei Geral estão em plena consonância com o já lembrado § 4º do Art. 172 da Constituição, que considera toda forma de **atividade anticoncorrencial**, tal como se dá no presente caso, com a recusa da autorização supra referida, recusa essa que importa em **bloqueio da livre iniciativa** da TVA, em uma forma típica de eliminação de concorrência, matéria que agora passaremos a examinar.

III) DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA REPRESSÃO AO ABUSO DE PODER ECONÔMICO

13) Dispõe a Constituição Federal, no inciso IV do art. 1º, constituir “*fundamento*” da República Federativa do Brasil, “*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”. É no âmbito destes valores ---tidos como fundantes, ou estruturantes da própria República ---que devem ser precisados os conceitos, conexos e antinômicos, de **livre concorrência** e **concorrência desleal**.

A **livre concorrência** é a liberdade para competir no mercado, consistindo a concorrência na existência de diversos agentes que, num mesmo tempo e espaço, buscam um mesmo ou similar objetivo. Ou, como afirma com clareza e simplicidade DIETRICH REIMER⁴⁰:

"On entend par concurrence l'aspiration de plusieurs à un même but ou à un but analogue".

Na economia, precisa-se o conceito para entender-se que

"il y a acte de concurrence toutes les fois que plusieurs personnes poursuivent un même but ou un but analogue dans le domaine économique".

Neste domínio a concorrência decorre, como consequência necessária, da **liberdade de iniciativa econômica**, sendo então adjetivada como "livre", isto é, acessível a todos, liberta de certos obstáculos que têm por efeito impossibilitar ou dificultar sobremaneira a acessibilidade, a todos, de ofertar,

⁴⁰ REIMER-BEIER e BAUMANN, **La repression de la concurrence deloyale en Allemagne**, Paris, Economica, 1978, p. 97.

num mesmo mercado, bens ou serviços iguais, similares ou análogos, por parte de diversos operadores. Ensina, a propósito, FRANCESCO FERRARA⁴¹:

*“La libertà della concorrenza rientra nella libertà dell’iniziativa economica privata, **della quale costituisce un atteggiamento**. Come il soggetto è libero di indirizzare la sua attività in qualsiasi settore, quindi per la produzione di qualsiasi bene o servizio (salvo il divieto di legge), così è libero di indirizzarla anche in quei settori, dove operano già produttori economici. La circostanza che un soggetto abbia iniziato per primo la produzione di beni o servizi, salvo che ricorrano i presupposti per la costituzione di una esclusiva a suo favore, non impedisce ad altri di fare altrettanto e quindi che successivamente il primo venga a concorrere con altri sul mercato”.*

14) Observamos que, pela primeira vez na história de nosso Direito Constitucional, a "livre iniciativa" foi elevada à dignidade de princípio constitucional, como se acha consagrada no art. 170, inciso IV da Lei Fundamental em vigor, e isto depois de, no *caput* desse mesmo artigo, declarar-se que a ordem econômica no Brasil se funda, entre outros, sobre o valor da "iniciativa privada".

Por sinal que ela é referida destacadamente logo no art. 1º da Constituição como um dos **fundamentos** do Estado Democrático de Direito, não se devendo olvidar que esse artigo é de natureza manifestamente preambular, pois enumera quais são os "princípios fundamentais" do novo ordenamento democrático do País. Assim sendo, não é este ou aquele outro dispositivo isolado da Constituição que nos permitirá captar o novo sentido da nova ordem econômica, mas sim todo o contexto de suas disposições.

Ora, **livre iniciativa** e **livre concorrência** são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a **autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados**. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhes um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 10 e 170.

⁴¹ **La tutela della libertà della concorrenza nel diritto italiano, in La libertà de concorrenza**, Milão, Giuffrè, 1970, p. 17.

Já o conceito de **livre concorrência** tem caráter instrumental, significando o "princípio econômico" segundo o qual a retribuição dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do **livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado**. Justifica-se, no entanto, a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado; quer do embate de forças competitivas privadas que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros.

15) Ora, a **livre concorrência** constitui, por assim dizer, o perno da **livre iniciativa**, uma vez que sem aquela esta não tem consistência, a partir da idéia básica de que é a **competição livre** entre as diversas empresas que condiciona a formação dos preços dos respectivos produtos, como resultado da relação entre o custo do material e do trabalho empregados e a técnica de produção.

O fator competitivo é de tal ordem que ele não pode se desligar do conceito de **livre concorrência**, consoante o magistério de ROGER LE MOAL⁴², nos seguintes termos:

"Concurrent, du latin 'concurrere', signifie 'courir avec' ou 'accourir esemble' et la 'concurrence' apparait comme une situation de convergence d'un certain nombre de personnes qui visent un même objectif, qui aspirent a un même avantage. Cette situation est alors proche de l'entente ou de la collusion (du latin 'cum ludere') signifiant 'jouer ensemble'.

Plus communément encore, la concurrence est une situation de rivalite, de competition, de lutte, de conflite et toujours d'antagonisme ".

Na concorrência há uma pluralidade de atores, que visam a atrair a clientela mediante processos lícitos, como melhoria da qualidade do produto, aperfeiçoamentos na técnica de sua oferta, etc., estabelecendo-se uma rivalidade, que exige esforço para permanecer ou prevalecer no mercado.

Há um interesse geral, no entanto, em que se fixem limites de proteção aos concorrentes e aos consumidores, havendo, de conseguinte, uma interação de interesses privados e interesses gerais (ROGER LE MOAL)⁴³, com a

⁴² Conforme **Droit de Concurrence, Introduction**, 1979, p. 2.

⁴³ *Ob. cit.*, p. 16.

vedação de "*exclusividade de decisões*" que acobertem atividades de natureza anticoncorrencial.

Daí a justa afirmação de FERNANDO ALBINO DE OLIVEIRA⁴⁴:

"Onde não existe essa liberdade de concorrer fica difícil identificar situações de abuso do poder econômico, pois este poder econômico já se encontra controlado pelo próprio Estado".

16) Observa-se, assim, que a liberdade de iniciativa para atuar no mercado só se configura, no entanto, quando não estiver restrita a um, ou a alguns, mas for, à o menos potencialmente, estendida a todos. É por isso mesmo que implica a **existência de regras que a tutelem, que a assegurem enquanto valor** ---entre nós, repetimos, valor constitucional fundante ---, de modo a permitir a sua efetiva concretização na ordem prática. Dito de outro modo, a tutela da livre concorrência implica a restrição, por ato de autoridade estatal, de certas práticas que, por abusivas, desleais, monopolísticas ou quetais, acabam por impedir a concretização daquele valor constitucional.

Não por acaso, aliás, é que as primeiras regras estatais para assegurar a livre concorrência nasceram nos Estados Unidos, a nação modelar da economia de mercado, já no século passado, com a edição, em 1887, do *Interstate Commerce Act* e, logo em seguida, em 1889, com o *Sherman Act*, o qual capitulava como ilícito penal e civil certas práticas limitativas da concorrência. No âmbito do direito comparado, digno de registro é, já neste século, a *Kartellverordnung* de 1923 da República de Weimar, por representar, o primeiro exemplo de aplicação do **princípio do abuso** na regulamentação dos cartéis e a UWG, lei alemã de 7 de junho de 1909 sobre a repressão à **concorrência desleal**, posteriormente complementada por outros textos legislativos. Pode-se mesmo afirmar não existir, atualmente, nação estruturada em economia de mercado que não possua legislação anticoncorrencial.

