

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 8 número 7 - 2001

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

JURISPRUDÊNCIA

LEGISLAÇÃO



São Paulo

Volume 8 número 7 - 2001

ISSN 1517-1957

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

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

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

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

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

Periodicidade: 12 números em 2001

Catálogo

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

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

SUMÁRIO

PARECERES APRESENTADOS PELA DIRECTV E PELA GLOBO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 53500.000359/99 REPRESENTANTE: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES-ANATEL “Ex- Officio”-(TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A - DIRECTV) REPRESENTADA: TV GLOBO LTDA e TV GLOBO SÃO PAULO LTDA

PELA DIRECTV

PARECER PROFESSOR ARTHUR BARRIONUEVO FILHO.....	3
PARECER PROFESSOR WERTER R. FARIA.....	43
PARECER PROFESSORES MIGUEL REALE E MIGUEL REALE JÚNIOR.....	57

PELA GLOBO

PARECER DRA. NEIDE MALARD.....	97
PARECER PROF. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.....	119
PARECER RUY SANTACRUZ.....	131
RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	177

PARECER PROFESSOR ARTHUR BARRIONUEVO FILHO

Impactos Concorrençiais no Mercado de TV por Assinatura da Restrição para a Retransmissão do Sinal da TV Globo

1. Introdução

O Processo Administrativo 53500-000359/99, proposto “*ex-officio*” pela ANATEL, tem como objetivo apurar a existência de prática anticoncorrencial por parte da TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo Ltda. por se recusarem a autorizar a DIRECTV a incluir em seu serviço de Distribuição de Sinais de Televisão a áudio via Satélite (Serviço 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.

Diante desse fato, a DIRECTV pergunta:

- i. A recusa de contratar, em iguais condições às da operadora de DTH, SKY (afiliada da Rede Globo), a retransmissão dos sinais dos canais locais da Rede Globo de Televisão é um ato com quais efeitos concorrençiais?
- ii. O uso do sinal da Rede Globo de Televisão por empresa alheia ao Grupo, poderia ser caracterizado como uma atitude de “*free riding*”, ou seja, oportunista do ponto de vista econômico, que utilizaria um investimento feito pela Rede Globo, para dele se beneficiar?

Para responder a essas questões, essenciais para o presente Processo Administrativo, é necessário analisar – à luz dos dados disponíveis - os impactos concorrençiais no mercado relevante nacional de “TV por Assinatura” desta proibição.

Deve-se considerar também que – no presente caso – por tratar-se de setor regulado, existem obrigações de transmissão do sinal que alteram os

efeitos concorrenciais da decisão de restringir a emissão de sinais, que já estão disponíveis ao público através dos canais de TV aberta.

Como se pode ver, a questão concorrencial neste caso é complexa, tratando-se de relação entre dois serviços fortemente complementares, o de transmissão de TV paga e o de produção de conteúdos. Trata-se de uma situação, onde evidências apontam para a utilização da posição dominante na produção de conteúdos e da TV aberta, associado à restrição em caso, criando condições para a formação de posição dominante no mercado de transmissão paga - não por melhor desempenho em termos de qualidade de serviços ou de preços - mas, apenas, por restringir de maneira não razoável o acesso dos concorrentes a transmissão do conteúdo da TV Globo aberta. Sendo que, no momento da escolha do fornecedor de TV paga, a TV Globo já é conhecida e goza de grau elevado de fidelidade dos consumidores.

Para tratar deste caso, dos efeitos anticoncorrenciais da restrição e da inexistência de características de oportunismo no pleito de transmitir o sinal da TV aberta Globo, em condições simétricas às afiliadas, deve-se abordar os aspectos a seguir. Na seção dois, examina-se a caracterização dos mercados relevantes envolvidos e a evolução dos *players* neste mercado. Na seção três, temos a análise da natureza da restrição da transmissão de sinal de um canal de TV aberta, compreendida como prática de busca de posição dominante em mercado relacionado e, a análise dos fatos disponíveis sobre os efeitos ocasionados pela restrição à retransmissão de sinais. Finalmente, na seção quatro, o exame da conduta de *free riding* e a inaplicabilidade do conceito na situação presente.

2. Mercados Relevantes e “Players” Envolvidos

A avaliação de uma situação concorrencial inicia pela definição dos mercados relevantes envolvidos. Neste caso, em particular, a adequada compreensão do mercado relevante, em suas dimensões de produto e geográfico é crucial para decidir sobre a existência de conduta anticoncorrencial. Isto se deve ao fato de dois serviços estarem em jogo no mercado de TV por Assinatura, o de transmissão de sinais e o de conteúdos. Eles são intimamente relacionados e possuem uma ligação essencial – particularmente na **fase de introdução** da TV paga – com o mercado de TV aberta, onde a Rede Globo possui posição dominante.

A análise dessa questão, exige que sejam discutidos os seguintes aspectos referentes à estrutura deste mercado, quais sejam: 1) características gerais de mercados onde existem produtos/serviços interrelacionados; 2) a

definição do mercado relevante de produto TV por Assinatura; 3) a TV aberta e a produção de conteúdos; 4) o mercado relevante geográfico da TV por Assinatura e; 5) a evolução dos “*players*” no mercado de TV por Assinatura.

2.1 Mercados com Serviços Interrelacionados

A definição de mercado relevante, que é semelhante nos diversos países com legislação de defesa da concorrência, tem duas dimensões: a) o mercado relevante *de produto* que identifica os produtos ou serviços que competem entre si e b) o mercado relevante *geográfico*, que identifica a área na qual a competição ocorre¹. Dois serviços pertencem ao mesmo mercado relevante se, forem razoavelmente substituíveis quanto ao seu uso, tenham preços semelhantes e estejam disponíveis aos consumidores na mesma região geográfica. Se a diferença de preços entre os bens ou serviços for muito significativa, mesmo que sejam considerados como substitutos em relação ao seu uso pelos consumidores, não pertencem ao mesmo mercado.

No presente caso, observa-se que dois serviços interrelacionados definem um único mercado relevante para o consumidor final. Os dois serviços complementares comprado pelo consumidor são, em primeiro lugar, o serviço de transmissão de sinais pago, que inclui as TVs a cabo, MMDS e DTH e, em segundo lugar, o serviço que é o dos conteúdos de programação.

