

---

**RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR**<sup>1</sup>

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 ilícitamente 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

---

<sup>1</sup> 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 pelo 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 nexos 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 requisitava 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 possuírem 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***