Isto não significa, evidentemente, que, nos mais variados países, a legislação pressuponha uma igualdade absoluta dos operadores no mercado, o que, de resto; estaria confinado ao universo das proposições utópicas. Muito pelo contrário, este é um campo da atividade humana que está polarizado, permanentemente, por um **estado de tensão**, no qual se opõem e se complementam, dialeticamente, indústria e comércio, produção e distribuição, fornecedores e consumidores, inovações tecnológicas e estabelecimento de custos,

⁴⁴ Conforme **Notas sobre a Disciplina Jurídica dos Preços**, in *Revista de Direito Público*, nº 49/50, p. 293.

busca de eficiência e manutenção de qualidade, o desempenho competitivo e a conduta leal no mercado, entre outros fatores.

17) Contudo, se é bem verdade que a livre concorrência não tem como pressuposto o igualitarismo dos concorrentes, também é verdade que a mesma não dispensa a **concorrência leal**, isto é, aquela desenvolvida segundo um certo modelo de conduta pautado pela honestidade, pela correção no tráfico negocial. É evidente que, na apreciação da **deslealdade da concorrência** não é possível ao intérprete afastar certos elementos que compõem o cerne da atividade concorrencial, que consiste em "*introduzir-se na clientela do rival pela qualidade e pelos preços das prestações ofertadas*" ⁴⁵, nem aqueles que decorrem da própria natureza da atividade, como a busca de maior eficiência do agente econômico. Acena-se, por isto mesmo, à distinção entre os "*obstáculos naturais*" à livre concorrência ---v,g, os decorrentes do avanço tecnológico, ou da maior eficiência do agente econômico --- intransponíveis e inamovíveis, e os "*obstáculos artificiais*", **estes sim passíveis de remoção, atenuação ou disciplinamento por ato de autoridade pública.**

Cuidaremos destes atos em cinco itens específicos, a iniciar pelos que vêm recobertos, no nosso ordenamento, pela expressão "abuso de poder econômico" (A), examinando, subseqüentemente, os entendimentos doutrinários sobre os atos de concentração vertical (B), discriminação no mercado (C), passando, então, ao exame concreto do abuso de posição dominante e discriminação por parte da TV GLOBO em relação à DIRECTV (D) e, por fim, das alegações da TV GLOBO de que a transmissão de sua programação pela DIRECTV traria conflito com as transmissões regionais e importaria na prática de *free riding* (E).

A) O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

18) O **abuso de uma posição dominante no mercado** constitui, incontroversamente, obstáculo artificial à livre concorrência, passível de capitulação como infração por via legislativa, a qual é, entre nós, expressa e objetivamente punível por regra legal, a saber, a do art. 20, IV, da Lei n° 8.884/94.

Esta regra também tipifica como infração da ordem econômica o **exercício, de forma abusiva, de posição dominante.** É infração objetiva,

⁴⁵ REIMER-BEIER-BAUMANN, ob. cit., p. 119.

averiguável pelo só fato do implemento da condição posta na lei, qual seja, o controle, por empresa ou grupo de empresas, de **parcela substancial de mercado relevante**, sem necessidade de perquirir-se o *animus* do agente. Vale a pena transcrever a integralidade do texto que, tendo por escopo reduzir a vagueza semântica que tradicionalmente cerca a expressão, adentra a preocupação conceitual, produzindo a seguinte definição estipulativa:

*"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". (art. 20, § 2º, grifamos).*

Entendida na doutrina estrangeira como a posição que indica a existência de um grau de dominação do mercado *"que permita à empresa (ou empresas) nessa situação assumir um comportamento globalmente independente, definir autonomamente a estratégia, a prosseguir no mercado"*⁴⁶, a definição de "posição dominante", entre nós, recebeu tratamento tarifário. É que no § 3º do art. 20, a lei estabelece a presunção de ter posição dominante a empresa ou grupo de empresas, que controle (ao menos) vinte por cento (20%) do mercado relevante. É uma noção fundamentalmente referencial, e, para determiná-la, é preciso alcançar o clareamento da noção de "mercado relevante".

19) Esta é, por sua vez, uma noção relativa. Em termos amplos significa o mercado economicamente significativo de um produto ou de um serviço em determinada área geográfica, havendo possibilidade do exercício de poder neste mercado, e, portanto, potencial consequência anticompetitiva neste recorte da atividade econômica na região determinada. Como se vê, é uma noção que só adquire sentido uma vez definido, *in concreto*, o mercado 'a que respeita, cujos limites podem ser geográficos ou materiais.

O domínio de mercado relevante não constitui, por si só, 1 ilicitude. Se assim fosse, não haveria a possibilidade de monopólio, nem teria sentido a regra do art. 54, § 1º e incisos da Lei nº 8.884/94. Não encontrariam eco no sistema, por igual, leis conformadoras de políticas públicas que estimulam a constituição de grupos de empresas visando o aumento da competitividade em

⁴⁶ Assim doutrina da Comissão da Comunidade Européia e do Tribunal de Justiça da Comunidade, segundo relatam SANTOS, Antonio Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão in **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 1995, 24 edição, p. 399.

certos setores da economia. A legislação existente, em suma, não se opõe ao crescimento das empresas! mas tão somente aos comportamentos nocivos à concorrência que impliquem a exploração abusiva de uma situação de privilégio resultante da detenção de posição dominante⁴⁷.

A Lei não contém a definição de "*exercício abusivo de posição dominante*". Evidentemente seria impossível à lei fixar, em uma restrita fórmula legislativa, todo o extensíssimo rol de condutas abusivas. Por esta razão -e enquanto desenvolve-se o lento trabalho da jurisprudência, inclusive a administrativa, do CADE, de fixação de conceitos jurídicos- a própria lei já demarca certos pontos de apoio ao trabalho do intérprete, aludindo, por exemplo, à **criação de embaraços que limitem ou impeçam o acesso de novas empresas ao mercado, ou de dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente**, ou, ainda, à atitudes que impeçam o acesso do concorrente a bens essenciais **pela recusa injustificada de venda** (art. 21, incisos V e XIII), como condutas concretizadora da *fattispecie* prevista no inciso IV do art. 20.

Na verdade, os tipos abertos do art. 21 encontram concreção sempre que a conduta implicar -como alude o art. 54, inc. III -eliminação da concorrência de parte substancial do mercado de bens e serviços.

20) A definição legal de "posição dominante" conduz ao clareamento de outras duas noções contidas no texto da retrotranscrita norma, a saber, as de **parcela substancial de mercado** e a de **mercado relevante**. No que concerne à primeira, é o próprio texto legislativo que fornece os parâmetros para a sua precisão, aludindo o§ 3º **presumir-se** como da ordem de vinte por cento (20%) a parcela de mercado tida como "*substancial*" no que concerne ao controle por uma empresa, ou grupo de empresas. O que significa que aí está posto parâmetro mínimo, uma vez que a substancial idade da parcela poderá crescer, gradualmente, se maior for o percentual da parcela do mercado controlado.