Note-se que estes serviços tem um grau de complementaridade extremamente elevado. Não interessa ao consumidor ter a capacidade técnica de recepção de sinais se nenhum conteúdo lhe for oferecido e, contrário senso, também não lhe interessa ter o direito de receber conteúdos de programação, se não houver o meio técnico que lhe permita o acesso ao mesmo.

Estes dois serviços para o consumidor final estão indissociados e, são oferecidos por empresas que prestam os dois tipos de serviços, com características semelhantes a preços similares. É um mercado que tem as características comparáveis à situação que existe nos mercados de máquina e filme fotográfico ou, no de *softwares*, como o de sistema operacional (p.ex. o Windows ou o DOS) e aplicativos (como os editores de texto, planilhas eletrônicas etc.), onde o aplicativo não funciona se não existir o sistema operacional e, a posse do primeiro é de escassa utilidade se não existirem aplicativos disponíveis.

¹ Vide American Bar Association. Antitrust Law Developments. 4th Edition, 1997. Pg. 493.

O mercado de TV por Assinatura é um tipo de mercado relevante onde dois serviços, que não competem entre si (serviços de transmissão e de produção de conteúdos), podem ser combinados em um único mercado relevante baseado nas preferências dos consumidores pela provisão conjuntas dos serviços.²

Para as operadoras de TV por Assinatura (DirecTV, TVA, Net, Sky), os dois serviços constituem mercados separados³, já que essas empresas compram os conteúdos dos canais de programação, formam um conjunto específico de canais que, agregadamente com o serviço de transmissão, são oferecidos aos consumidores finais.

Existem diferenças técnicas entre as diferentes operadoras de TV por Assinatura, quanto à tecnologia utilizada, cabo, MMDS e DTH; qualidade da transmissão, digital ou analógica; e de grupo de canais de programação oferecidos, embora, uma parcela significativa dos canais seja comum a todas elas (como por exemplo, *Discovery Channel*, TNT, CNN etc.).

Todavia, essas diferenças não impedem que as operadoras prestem serviços que são substitutos do ponto de vista do consumidor, ainda que a tecnologia possa restringir a área atingida por cada uma delas (em particular das TVs a cabo e do MMDS) e, existam diferenças na qualidade da transmissão e nos diferentes conjuntos de canais de programação acessados. Portanto, pertencem todas essas operadoras ao mesmo mercado relevante.

Na próxima seção, existe uma definição mais completa do mercado relevante de produto e geográfico de TV por Assinatura, considerando as diferenças mencionadas acima.

2.2 Mercado Relevante de Produto

O serviço de TV por Assinatura, segundo uma definição tradicional do “*Code of Federal Regulations*” dos EUA é aquele de “transmissão em um único sentido para assinantes de programação de vídeo”⁴. É portanto, um serviço fornecido por companhias de televisão com contrapartida monetária. Ressalte-se que esta é uma definição tradicional, porque a convergência tecnológica ocasionada pela digitalização da transmissão de informações (imagens,

² Situação análoga à de um *Cluster Market*. Vide American Bar Association (1997: 524).

³ Embora a Net e a Sky pertençam a um grupo que também produz conteúdos.

⁴ Traduzido de Crawford, G. S. (1997) *The Causes and Consequences of Growth in the Cable Services Industry. Working Paper, Duke University*. Durham.

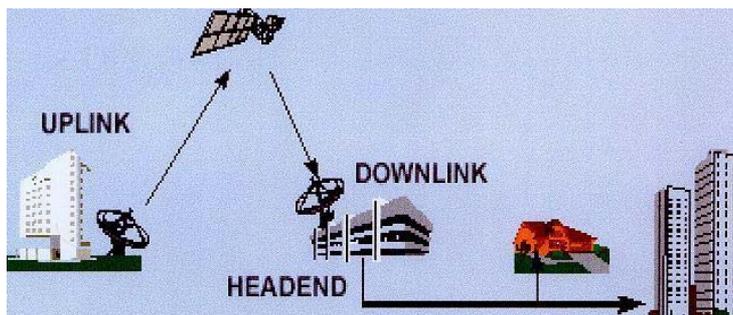
sons, arquivos de dados em geral) deve alterar, nos próximos anos, o caráter de transmissão em um único sentido (conceito de TV iterativa). De qualquer forma, pode-se aceitá-la como definição operacional para o caso em questão.

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

Atualmente no Brasil existem três tipos de tecnologia para o fornecimento de TV por Assinatura (vide a respeito, Melo e Gutierrez, 1999 e Melo, Gorini, e Rosa, 1996⁵). O primeiro deles é o cabo, no qual o sinal de TV gerado no *head-end*⁶ - levado até os domicílios por uma rede constituída por cabos coaxiais e, eventualmente, fibras ópticas - é um somatório dos sinais de programadores locais e/ou daqueles recebidos de programadores distantes, os quais distribuem seus sinais através de ligações (*links*) via satélite. O gráfico 1 ilustra esquematicamente o funcionamento deste sistema:

Gráfico 1

Funcionamento do Sistema a Cabo



Fonte: BNDES (2000)

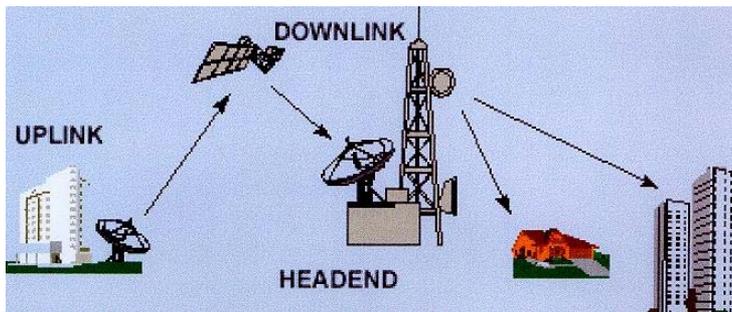
O segundo sistema é chamado de MMDS (*Multichannel Multipoint Distribution Service* - Serviço de Distribuição Multiponto e Multicanal). Neste sistema o sinal de TV é composto no *head-end* para possibilitar a sua transmissão até os assinantes através de um sistema de ondas em UHF. Cada assinante possui,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

⁵ Melo, P. R. S. e Gutierrez, R. M. V. (1999) TV por Assinatura: Panorama e Oportunidades de Investimento. *BNDES Setorial*, n.º 09. Rio de Janeiro: BNDES e também Melo, P. R. S., Gorini, A. P. F. e Rosa, S. E. S. (1996) TV por Assinatura. *BNDES Setorial*, n.º 06. Rio de Janeiro: BNDES.

⁶ Central de Retransmissão

dificador. A antena do *head-end* deve estar instalada em um lugar alto para que as antenas dos assinantes possam “vê-la”. Da mesma forma que na TV a cabo, o sinal gerado no *head-end* é composto a partir dos sinais recebidos de programadoras locais e distantes. O gráfico 2 ilustra o funcionamento deste sistema.

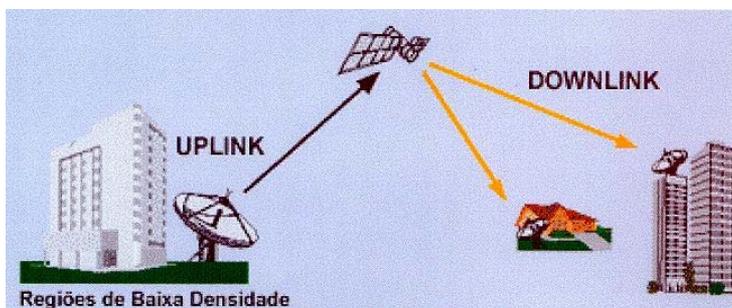
Gráfico 2
Funcionamento do Sistema MMDS



Fonte: BNDES (2000)

A transmissão de TV entre a operadora e os assinantes é analógica, porém existem perspectivas de que venha a ser digitalizada em breve, o que deverá aumentar a qualidade do sinal e possibilitar o envio de um maior número de canais.

Gráfico 3
Funcionamento do Sistema DTH



Fonte: BNDES (2000)

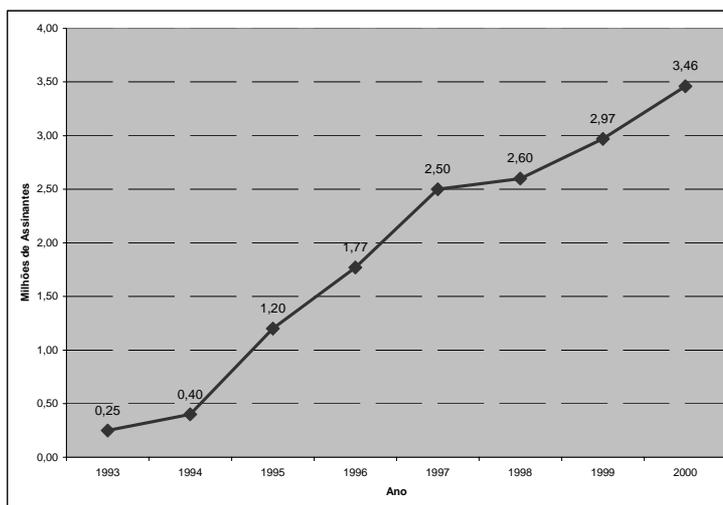
O terceiro sistema é chamado DTH (*Direct to Home - Direto ao Lar*) e permite que o sinal gerado pela operadora seja recebido no domicílio do assinante diretamente do satélite por ela “alimentado”. Para tanto, o assinante

deve possuir uma pequena antena parabólica e um decodificador. A operadora, preferencialmente, deve estar instalada em uma região de condições meteorológicas estáveis.

O sistema DTH mais antigo, analógico, é chamado de Banda C, pois ocupa uma faixa de frequências nessa banda (em torno de 6 GHz para subida e de 4 GHz para descida). Da mesma maneira, o sistema mais moderno, digital, é identificado pela sua faixa de operação, a Banda Ku (em torno de 14 GHz para subida e de 12 GHz para descida). O gráfico 3 ilustra o funcionamento deste sistema.

Gráfico 4

Evolução do Número de Assinantes



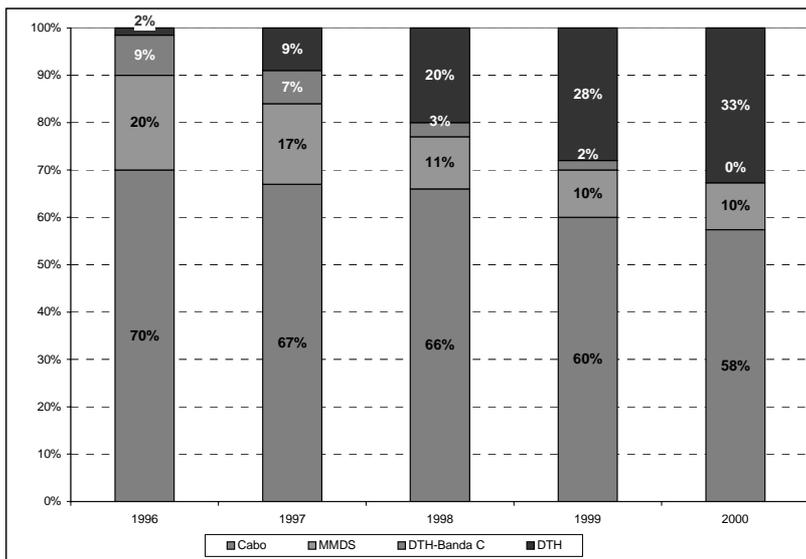
Fonte: BNDES (2000) e Pay TV Survey

O crescimento do número de assinantes do serviço de TV por Assinatura desde o início das operações no Brasil pode ser visto no gráfico 4. No período entre dezembro de 1993 e dezembro de 2000, houve um aumento de cerca de 1.200% na base de assinantes, o que é um indicador de que o serviço encontra-se em fase de introdução, quando as taxas de crescimento são elevadas, embora o número de usuários ainda seja reduzido, em torno de 10% dos domicílios, muito abaixo dos 60% nos Estados Unidos e dos 40% a 50% na Argentina.⁷

⁷ Guerin, Yhevelin e Jacks, Nilda. *O Desenvolvimento da Pesquisa de Audiência na TV Paga no Brasil*. ww.