21) Já o **mercado relevante** é o mercado economicamente significativo de um **produto (ou serviço)** em determinada área geográfica, havendo possibilidade do exercício de poder neste mercado, e, portanto, potencial consequência anti-competitiva neste recorte da atividade econômica naquela região.

⁴⁷ Nesse sentido, para a legislação da CE, SANTOS, GONÇALVES E MARQUÊS, **Direito Económico**, cit., p. 401.

O abuso de posição dominante não decorre, porém, apenas destes fatores, podendo modelar-se por via da **concentração**, horizontal ou vertical, hipótese a seguir examinada.

B) A CONCENTRAÇÃO VERTICAL

22) O chamado **cartel vertical** verifica-se pela formação de "*ententes*", convenções, pactos, associações ou similares constituídas entre empresas que estejam situadas, por sua produção, em estágios diferentes do ciclo produtivo.

A cartelização pode operar, como é por todos sabido, nos planos horizontal e vertical. É dita "horizontal" quando a coligação ou "*entente*" ocorre entre empresas que atuam num mesmo setor de atividades econômicas e operam na mesma fase do ciclo de produção. Diferentemente, há cartel vertical quando a associação é feita entre empresas que atuam no mesmo setor, mas em fases distintas do ciclo produtivo.

23) Se é certo que, na maioria dos casos, as fusões horizontais constituem o maior perigo à livre concorrência - sendo objeto, freqüentemente, das políticas *antitrust* - sendo as verticais apontadas como promotoras da eficiência econômica, também é verdade que, em algumas hipóteses, estas podem constituir grave fator anticoncorrencial, possibilitando a exclusão dos concorrentes⁴⁸. Assim tem sido o entendimento da Comissão da Comunidade Européia, que se mostra particularmente vigilante quanto aos efeitos de exclusão resultante das operações verticais⁴⁹. Este efeito é, aliás, particularmente sublinhado por JEAN-BERNARD BLAISE que destaca a restrição à concorrência quando a empresa, como no caso em exame, é produtora de bem essencial insubstituível e se associa a outra, cujo setor de atividades reside em estágio diverso do ciclo produtivo, prejudicando os concorrentes da empresa associada. Anota, neste sentido, o autor:

"De tels contrats peuvent avoir pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, soit en raison de l'importance de la part de marché détenue par les contractants, soit en raison de leur multiplicité, soit en raison d'un monopole légal détenue par l'une des parties ".

⁴⁸ Nesse sentido PAIS, Sofia Oliveira, **O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Português**, Porto, Universidade Católica, 1997, p. 91.

⁴⁹ Idem, *ibidem*, nota 167.

Por isto certas associações verticais são proibidas, na defesa da livre concorrência. MANUEL AFONSO VAZ, ao exemplificar as "*ententes*" proibidas no âmbito da Comunidade Européia, alude aos acordos verticais que podem suceder nos contratos de distribuição exclusiva (em que uma empresa se obriga a não fornecer um produto destinado a revenda, em certo território, a não ser a determinada empresa), e nos contratos de compra exclusiva (nos quais obriga-se o distribuidor a apenas comprar de um determinado fornecedor)⁵⁰. E, entre nós, ensina NEIDE TERESINHA MALARD, ex- Conselheira do CADE:

"A verticalização é benéfica até o ponto em que .faz um ângulo reto, alcançando o concorrente. E o caso, por exemplo, da aquisição de fonte de matéria-prima"⁵¹.

Isto significa dizer que, quando a verticalização se horizontaliza, formando o "ângulo reto" denunciado pela ex- Conselheira do CADE, e assim vindo a atingir o concorrente, deixa de ser benéfica, caracterizando **infração à ordem econômica**. Esta é patente ainda mais quando se une o cartel vertical com a discriminação por preço, **ou por recusa de contratar a venda de produto ou serviço** para os distribuidores, assim atingindo a livre concorrência.

C) A DISCRIMINAÇÃO COMO LIMITAÇÃO À CONCORRÊNCIA

24) Já assinalamos ser condição mesma da liberdade da concorrência a lealdade da concorrência. Por esta razão é que as regras jurídicas impõem parâmetros que auxiliam a delimitar o que seja a concorrência desleal, isto é, a que atenta contra a liberdade na qual a concorrência econômica há de ser exercida. Nesse sentido, entre nós, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que estatui constituir **infração da ordem econômica, independentemente de culpa**, todos os atos que, "*sob qualquer forma manifestados*", tenham por objeto ou possam produzir como efeito, real ou potencial "*limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa*", dificultando o desenvolvimento de empresa concorrente, com discriminação consistente na recusa injustificada de venda de bem essencial (art. 20, *caput* e inciso I e art. 21, incisos V e XIII) .

⁵⁰ **Direito Económico -a ordem económica portuguesa**, Coimbra, Coimbra Editora, 3º edição, 1994, p. 274.

⁵¹ In Revista do IBRAC, vol. 3, nº 1, janeiro de 1996, p.36.

25) Bem, assim, há infração à ordem econômica quando ocorre **conduta discriminatória**, referindo alei a prática de discriminação ao *"recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais"* (art. 21, inciso XIII, Lei n° 8.884/94) .

Um caso expressivo é relatado em acórdão da Corte de Justiça da Comunidade Européia, versando acerca da interpretação a ser conferida ao art. 86⁵² do Tratado CEE. Tratava-se de examinar se constituía ou não conduta abusiva no mercado o fato da isenção, por parte de empresa-pública titular de monopólio legal na exploração dos serviços portuários, do pagamento de taxas os seus próprios serviços de *ferri boat* e, por reciprocidade, os de alguns dos seus parceiros comerciais. Entendeu o Tribunal que essa isenção *"implica a aplicação aos outros parceiros comerciais da empresa pública de condições desiguais por prestações equivalentes"*, constituindo, assim, prática abusiva de uma posição dominante, uma vez que a conduta da empresa pública colocava os concorrentes *"por esse facto, em desvantagem na concorrência"*⁵³.

Cabe lembrar, neste passo, também, a observação de JEAN MARC MOUSSERON⁵⁴ segundo o qual,

"La discrimination peut respecter des chronologies différentes: elle peut naitre d'une défaveur imposée à um distributeur comme d'une faveur faite à un distributeur ou obtenue par lui"

Estas condutas constituem, incontestavelmente, obstáculos artificiais ao livre desenvolvimento do mercado e, por isto, estando tipificadas na Lei, são passíveis das sanções previstas no art. 23 da Lei n° 8.884/94. São condutas que, como agora será examinado, vêm sendo praticadas

⁵² Art. 86- *"É incompatível com o mercado comum, e proibido, na medida em que cal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum, ou numa parte substancial deste", especificando o mesmo texto legal de modo exemplificativo, prática de abuso consistente no fato de empresa "aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência"*. (Conforme texto oficial do Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Européia, Luxemburgo, 1993) .