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

Gráfico 5
Participação dos Fornecedores do Serviço de TV por Assinatura



Fonte: Pay TV Survey

O gráfico 5 mostra a evolução da participação de cada um destes serviços no total dos usuários de TV por Assinatura. Existe uma razão técnica para tal, que é o maior alcance do DTH quando comparado aos sistemas a cabo e MMDS que ficam limitados à áreas urbanas ou de melhor acesso.

As diferenças existentes entre estes três serviços não impedem que eles sejam considerados parte do mercado relevante de TV por Assinatura⁸,

⁸ Segundo a Corte Européia de Justiça (vide Bishop, S. e Walker, M. *Economics of EC Competition Law*. London: Sweet & Maxwell. 1999. Pg. 55) “O conceito de mercado relevante implica de fato que haja uma competição efetiva entre os produtos que formam parte dele e isto pressupõe que existe um grau suficiente de capacidade

incluindo, desse modo, as companhias envolvidas com o fornecimento de cada um deles.

2.3 A TV Aberta e a Produção de Conteúdos de Programação

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

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

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

- 1) **preço pago pelo consumidor**, que no primeiro caso inclui um custo de instalação e mensalidade enquanto na segunda o acesso é gratuito;
- 2) **variedade de conteúdos**, pois, enquanto na TV aberta o acesso se restringe ao conteúdo das concessionárias existentes (identidade entre transmissora e canal de programação), que, mesmo nas cidades mais desenvolvidas, não atinge 10 alternativas (incluindo as concessionárias mais conhecidas como Globo, SBT, Bandeirantes, Record, Rede das Emissoras Educativas e, eventualmente, emissoras regionais), no mercado de TV por Assinatura, cada empresa possui dezenas de alternativas de programação (no caso do MMDS, existe um máximo de 31 canais, a TV a Cabo tem uma média de 70 canais e o DTH, uma média de 120 canais);
- 3) **qualidade da transmissão**, que é, em geral, superior na TV por Assinatura, independente da alternativa tecnológica.

de intercâmbio entre todos os produtos que fazem parte deste mesmo mercado em um uso específico de um dado produto”.

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

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

- i. **O Conjunto de Consumidores de TV por Assinatura** é formado por consumidores que migraram da TV aberta, ou seja, todos os assinantes da TV paga, até bem pouco eram consumidores da TV aberta e, mais ainda, os futuros novos assinantes da TV paga virão da audiência da TV aberta;
- ii. **Os Novos Assinantes da TV paga**, que hoje são audiência da TV aberta, **conhecem muito melhor a programação já disponível na TV aberta** do que os canais disponíveis apenas na TV paga.

Essas assertivas podem ser comprovadas com as informações sobre as características do mercado de TV aberta. As cinco maiores redes nacionais de transmissão aberta e suas afiliadas locais fornecem seus serviços para mais de 95% dos domicílios brasileiros⁹, sem o pagamento de taxa de adesão ou mensalidade, já que as redes de televisão aberta e as estações de transmissão locais sobrevivem através da venda de espaço publicitário em sua programação.

Exemplo de sucesso de audiência podem ser aferidos pela lista dos programas mais assistidos da TV aberta nacional no Estado de São Paulo, quais sejam, as **novelas** da Rede Globo que atingem em torno de 35% de audiência, ou seja, 1,4 milhão de domicílios; o **Jornal Nacional**, da mesma emissora, com 37% de audiência e 1,5 milhão de domicílios, seguidos por **Show do Milhão** do SBT, 25% e **Programa do Ratinho**, 19%.

A concorrência entre esses *players* ocorre necessariamente por audiência, pois este é o principal indicador para definir o valor cobrado pelos intervalos comerciais. A importância das verbas publicitárias para a TV aberta é

⁹ As fontes de informação para estes dados são: Revista *Pay Tv Survey*, n° 37, de março de 2000; www.globocabo.com.br; www.investshop.com.br; www.infoinvest.com.br; www.ibope.com.br.

demonstrada pelo fato que 83% do investimento em propaganda no mercado brasileiro são destinados a essa mídia¹⁰.

Quando esses números são comparados com os de TV por Assinatura, verifica-se que as 99 operadoras de televisão a cabo, 10 de *MMDS* e três de *DTH* detinham, em 31 de dezembro de 1999, um total de 1.772.642, 295.578 e 905.348 assinantes, respectivamente¹¹. Um número ainda insignificante perto da audiência da TV aberta, que atinge a quase totalidade dos domicílios brasileiros, cerca de 36 milhões de lares dotados de pelo menos um aparelhos de TV.

A TV por Assinatura tem um grande potencial de crescimento, apesar da baixa penetração. Calcula-se que entre setembro de 98 e setembro de 99, a penetração da TV paga era ligeiramente superior a 10% dos domicílios nas principais regiões metropolitanas do país e, que este serviço ainda é um artigo de luxo, pois dos usuários de TV por Assinatura, 36% são da classe A e 48% da classe B, significando 84% do total. Os dados mostram também que os integrantes da classe C são os mais interessados em ter o serviço, representando algo em torno de 40% do universo que gostaria de ter TV por Assinatura.

De modo que, esse dados apontam que é absolutamente razoável considerar que o crescimento da audiência da TV paga virá de consumidores que já assistem à TV aberta, devido ao ainda baixo grau de penetração da TV paga e que, portanto, os consumidores já conhecem a programação das TVs abertas mais do que a programação das TVs por Assinatura. A própria disputa por audiência das TVs abertas amplia o conhecimento dos consumidores sobre a sua programação.

2.3.1 A Produção de Conteúdos de Programação

Não será examinada a competição entre os fornecedores de conteúdo separadamente, pois neste caso interessa apenas o impacto da oferta de conteúdo sobre o mercado de transmissão por assinatura. No entanto, para analisar este impacto, é necessário caracterizar os diferentes tipos de produtores do conteúdo para a TV por Assinatura.

¹⁰ O mercado de televisão brasileiro chama a atenção não só pelo seu tamanho, cerca de US\$ 3,8 bilhões em 1998, mas também pela sua concentração, a rede Globo detém mais de 80% da receita publicitária, embora a participação na audiência indique apenas 50% na média diária.

¹¹ Revista *Pay Tv Survey*, n° 37, de março de 2000.

No Brasil, o conteúdo das transmissões de TV por Assinatura é em sua maior parte produzido no exterior, principalmente nos Estados Unidos. O modelo americano baseia-se em terceirização, no qual grandes companhias de mídia, tais como a Time Warner, subcontratam pequenas empresas que realizam a produção do conteúdo. As fornecedoras de conteúdo tem interesse em aumentar o número de operadoras (brasileiras ou não) de TV por Assinatura que retransmitem suas programações.

O restante do conteúdo apresentado pelas operadoras de TV por Assinatura é produzido domesticamente. Desta produção, uma parcela significativa é representada pela produção de um grupo de televisão aberta, a Rede Globo.

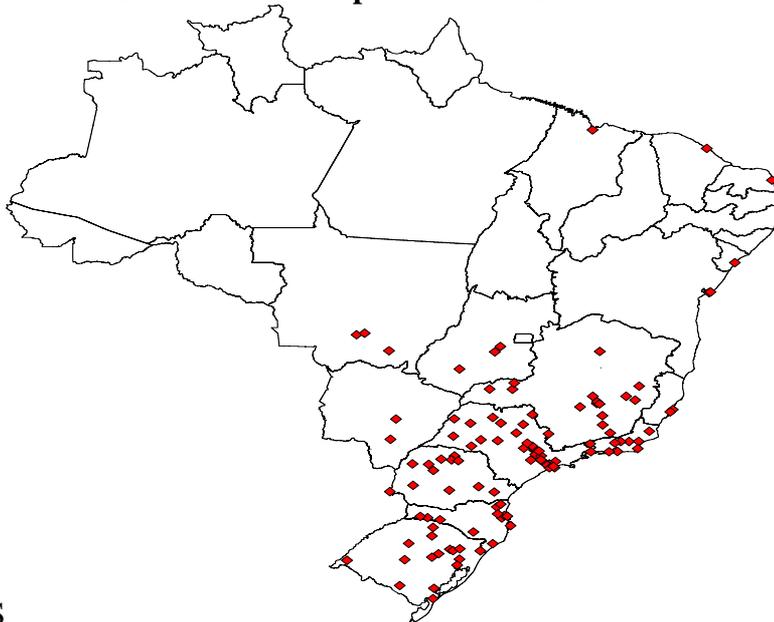
2.4 Mercado Relevante Geográfico

A definição do mercado relevante geográfico tem como motivo principal o alcance de cada uma das tecnologias de transmissão. O DTH tem aumentado sua participação em relação às operadoras que usam o sistema a cabo ou MMDS. A razão principal para esta queda na participação de mercado das companhias de cabo se deve principalmente ao fato que tais companhias possuem uma base de assinantes concentrada em regiões urbanas. É anti-econômico expandir a rede de cabo em regiões de baixa densidade de usuários.

Nas regiões urbanas, além disso, já existe uma rede aérea de cabos que facilita a expansão da TV a cabo. As regiões urbanas também facilitam o uso do MMDS, porque a captação do sinal gerado pelo *head-end* é melhor. As três figuras a seguir mostram as regiões cobertas pelos sistemas de Cabo+MMDS, e o sistema DTH.

Gráfico 6

Cidades servidas pelo sistema Cabo e



MMDS

Gráfico 7
Regiões servidas pelo sistema DTH (DirecTV)

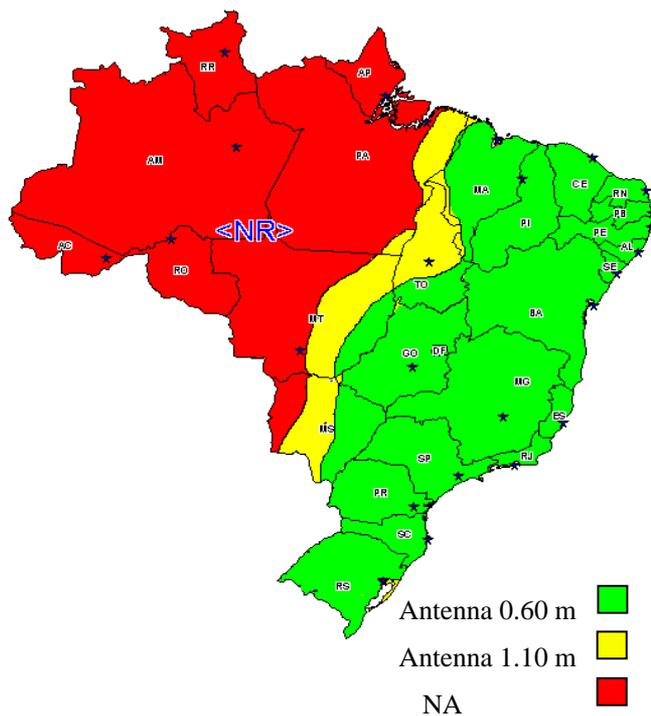
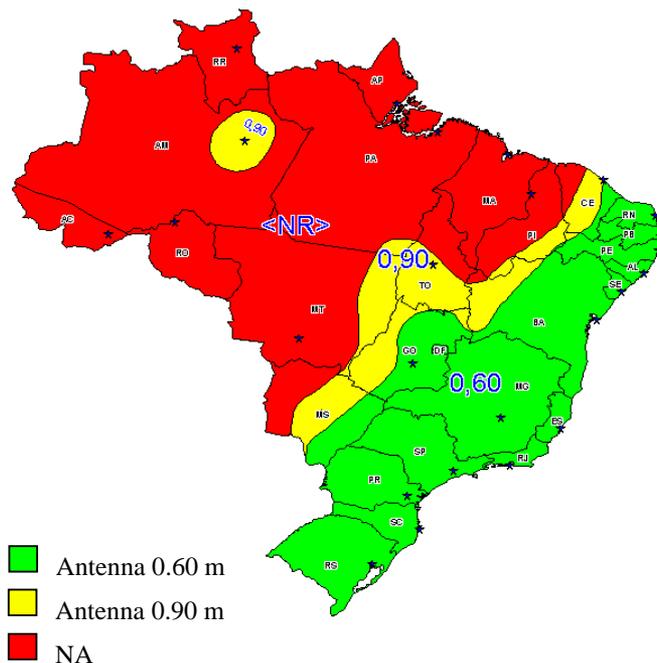


Gráfico 8
Regiões servidas pelo sistema DTH – (Sky)



Os gráficos demonstram que as operadoras de DTH tem uma área de cobertura muito maior do que aquelas que usam os sistemas a cabo e MMDS, o que explica em parte o maior crescimento das operadoras Sky e DirecTV em relação às operadoras que usam os outros sistemas.