⁵³ Decisão de 17 de julho de 1997, Processo n° C-242/95 (GT-Link A/S vs. De Danske Statsbaner -DS8) Sexta Secção, nos autos de pedido dirigido ao Tribunal pelo Ostre Landsrecht (Dinamarca), destinado a obter do Tribunal comunitário a interpretação do art. 86, entre outros, do Tratado CEE.

⁵⁴ **Producteurs, distributeurs -quelle concurrence?**, Paris, Librairies Techniques, 1986, p.95.

pela TV GLOBO, prejudicando injustamente os legítimos interesses econômicos da Consulente.

D) ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE E DISCRIMINAÇÃO POR PARTE DA TV GLOBO

26) A Lei nº 8.977/95 determina, em seu art. 23, que a TV a cabo deverá ter disponíveis canais para transmissão da programação da TV aberta. A norma 008/97, da ANATEL, estatui que poderá ser feita, pelo serviço DTH, a transmissão da programação de TV aberta com a celebração de contrato com a concessionária ou permissionária de serviços de radiodifusão.

Esta normativa corresponde aos dados revelados pela realidade, pois pesquisas de mercado indicam que o público consumidor procura na televisão por assinatura, primordialmente, acesso à televisão aberta, ao lado da multiplicidade de opções que lhe são possíveis, muito especialmente alguns programas da TV GLOBO, como o "*Jornal Nacional*" e a "novela das 8". Tal é a procura por estes programas pelo público consumidor que esta programação constitui verdadeiramente um **bem essencial**, conceito que deve ser visto de forma mais ampla e não em sua estreita compreensão clássica, pois o que deve prevalecer é o relevo econômico, que não se limita apenas com o aspecto estrutural.

27) O conceito de "bem essencial" não traduz idéia naturalista, antes decorrendo de fatores de ordem histórica, sociológica e econômica, pois essencial é o bem que, presente a conjuntura de determinada atividade econômica, seja fundamental para o seu exercício, apresentando as notas da exclusividade e da "não-substituibilidade". Em outras palavras, é essencial o bem sem o qual uma empresa não apenas está impedida de se desenvolver, como também condenada a ver continuamente reduzida a sua clientela, na medida em que quem produz o bem reclamado o sonega em favor da concorrente.

Assim, se a lei do CADE considera infração à ordem econômica a criação de dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento de empresa concorrente, a recusa de venda de bem por via da qual se impede este desenvolvimento constitui por óbvio a negação de um bem essencial, pois do contrário perderia sentido a tipificação da infração prevista no art. 21, XIII, da Lei nº 8.884/94, combinado com o art.20, IV da mesma lei.

Ressalta HERBERT HOVENKAMP⁵⁵ que a doutrina da **Essential Facility**

"holds that it is illegal for the controller of property defined essential facility to deny access to a competitor".

O bem é indispensável se insubstituível para desenvolvimento do negócio. A ilegalidade na negação de negociá-lo é claramente patente se praticada por empresa em posição dominante, pois

"the facility must account for a dominant share of a properly defined relevant market",

sendo certo que, se

"the facility can be duplicated it is not essential"⁵⁶.

28) Pois bem: na espécie, há uma integração vertical, reconhecida na própria defesa apresentada pela TV GLOBO nos autos da antes citada Representação, na qual esta afirma negar-se a vender seu produto para ser mais eficiente na fiscalização, pois o poder de fiscalização sobre a distribuidora do sinal na banda KU *"somente é jurídica e economicamente viável se realizado através de empresas verticalmente integradas"*.

Esta integração vertical ---ao que se saiba não disciplinada pelo CADE, como o deveria ser nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94 ---é de grande vulto como destaca a Representação e é ainda melhor especificada no parecer do DR. ARTHUR BARRIONUEVO FILHO, pelo qual se verifica que a GLOBO na TV aberta tem mais de 50% da audiência e mais de 70% da publicidade, no mercado nacional.

Já no âmbito da TV por assinatura, a TV GLOBO atinge, por via das empresas de que é sócia majoritária (NET e SKY), 63,18% dos assinantes-. Especificamente quanto ao sistema de televisão a cabo, tem a NET cerca de 1.593.800 assinantes, possuindo a concorrente TVA mais de um milhão a menos, com cerca de 561.800 assinantes. No campo estrito da transmissão por satélite, que tem tido crescimento expressivo, a Consulente, DIRECTV, tem, ainda segundo BARRINUEVO FILHO, **apresentado tendência de queda "principalmente com o aumento da participação de mercado da SKY", acenando-se a curva descendente a partir do momento em que se consolida**

⁵⁵ **Antitrust**, St. Paul, 1993, 2 ed., p.

⁵⁶ Op. cit. p. 117.

a entente entre a TV GLOBO e a sua afiliada SKY para a retransmissão exclusiva do sinal de TV aberta gerado pela sociedade-mãe.

29) Estes dados indicam claramente a existência de discriminação, a qual, no ensinamento de REIMER⁵⁷, se concretiza por via da

"inégalité de traitement infligée dans les cadres de relation d'affaires",

a qual concerne

"aussi bien au refus général d'entreprendre ou de poursuivre des relations d'affaires que tout traitement inégal concernant les prix ou autre condition",

podendo, ainda,

"consister en une abstention". (grifamos)

Em conhecido trabalho KLAUS TIEDEMANN⁵⁸ indica que, no campo do abuso de posição dominante no mercado, estão, em primeiro plano, os casos de discriminação, formas de boicote tais como impedimento de expedição ou negativas de venda.

A discriminação é, destarte, o modo mais usual de abuso, e só tem relevo como assinala REIMER⁵⁹ se praticada por quem ostenta posição dominante e exerce poder sobre o mercado, tratando diferentemente uma empresa que deveria ser tratada como as outras.

30) É incontroverso caber razão à doutrina acima transcrita, ao analisar o caso concreto, no qual a posição dominante e o fato da verticalização tornam esta instrumento de **combate desleal, de discriminação**. Nesta perspectiva, deixa a verticalização de ser uma forma lícita de aumento da eficiência, transformando-se em ilícito fator de eliminação de concorrência⁶⁰

Dentre estes fatores avultam dois que podem ser assim sintetizados:

⁵⁷ Ob. Cit., p. 705

⁵⁸ **Poder económico y delito**, Barcelona, trad. Amelia M. Villegas, Ariel, 1.985, p.84.

⁵⁹ Ob. Cit., p. 693.

⁶⁰ Assinala HOVENKAMP, Herbert, comentando as fusões verticais que *"today virtually any mergers are analyzed under the provisors of § 7 of the Clayton Act, which condemns mergers whose effects "may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly"*. (Antitrust, St. Paul, 1993, 2 ed. , p. 142)

- a venda com exclusividade a uma associada;
- a detenção, pela empresa mãe envolvida na verticalização, da produção de bem essencial ou indispensável.

Justamente estes fatores estão nitidamente delineados no presente caso, no qual a TV GLOBO -empresa produtora de bem essencial, que detém significativa posição dominante firmou "*entente*" com empresa do setor de televisão ("*entente*" vertical, portanto), da qual é quotista majoritária estabelecendo, com a mesma, uma exclusividade de venda ao se recusar a contratar com a concorrente de sua associada o acesso ao bem essencial que produz.