2.5 Os “Players” no Mercado de TV por Assinatura

A caracterização do mercado necessita ainda da análise da evolução das participações de mercado dos “players” em cada um dos segmentos tecnológicos. Em primeiro lugar, observa-se a evolução do conjunto formado pelos serviços de cabo e MMDS e, a seguir, verifica-se a situação das companhias fornecedoras do serviço DTH.

2.5.1 Cabo e MMDS

Entre os participantes do mercado relevante que utilizam estas tecnologias, existem dois grandes grupos, que são proprietários de boa parte das operadoras deste serviço. Um deles é composto pelo Grupo Abril, que é detentor da concessão da TVA, a segunda maior rede de TV por Assinatura a cabo do país. O grupo das companhias que fornecem este sistema é composto pela própria TVA, pela TVA sul, pela Canbrás e pela TV filme.

O outro grupo é controlado pela Rede Globo, que detém a propriedade da NET, que é a maior companhia fornecedora destes serviços no país. As companhias que compõem este grupo de fornecedores são a própria NET a Globocabo, a Net Catanduva, a Net Umuarama, a Net Vitória, a Net Sul, a Transcabo e a Unicabo, além da Net Fortaleza e a Net Angra, bem como a Way Brasil, a TV Cidade e a Acom (Dec).

Em dezembro de 2000 a participação de mercado destas companhias era a seguinte: a NET e as emissoras afiliadas possuíam 1.593.800 assinantes, cerca de 45,94% do total de usuários do serviço de TV por Assinatura, enquanto as emissoras afiliadas ao grupo TVA possuíam 561.635 assinantes, ou 16,19% do total de usuários. Portanto, a participação da Rede Globo, através de suas afiliadas, é cerca de 3 vezes maior do que a participação do principal grupo concorrente neste segmento.

A soma das participações dos dois grupos totaliza 62,13% do total de usuários de TV por Assinatura, de uma parcela de 68% que se utilizam dos sistemas MMDS e Cabo. Portanto, as operadoras independentes de cabo no mercado nacional desempenham apenas um pequeno papel.

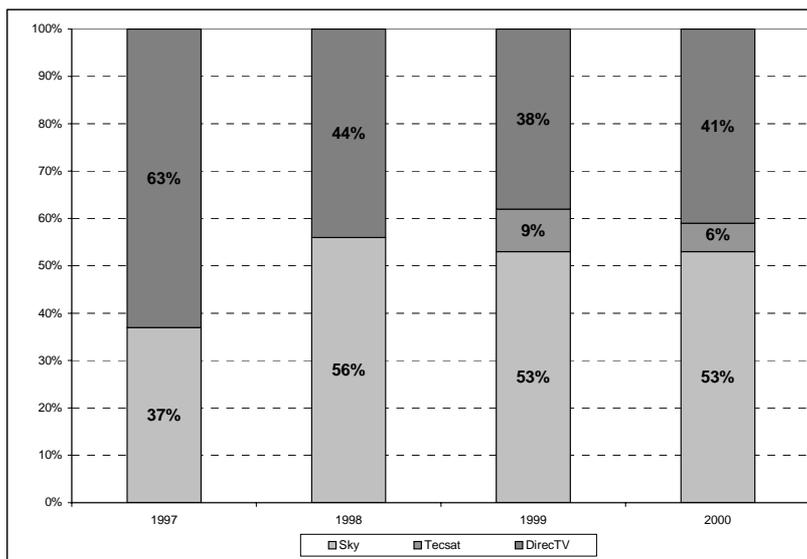
2.5.2 DTH

As três companhias operadoras, Sky, DirecTV e Teccat que utilizam a tecnologia DTH vêm apresentando um crescimento significativo, em conjunto ele é de 36% ao ano, chegando à marca de 1,1 milhão de assinantes em dezembro de 2000.

Quanto às participações de mercado, a DirecTV apresenta tendência de queda desde o ano de 1996, com pequena recuperação em 2000. Esta queda está relacionada principalmente com o aumento da participação de mercado da Sky, bem como com a entrada de um terceiro competidor no mercado em dezembro de 1998, a Teccat. Os dados estão expostos no gráfico 9.

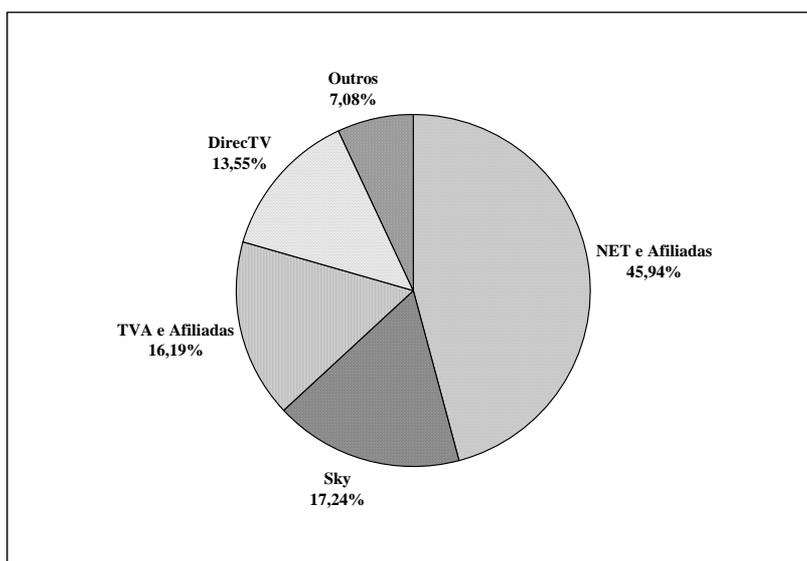
Gráfico 9

Participações de Mercado no Serviço DTH



Fonte: Pay TV Survey

Gráfico 10
Participação de Mercado por Companhias



Fonte: PTS's n° 46 and 49.

Quanto às companhias envolvidas, é importante notar que a Sky está ligada a um dos grandes grupos controladores da TV por Assinatura a cabo, a Rede Globo, que já possui posição dominante no mercado de TV aberta. Segundo os dados de dezembro de 2000, a Sky possui uma participação de mercado de 53% no segmento DTH, superando a sua principal concorrente, a DirecTV, que possui 41%.

Concluindo, pode-se observar que existe uma grande concentração no fornecimento do serviço de TV por Assinatura no Brasil. O grupo liderado pela Rede Globo (Net e afiliadas, mais Sky) possui uma participação de 63% do total, o que indica que também neste mercado a Rede Globo possui liderança de mercado. Ela detém uma participação que é duas vezes maior do que a participação da segunda e terceira companhias, TVA e DirecTV, somadas (29,74%). O gráfico 10 ilustra esta conclusão.

3. A Restrição para Transmissão de Sinal e a Conduta de Exclusão

Os fatos econômicos discutidos até agora, descrevem as características gerais do mercado de da TV por Assinatura, quais sejam:

- i. **Fase de introdução de uso do serviço**, caracterizada por baixa penetração hoje, mas com altas taxas de crescimento¹²;
- ii. **Crescimento da participação das operadoras de DTH**, devido às características desta tecnologia, que pode atender áreas sem grande densidade de usuários (ao contrário de cabo e MMDS);
- iii. **Posição dominante da rede Globo na TV aberta**, expressa pela participação de mais de 50% da audiência e mais de 70% das receitas de publicidade para TV;
- iv. **Formação de posição de liderança da rede Globo** (NET e afiliadas mais Sky) no **mercado de TV por Assinatura**, atingindo 63,18% do total de assinaturas, enquanto os outros dois grandes *players* TVA e DirecTV tem 29,74% do total.

Este quadro estrutural é compatível com a existência de estratégias racionais de busca de posição dominante por parte da Rede Globo, com o obje-

¹² O ciclo de vida do produto é caracterizado por quatro fases, de acordo com a taxa de crescimento da demanda: a) introdução; b) crescimento; c) maturidade e d) declínio.

tivo de - a partir de posição estabelecida na produção de conteúdos e no mercado de TV aberta – controlar o mercado de TV por Assinaturas.

A compreensão do quadro, e da possível conduta de exclusão, é reforçada quando são analisados os aspectos presentes nas estratégias de domínio de mercado:

- i. As **condições necessárias** para caracterizar uma **tentativa de “dominar mercado** relevante de bens ou serviços”, a partir de posição dominante em mercado relacionado;
- ii. As **características do mercado consumidor** de TV por Assinatura que possibilitam que a liderança do mercado de TV aberta auxilie – via condutas de exclusão – o domínio do mercado de TV por Assinatura;
- iii. A **inexistência de motivo econômico razoável**, que não a tentativa de excluir concorrentes, na conduta de impedir a retransmissão dos sinais da TV Globo aberta.

A análise destes três aspectos, permite uma maior compreensão dos efeitos - atuais e prospectivos – à concorrência da restrição imposta pela Globo à DirecTV e aos outros prestadores de serviços de TV por Assinatura.

3.1 Condições para Caracterizar Tentativa de Dominar Mercado

Inicialmente, sabe-se que a Lei 8.884/94 em seu Art. 20, que define as infrações à ordem econômica, afirma:

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

*II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
(...)*

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

Esta redação deixa clara que é prática absolutamente normal e saudável de mercado, a conquista de mercado resultante de maior eficiência de uma empresa. Portanto, o domínio do mercado de TV aberta por parte da Rede Globo não levanta qualquer consideração, pois entende-se que esteja baseada

em sua capacidade de atingir uma elevada qualidade em suas produções e de atender às exigências da audiência brasileira, fazendo parte do jogo normal de mercado.

Todavia, esta posição não pode ser utilizada para alcançar posição de liderança em mercado relacionado, se, essa conduta produzir efeitos negativos sobre a concorrência. Na jurisprudência americana, para definir tentativas ilegais de domínio de mercado, conforme Hovenkamp (1999: 269)¹³, seguem-se os seguintes parâmetros:

“hoje, a regra legal prevalecente, segue de perto a segunda versão proposta pelo Juiz (da Suprema Corte) Wyzanski, de que a caracterização da monopolização ilegal requer a demonstração que o acusado: (a) tem “poder de monopólio”, entendido como um substancial poder de mercado; e (b) que tem exercido este poder. (...) O que significa “exercer” poder de monopólio é algo ambíguo. A venda de produtos a um preço de monopólio é certamente um “exercício” de poder – todavia, as Cortes tem considerado de forma consistente que mesmo um monopolista pode legalmente vender o seu produto a um preço que é o que maximiza o seu lucro¹⁴ (...). O Juiz Wyzanski sabiamente definiu o “exercício” de poder de monopólio como uma prática de “exclusão” – ou seja, uma prática que impede que os rivais potenciais entrem no mercado do monopolista, ou, que os rivais existentes possam aumentar suas vendas quando o monopolista aumenta seus preços.” (grifo nosso).

Note-se que tentativa de monopolizar, não significa dizer que o agente econômico pretende se tornar um “monopólio” no sentido estrito de livro texto de economia, de único produtor, mas que busca o domínio do mercado, impedindo - de forma irregular - a entrada de novos concorrentes ou, impedindo o aumento de participação de mercado dos concorrentes existentes. Situações de “monopólio” no sentido estrito são praticamente inexistentes no mundo real, a não ser nos mercados onde a regulação estatal impõe apenas um produtor.

¹³ Hovenkamp, H. (1999) *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its practice*. St. Paul (Minn.): West Group. 2nd ed.

¹⁴ Ou seja, o monopolista pode vender a um preço de monopólio que não está praticando uma ilicitude.