Este bem essencial é ainda reclamado pelos consumidores como aponta o correio eletrônico recebido pela Consulente e a pesquisa realizada pela agência DPZ, que indica que os assinantes da TV a Cabo assistem prioritariamente à TV GLOBO.

Portanto, não reste dúvidas: a TV GLOBO, detentora de posição dominante no mercado de transmissão televisiva, produz bem essencial, porque absolutamente não substituível, e, portanto, único (*essential facility*), assim considerada a sua programação, reclamada também pelos consumidores da TV por satélite. Mesmo assim, nega-se a vendê-lo à Consulente, transmissora de sinais de televisão via satélite, para manter exclusividade de venda à sua associada SKY, diretamente concorrente da Consulente, que não tem como buscar, junto a outras televisões abertas um bem que o substitua.

31) Ora, admitir-se que a GLOBO, estará, em linguagem prosaica, "*dando um tiro no próprio pé*" ao negociar seu sinal com a concorrente de associada é confessar que há uma integração vertical, em função da qual age em favor de uma empresa que lhe pertence em prejuízo de empresa concorrente de sua afiliada, para impedi-la de se desenvolver, por meio do abuso de posição dominante.

Malgrado seja uma concessionária de serviço público, que deve agir em função não apenas de seu interesse de lucratividade, mas com vista, também, a função social dos meios de telecomunicações e, de modo geral, ao interesse público, de acordo com os princípios da Lei Geral de Telecomunicações, a TV GLOBO assume prática anticompetitiva, utilizando a integração vertical para impedir o desenvolvimento da concorrente e sua associada⁶¹,

⁶¹ PROENÇA, José Marcelo Martins, **Concentração empresarial e o direito de concorrência**, São Paulo, Saraiva, 2.001, p. 69. Conforme o Autor no mercado a jusante pode-se verificar

praticando discriminação com o fito de alcançar total domínio do mercado televisivo em todas as suas formas de transmissão.

No entanto, procura-se elidir a TV GLOBO da pecha de conduta discriminatória, mediante a imputação, à DIRECTV, da prática de *free riding*, que ocorreria se a Consulente passasse a retransmitir a sua programação, ponto que deve merecer análise específica.

E) A QUESTÃO DO POSSÍVEL CONFLITO COM AS TRANSMISSÕES REGIONAIS E DO *FREE RIDING*

32) A TV GLOBO apresenta ainda duas alegações, para tentar justificar a recusa de venda de seu sinal à DIRECTV:

(a) a sua necessidade de controlar as transmissões regionais, tendo em vista contratos com as respectivas emissoras, o que só seria possível com uma integração vertical e (b) a existência de *free riding* ou "carona", se a DIRECTV transmitir a programação da GLOBO.

Ambos argumentos são inconsistentes.

Primeiramente, é mister ressaltar que, do ponto de vista da realidade, o controle nem mais seria necessário, visto que cada região hoje já tem condições técnicas, conforme informação da Consulente, de enviar o sinal ao satélite que o retransmitirá à Terra, para aquela mesma região, sem que haja qualquer interferência possível entre as programações de regiões distintas.

E mesmo que assim não fosse, o que se admite apenas para argumentar, a impossibilidade da GLOBO de controlar as transmissões que seriam feitas pela DIRECTV, com o fim de resguardar seus contratos com as emissoras regionais, não passa de mera alegação. Não há nada que afaste a possibilidade de esse controle ser previsto em contrato, entre a GLOBO e a DIRECTV e cumprido por esta. De fato, ao se negar ao mínimo, que era negociar com a DIRECTV, a GLOBO não pode afirmar que tal controle, supostamente necessário, seria impossível de ser feito pela DIRECTV. Afinal, ela sequer tentou ou propôs que isso ocorresse.

barreira em razão da recusa do fornecedor de entregar o produto aos distribuidores concorrentes.

33) Quanto à alegação de que a DIRECTV quer "pegar carona" na programação da GLOBO, trata-se de argumento falacioso, que por fim demonstra a existência de infração à ordem econômica.

É argumento falacioso, pois as premissas são falsas, quais sejam: (1) de que seria uma vantagem gratuita; (2) que a DIRECTV tem a possibilidade de tirar essa vantagem à revelia da GLOBO e (3) que a DIRECTV e a GLOBO são competidoras e não teriam mútuos benefícios nos seus negócios.

HERBERT HOVENKAMP define *free riding* como a obtenção de vantagem de um produto ou serviço oferecido por alguém, sem que isso seja pago⁶². JEFFERY HARRISON⁶³ é ainda mais claro:

"The issues of positive externalities give rise to the concept of 'free-riding'. Free-riding takes place when individuals are able to take advantage of the benefits of the activities of others without paying for those benefits (...) Economists and game theorists use a construct called 'chicken game' to illustrate the free-riding problem. Like the actors in the prisoner's dilemma, the participants in the chicken game have a choice of two actions. In the watch dog example, it would be to buy or not buy a watch dog. Here each party would prefer that the other party incur the expense of the dog. If a party were positive the other party would not acquire the dog, then he would be willing to buy it because the value of the dog would outweigh its costs".

Portanto, são características do *free riding* a possibilidade de obter vantagem gratuita de produto ou serviço alheio, à revelia de quem os produziu, sem que es tenha qualquer benefício com essa utilização.

Ora, isso não é o que ocorre no presente caso. Em primeiro lugar, não existe a possibilidade de a DIRECTV transmitir via satélite os sinais da GLOBO, sem que esta os libere.

Em segundo lugar, a DIRECTV não pretende transmitir gratuitamente os sinais da GLOBO, mas sim pagar o preço de mercado para isso.

E, finalmente, em sendo transmitida a programação da GLOBO também pela DIRECTV, ambas se beneficiariam, o que não ocorre no *free riding*, em que apenas uma parte obtém vantagem em detrimento da outra, que produziu o serviço ou produto e, conseqüentemente, arcou sozinha com os custos disso. **Além disso, deve-se ressaltar que a DIRECTV retransmitirá**

⁶² HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. Second edition. St. Paul, Black Letter Series, 1993, p. 86: "A free rider is a firm that takes advantage of a product or service offered by someone else without paying for it".

⁶³ HARRISON, Jeffery L. *Law and Economics*. St. Paul, West Group, 2000, p. 47/48.

a própria TV GLOBO, com sua programação sob a égide dos signos dela, GLOBO, com total preservação dos seus direitos autorais.

34) Para compreender bem a questão, é necessário chamar a atenção para o mercado relevante no presente caso. Assim, uma coisa é o mercado de transmissão de sons e imagens via satélite (sistema DTH), no qual as concorrentes são a DIRECTV e a SKY. Outra é a elaboração de programas de televisão, oriunda de concessão de serviços públicos de radiodifusão, em cujo mercado são concorrentes o SBT, a GLOBO, a Bandeirantes, etc.

O fato de a programação da GLOBO ficar disponível também aos assinantes da DIRECTV somente amplia o *market share* da própria GLOBO, o que resulta em maior crescimento e lucros para si, com o aumento do número de telespectadores e, conseqüentemente, anunciantes. Portanto, haveria mútuo benefício entre DIRECTV e GLOBO, de sorte a afastar a ocorrência de *free riding*. Nesse sentido, HERBERT HOVENKAMP salienta que a negativa de negociar encontra fundamento, quando visa a afastar o *free rinding*⁶⁴, o que, conforme visto, não ocorre nem pode ocorrer no presente caso.

É importante ressaltar que a própria GLOBO reconhece que o mercado relevante no presente caso é o de DTH (fls. 42/43 da defesa), no qual ela não participa. **Sim, ela não participa**, pois a GLOBO é empresa de radiodifusão, concessionária' de serviço público, e não transmissora de sinais via satélite. Por outro lado, sendo a GLOBO cotista majoritária da SKY (reitera-se, ato de concentração não levado ao CADE, pelo que se sabe), a negativa de negociar com a DIRECTV encontra razões alheias às naturais de quem quer crescer ainda mais no seu mercado.

35) Ademais, não se pode permitir que um serviço público concedido à GLOBO possa significar o diferencial mercadológico de outra empresa (SKY), para forçar seu enriquecimento ou preponderância no mercado DTH, em detrimento da DIRECTV. É claro que a GLOBO deve receber a devida remuneração pela sua programação, mas os fins dos serviços públicos de radiodifusão, que representam o interesse público, devem prevalecer frente ao interesse privado e abusivo da GLOBO de dominar outro mercado. Eis o que dispõe o art. 3º do Decreto 52.795/63 quanto à finalidade dos serviços de

⁶⁴ HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust**. Second edition. St. Paul, Black Letter Series, 1993, p. 210: "Concerned refusal to deal are legal if they are undertaken in order to prevent free riding."

radiodifusão:

“Art. 3º. Os serviços de radiodifusão têm finalidade educativa e cultural, mesmo em seu aspecto informativo e recreativo, e são considerados de interesse nacional, sendo permitida, apenas, a exploração comercial dos mesmos, na medida em que não prejudique esse interesse e aquela finalidade.” (*grifos nossos*)

Por conseguinte, a transmissão dos sinais da GLOBO pela DIRECTV, por meio de contrato no qual estivesse garantida a remuneração àquela, não configuraria free riding, mas sim permitiria que ambas empresas obtivessem proveitos econômicos lícitos, dentro das regras normais de comércio, favorecendo o interesse público decorrente de serviço que é prestado pela TV GLOBO, por meio de concessão administrativa.

36) Por todos estes motivos, a negativa de venda do sinal pela GLOBO revela, sem sombra de dúvida, a existência de **conduta discriminatória**, tipificando-se de forma precisa e exata uma lesão à concorrente.

Na espécie, vale registrar, verificaram-se as duas hipóteses aventadas por MOUSSERON, qual seja, ao “desfavor” praticado em relação à DIRECTV correspondeu, inversa e polarmente, o favor praticado em relação à SKY, empresa por ela GLOBO controlada, com manifesta afronta aos arts. 20, I e IV, e 21, V e XIII da Lei na 8.884/94.

Sucedo no caso em tela a conjugação de circunstâncias que podem permitir que uma só empresa de televisão aberta, não monopolista, exerça poder de mercado através de conduta unilateral ou não coordenada⁶⁵.

37) Não foi por outra razão, a não ser a garantia de correta competitividade, que o Congresso americano determinou que também na transmissão via satélite se tivesse livre acesso à televisão aberta⁶⁶, que é comprovadamente exigida pelo telespectador da televisão por assinatura e, portanto, essencial ao desen-

⁶⁵ Diretrizes para fusões do Departamento de Justiça dos Estados Unidos na Rev. do IBRAC, vol.3, nº 1, p. 63.

⁶⁶ Em 1999 o Congresso norte-americano sancionou o “Satellite Home Viewer Improvement Act, SHVIA, removendo todo e qualquer impedimento à retransmissão via satélite de sinais de televisão aberta. (EPSTEIN, Gary M. e BARKER, James H., **Resumo e cronologia dos esforços dos Estados Unidos da América para promover a concorrência nos mercados de transmissão direta via satélite e de transmissão de vídeo multicanal**, tradução feita pela DIRECTV de apresentação feita ao CADE.

volvimento do negócio. A aprovação de lei específica indica a necessidade de não deixar ao alvitre do intérprete, na tarefa de integração normativa, a concessão do acesso à televisão aberta à transmissão via satélite, sem dever-se recorrer à disciplina estabelecida pela televisão a cabo.

Estas regras devem ser, por via da integração analógica expressamente prevista em nosso ordenamento (art. 4º da lei de introdução ao código civil), estendidas ao sistema da televisão por satélite. Se, por ora, não existe no Brasil regra específica que assim determine, como ocorre nos Estados Unidos, não se deve retirar, desta lacuna legislativa em matéria tão nova em nosso ordenamento, conclusão restritiva e não amparada em nenhum cânone de interpretação, considerando incabível a interpretação integrativa, para entender que só lei específica poderia determinar a extensão da disciplina da televisão a cabo à televisão por satélite.

É um absurdo concluir que não se deve realizar interpretação integrativa porque nos Estados Unidos ---onde desenvolveu-se muito mais a transmissão por satélite ---a matéria foi resolvida por meio de lei, esquecendo-se inclusive da diversidade metodológica entre os sistemas jurídicos. Tal posicionamento importaria determinar a omissão diante da correta. competição, ferindo-se, assim, todos os princípios constitucionais e legais que, entre nós, pautam a livre concorrência.

Como conseqüência do até aqui exposto resta evidente caber à globo o **dever de contratar** a alienação do sinal de televisão aberta à DIRECTV, matéria que será agora desenvolvida.

IV) DOS LIMITES À LIBERDADE CONTRATUAL : O DEVER DE CONTRATAR

38) A “*liberdade contratual será exercida nos limites e em razão da função social do contrato*”, prevê o Projeto do Código Civil (art. 421), assim tornando prescritivo o entendimento que, há décadas, vem sendo expresso pela melhor doutrina, nacional e estrangeira.

Se à propriedade é cometida, constitucionalmente, função social, como lógica decorrência o contrato, “*veste jurídica das operações econômicas*”, nas palavras de ENZO ROPPO⁶⁷ vem também revestido por .esta função, independentemente de expressa previsão infraconstitucional.

⁶⁷ ROPPO, Enzo, **O Contrato**, trad., portuguesa, Coimbra, Almedina, 1988.

A função social apresenta-se, assim, como uma condicionante ao princípio da liberdade contratual, “estando na base na disciplina contratual e constituindo o pressuposto mesmo, da função (social) que é cometida ao contrato⁶⁸”.

Explica a doutrina:

*“Ao termo condição pode corresponder uma conotação adjetiva, de **limitação** da liberdade contratual. (...). Contudo, considerar a norma do art. 420 apenas uma restrição à liberdade contratual seria acreditar que esta constitui um princípio absoluto, o que constitui uma falácia há muito desmentida. Por isto entendo estar cometida àquela norma também uma conotação substantiva, vale dizer, de **elemento integrante do conceito de contrato**. É por ser este dotado de função social que a liberdade contratual encontra limites. É pelo mesmo motivo que esta é regularmente exercida”⁶⁹.*

Por isto é.que,

“integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso.específico, que é o de entender-se a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma “exceção” a um direito absoluto, mas como expressão da função meta-individual que integra aquele direito”⁷⁰

Quer-se assim assinalar que a dimensão que terá, no caso, o princípio da liberdade contratual, e seu corolário, qual seja, o da liberdade de concluir contratos, é demarcada pelo **conjunto normativo** que efetivamente rege a matéria, não se podendo jamais tomar em conta certas regras de forma isolada ou atomística. Ora, a **extensão, por via analógica**, ao sistema da televisão por satélite, das normas que regem a televisão por cabo justifica-se plenamente se se tiver e conta o conjunto normativo até aqui considerado.

39) Já marcamos que a função social atinge quaisquer propriedades privadas, inclusive a imaterial; assinalamos o peso específico que o princípio da função social adquire nas concessões de serviços públicos, mormente os de teleco-

⁶⁸ MARTINS_COSTA, Judith, **O Direito Privado como um Sistema em Construção**, cit., p. 13.

⁶⁹ Idem, ibidem.

⁷⁰ Idem, ibidem.

municações, de exponencial relevância pública, econômica e inclusive política. Já foram sublinhadas, por igual, as normas (princípios e regras) que regem o Direito da Concorrência e vedam condutas discriminatórias e abusivas. O que se quer agora afirmar é que estas normas, constitucionais e infraconstitucionais, devem ser interpretadas sistematicamente, pois perfazem um **conjunto significativo, polarizado por certos valores**.

A interpretação, compreendida como o alcançar o sentido de uma regulação jurídica proposta por um texto, supõe uma operação complexa, na qual conjugam-se vários métodos, o gramatical, o histórico, o analógico, o sistemático, o teleológico e o constitucional, isto é, a interpretação direcionada aos valores constitucionais entendidos como valores-chave do sistema.

A interpretação analógica consiste, nas abalizadas palavras de MANUEL DOMINGOS DE ANDRADE, “*na aplicação de um princípio jurídico que a lei põe para certo facto a outro facto não regulado, mas semelhante, sob o aspecto jurídico, ao primeiro*”⁷¹. Diante de casos não cogitados pelo legislador,

*“o intérprete busca regulá-los no sentido em que o legislador os teria decidido se neles tivesse pensado. E como procurando bem no sistema se podem descobrir caso análogos já regulados, extrai-se por u processo de abstracção a disciplina jurídica que vale para estes, alargando- os até compreender os casos não previstos, mas cuja essência jurídica é mesma”*⁷²

A interpretação analógica completa-se com interpretação sistemática, a qual conduz a uma outra escala de significações, qual seja, a escala da **significação finalística**. É a interpretação teleológica, que tem em vista evidenciar a finalidade da regra e o bem jurídico que anima.

40) Como é por todos sabido, foi von JHERING o primeiro jurista a situar, com a devida relevância, a **finalidade ou o fim** como o elemento verdadeiramente criador do Direito⁷³ afirmando não existir nenhuma norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um propósito, isto é, a um **motivo prático**. Por esta razão, o critério ou medida que serve para julgar o Direito não é um

⁷¹ ANDRADE, Manoel Domingues, **Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis**, Coimbra, Arménio Amado -Editor, 1987, p. 158.

⁷² Idem, ibidem, grifamos.

⁷³ JHERING, Rudolph von, **A finalidade do Direito**, Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1979.

critério de verdade, mas um critério relativo de finalidade⁷⁴ e assim assentando a teleologia como poderoso tópico hermenêutico.

Lembra RECASENS-SICHES⁷⁵ que a finalidade do Direito, para JHERING, é a proteção de interesses. As regras jurídicas existem à vista de certo escopo considerado digno de tutela e, por isto, acresce, aos métodos hermenêuticos já assinalados, a interpretação teleológica, que é a que revela este escopo. Ou, como assegura LARENZ:

“Interpretação teleológica quer dizer interpretação de acordo com os fins cognoscíveis e as idéias fundamentais de uma regulação. A disposição +particular há -de ser interpretada no quadro do seu sentido literal possível e em concordância com o contexto significativo da lei, no sentido que corresponda optimamente à regulação legal e à hierarquia destes fins. A esse respeito, o intérprete há -de ter sempre presentes a globalidade dos fins que servem de base a uma regulação”⁷⁶.

Neste passo, cabe lembrar o que já acima acentuamos, qual seja, a finalidade, evidente na regulação em causa, entendida em sua globalidade, de assegurar a livre concorrência, atendida a função social que permeia a concessão de serviços públicos de telecomunicações.

41) Em suma, na consideração da extensão analógica, ao sistema de televisão por satélite, da regra do art. 23, inciso I da Lei nº 8.977/95 é preciso ter em mente, além dos fatores antes aludidos, os **bens jurídicos** que, em cada norma, situam-se como a razão que as justifica e que adquirem sentido no contexto significativo do ordenamento jurídico. E, como se já não bastasse, caberia ainda lembrar a interpretação constitucional, assim entendida aquela polarizada pelos princípios constitucionais, que constituem os valores que cada sociedade tem como fundamentalmente relevantes. Conforme LARENZ,

“o requisito da interpretação conforme à Constituição exige dar preferência, nos casos de várias interpretações possíveis segundo o sentido literal e o contexto, àquela in-

⁷⁴ RECASENS SICHES, LUIS, **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**, Fondo de Cultura Económica, 1956, p.47.

⁷⁵ Op. cit., p. 48.

⁷⁶ LARENZ, K., **Metodologia da Ciência do Direito**, Lisboa, 1997, Trad. Portuguesa, Calouste Gulbenkian 3ª ed., p. 468, grifos nossos.

terpretação em que a norma, medida pelos princípios constitucionais, possa ter subsistência”⁷⁷.

Na espécie, como cremos ter demonstrado à sociedade, as indicações que defluem do contexto sistemático, bem como da finalidade da norma, são de per si tão evidentes, que nem seria preciso recorrer ao critério da sua conformidade à Constituição, o que fazemos tão-só como -reforço argumentativo. E essa conformidade vem evidenciada pela sua leitura conjunta dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social, que impõem, *in casu*, a restrição da liberdade contratual, pelo dever de a TV GLOBO contratar com a DIRECTV a alienação de sua programação aberta. A extensão da televisão aberta à Televisão por via de cabo teve como fundamento principal, a nosso ver, o impedimento da discriminação e da competitividade desleal. Assim, para evitar esses nocivos efeitos em face da televisão por satélite, deve a lei do cabo ser analogicamente estendida à televisão via satélite.

Outro motivo justificador da extensão efetuada pelo Art. 23, da Lei da Televisão a Cabo, consiste no benefício que traz à televisão aberta, benefício este igualmente existente no que “respeita à televisão por satélite, pois desta forma, terão acesso direto à TV Globo mais de meio milhão de telespectadores, assinantes da DIRECTV, com significativo resultado positivo para a TV aberta, no caso a TV GLOBO, em sua publicidade e em sua audiência.

V -Aspectos Relativos às Competências da ANATEL e do CADE

42) A Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, no sentido que seus atos somente são válidos e legítimos se tomados com base em normas jurídicas. Contudo, devem ser diferenciadas duas formas de limitação da atuação administrativa. A primeira afasta qualquer possibilidade de escolha quanto à prática, à forma ou ao momento do ato administrativo, chamando-se tais atos de vinculados. A outra maneira de limitação da atuação administrativa permite certa liberdade de escolha a ela, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, sendo chamada de competência discricionária⁷⁸.

⁷⁷ Idem, p. 487.

⁷⁸ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo, Malheiros, 1997, p. 266: “*Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma. Atos ‘discricionários’ pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo*

Com efeito, a opção do legislador brasileiro pelas agências tem por fim garantir maior eficiência na regulamentação, na fiscalização e no controle de determinados campos administrativos, cuja complexidade e necessidade de conhecimentos técnicos específicos são características marcantes. No que tange ao setor de telecomunicações, foi criada a ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, por meio da Lei 9.472/97, tendo sido delimitada a sua competência, basicamente, no art. 1º e 19.

O CADE, por sua vez, não tem todas as competências naturais das agências regulatórias, com elas não se confundindo, sendo um órgão eminente judicante⁷⁹, voltado para a prevenção e para a repressão de infrações contra a ordem econômica e destinado a aplicar os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, -da função social da propriedade, pa defesa dos consumidores e da repressão ao abuso de poder econômico, nos termos do art. 1º da Lei 8.884/94.

Considerando as duas formas de limitação da atuação administrativa e as competências previstas, tanto para a ANATEL quanto para o CADE, é possível concluir que seus atos são, basicamente, discricionários, tendo ambos liberdade para atuar, dentro das suas competências.

43) É mister, assim, esclarecer qual a relação entre as competências da ANATEL e do CADE, no âmbito dos serviços de telecomunicações, já que ambos órgãos, como se viu, têm discricionariedade para aplicar normas ligadas ao direito concorrencial.

Com efeito, dispõem os artigos 7º e 19 da Lei 9.472/97, *in litteris*:

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

Parágrafo Primeiro. Os atos envolvendo prestadora de serviços 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

critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.”

⁷⁹ Lei 8.884/94, art. 3º: “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta Lei.” Os grifos são nossos.

de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

Parágrafo Segundo. Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE, por meio do órgão regulador.” (grifamos)

“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 de ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE;”(grifamos)

Percebe-se que a Lei 9.472/97, acentuou a competência judicante do CADE, **garantindo à ANATEL a instrução dos processos referentes a infrações à ordem econômica, mas a deixando a aquele a apreciação final dos mesmos, como prevê o art. 7º, inciso II da Lei 8.884/94** (“Art. 7º. Compete ao Plenário do CADE: ... II -decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei ;”).

Nesse sentido, CARLOS ARI SUNDFELD⁸⁰ comenta:

“Quanto à existência de organização administrativa para defesa da concorrência, esta já é antiga no Brasil, pois o CADE -Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi criado por lei em 1962 Seu perfil atual foi dado pela Lei 8.884, de 11.6.1994, que o transformou em ente independente, como poder para tomar as decisões finais na matéria(...) Ressalte-se que as agências de regulação dos servi-

⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 17/38.

ços federais, como a ANATEL, ANEEL e ANP, não absorveram, em relação a seus respectivos setores da economia, competências típicas do CADE,- que as possui também nesses setores.”

44) Caberá ao CADE, assim, no âmbito das telecomunicações, no que tange ao direito concorrencial, apreciar e julgar as decisões da ANATEL. **E isso implica em analisar e interpretar a legislação das telecomunicações, à luz das normas constitucionais e das normas gerais de proteção à ordem econômica.** Afinal, se não fosse dado ao CADE apreciar e aplicar as normas específicas do setor das telecomunicações, sob o enfoque do direito concorrencial, não haveria como nem porque ele decidir sobre a existência de infração a ordem econômica nesse setor.

Na verdade, no momento em que a própria lei geral das telecomunicações garante, expressamente, a apreciação discricionária do CADE e lhe assegura as competências, frente a ANATEL, está garantindo a ele a análise final, sob o ponto de vista da proteção da concorrência, das decisões, regulamentações e interpretações feitas pela agência nessa área. Qualquer tentativa de interpretação em outro sentido representaria afronta à literal dispositivo de lei, e, portanto, qualquer limitação da competência do CADE, para analisar em sua completude os aspectos concorrenciais de decisão da ANATEL, seria flagrantemente ilegal.

Portanto, não há que se falar que o voto do relator JOÃO BOSCO LEOPOLDINO FONSECA invadiu a competência da ANATEL ao interpretar a legislação existente de radiodifusão e decidir aplicar o mesmo dispositivo que vige para a transmissão via cabo ao sistema DTH. Ele nada mais fez do que exercer a competência administrativa judicante, portanto discricionária, que lhe garante tanto a Lei 9.472/97, quanto a Lei 8.884/94.

45) Importante ressaltar que *discricionariedade* não se confunde com *arbitrariedade*. A primeira refere-se a ato inserido num campo de liberdade, delimitado sim por normas, como são os princípios ligados à proteção da ordem econômica. Já a arbitrariedade refere-se a ato administrativo alheio aos limites impostos pelas normas, tanto as que prevêm a discricionariedade ou quanto às relativas a atos vinculados. Portanto, sendo clara a competência do CADE para analisar, integrar e aplicar as normas de telecomunicações, no que tange ao direito concorrencial, a decisão do relator não pode de forma alguma ser considerada arbitrária, no sentido de usurpar competência da ANATEL.

Em conclusão, presentes os quesitos formulados pela Consulente, opinamos:

- a) a recusa em negociar não pode se justificar sob o argumento da liberdade de contratar;
- b) os fundamentos da função social da propriedade contrato de concessão de serviços públicos radiodifusão restringem esta liberdade, impondo, no caso, o dever de negociar, de resto previsto, por extensão analógica, na Lei nº 8.977/95, art. 23 inciso I.
- c) a recusa da TV GLOBO em negociar, tendo em vista sua posição dominante como televisão aberta, a integração vertical que realiza com a empresa SKY, na condição de sociedade-mãe, e a essencialidade do bem que se nega a fornecer, caracteriza discriminação em prejuízo da Consulente, fato este tipificado como infração econômica (art. 21, incisos V e XIII, combinados com art. 20, inciso IV, da Lei nº 8.884/94).
- d) A retransmissão, pela DIRECTV, da programação da TV GLOBO, mediante pagamento, e com a divulgação do símbolo da REDE GLOBO e sua programação integral, não constitui *free riding*, não sendo, portanto, conduta ilícita.
- e) Não. As normas relativas à concorrência e as normas reguladoras de concessão de serviços públicos, bem como o próprio caráter desses serviços e a finalidade de interesse público, às quais estão direcionadas, induzem ao dever de negociar o sinal
- f) O CADE, enquanto órgão julgante, na esfera administrativa econômica, tem competência para analisar e alterar as decisões da ANATEL, nos termos do art. 7º e 19 da Lei 9.472/97.
- g) Já respondida, nos termos do item "b", *supra*.

São Paulo, 4 de junho de 2001.

MIGUEL REALE
MIGUEL REALE JÚNIOR