Assim, condutas que busquem excluir concorrentes efetivos ou potenciais por parte de empresa que já possui domínio de mercado, é uma infração. No presente caso, a conduta avaliada, é a de recusa de permitir a transmissão de sinal, ou seja, uma recusa de negociar a venda de um serviço. Nos EUA, a decisão US v. Colgate & Co (250 US 300) considerou que “na ausência de qualquer propósito para criar ou manter um monopólio”, um agente econômico é livre para decidir com quem negociar¹⁵.

No Brasil, decisões do CADE seguem a mesma linha, como bem apontam os Drs. Tércio Sampaio Ferraz e Sérgio Varella Bruna (Processo Administrativo, pg. 52), ao citar Voto do Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro na Representação 131/93 (pg. 767), como se vê a seguir:

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

*“Apenas se configura **ilícita a recusa de venda** se esta for o instrumento de **política** empresarial **restritiva**: quer dizer, se através de recusa puder se verificar o efeito de eliminação de concorrência, domínio de mercado ou o aumento arbitrário de lucros, então haverá infração contra a ordem econômica.”* (grifo nosso).

Mas, é exatamente este o caso examinado no P.A., o de possível conduta restritiva, que tem como efeito o domínio do mercado relevante de TV por Assinatura. Assim, se demonstrado que o efeito da recusa de negociar a transmissão de sinais, exclui concorrentes e leva ao domínio de mercado – tal conclusão terá como consequência lógica a consideração de ilicitude de tal recusa.

É uma consequência inescapável da doutrina americana do caso Colgate e – especialmente para este caso, pois segue jurisprudência do CADE – do Voto do Ilustre Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro, trazido aos autos pela reafirmação do Voto supracitado pelos Drs. Tércio Sampaio Ferraz e Sérgio Varella Bruna, Ilustres Patronos das Representadas. De modo que, a questão central para o presente caso, também de acordo com a jurisprudência,

¹⁵ Vide Hovenkamp, op .cit., pg.293.

é a dos efeitos da recusa de negociar, se provoca exclusão de concorrentes e domínio de mercado.

No presente caso, observa-se que o exame da possível conduta de exclusão para dominar mercado relevante, não ocorre no mercado onde a empresa já detém esta posição, o de TV aberta, mas em mercado interrelacionado, o de TV por Assinatura, onde se tornou líder.

De modo que, devem ser examinados os efeitos na concorrência da assimetria entre as operadoras que podem retransmitir os sinais da Rede Globo e os seus concorrentes impedidos de fazê-lo. Considera-se também que, a regulação estatal, ao obrigar as Redes de TV aberta a permitirem a retransmissão de seus sinais por parte das empresas de TV a cabo, gerou uma diferença adicional decorrente da tecnologia utilizada pela operadora, se cabo, ou MMDS/DTH, com as primeiras podendo transmitir os sinais da Rede Globo e as do segundo grupo não.

Os efeitos concorrenciais da assimetria na transmissão dos sinais da Rede Globo, dependem de como decidem os consumidores em relação a fatores como: a inexistência de um conteúdo específico (a programação da Globo) no conjunto ofertado por cada operadora, o preço dos serviços ofertados por cada operadora e do custo de mudança de operadora. Fatores discutidos na próxima seção.

3.2 A Escolha de Operadora pelos Consumidores

A decisão do consumidor, conforme Schiffman e Kanuk (2000)¹⁶ depende, além de fatores como preço e disponibilidade, do conhecimento do produto, que é sinalizado pela marca e pode gerar lealdade a um produto ou serviço. Em geral, a fidelidade a um determinado produto ou serviço é o resultado de uma atitude potencial com relação a este produto ou serviço, combinado com um padrão de escolha repetido deste mesmo produto.

Segundo Dick e Basu (1994)¹⁷, esta atitude potencial com relação ao produto seria, por sua vez, resultado de duas dimensões: a força da atitude (em relação à marca, serviço pós venda etc.) e o grau de diferenciação entre as

¹⁶ Schiffman, L.G. e Kanuk, L. L. (2000) *Consumer Behavior*. 7th Edition. New Jersey: Prentice-Hall.

¹⁷ Dick, A.S. e Basu, K. (1994) *Customer Loyalty: Toward an Integrated Conceptual Framework*. Journal of the Academy of Marketing Science, 22(2).

marcas. A tabela 1 ilustra como a lealdade a um serviço é uma função destas duas características.

Tabela 1
Fidelidade à Marca como Função de
Atitude Relativa e Frequência de Compras

		Frequência de Compra	
		Alta	Baixa
Atitude Relativa	Alta	Fidelidade	Fidelidade Latente
	Baixa	Fidelidade Espúria	Nenhuma Fidelidade

Fonte: Schiffman e Kanuk (2000)

Um consumidor que tem uma baixa atitude relativa (baixa avaliação de um produto), mas pouca diferenciação entre as marcas, pode repetir com frequência a compra do mesmo produto por fatores ocasionais, tendo uma fidelidade espúria. De outro lado, um consumidor cuja satisfação com um produto aumenta à medida que ele repete a compra, reduz a busca de informação sobre marcas alternativas, criando fidelidade. Uma pesquisa de mercado mostrou que 74% da amostra de consumidores estudada resistia à promoção de marcas rivais, uma vez que já tinham achado uma marca com a qual estivessem satisfeitos.

Esta tipologia aplica-se também para os consumidores de serviços, como o de programação televisiva. É um serviço que tem uma alta repetição na decisão de consumo, pois seja na TV aberta, seja na paga, a escolha de canal a ser assistido ocorre frequentemente. É também um serviço onde o consumidor pode distinguir entre as marcas, pois cada canal tem uma programação específica, facilmente identificável. Portanto, resta saber a atitude dos consumidores (sua avaliação da qualidade, ou sua preferência) por determinado canal que, se for alta, gera fidelidade, caso contrário, implica em fidelidade espúria, de acordo com a tipologia acima.

Portanto, se a atitude for positiva, a criação de fidelidade deve levar o consumidor à escolher grupos de programação oferecidos pelas operadoras pagas, que possuam os canais de programação aos quais se tornou fiel. Para avaliar empiricamente tal assertiva, deve-se examinar as pesquisas de comportamento do consumidor no que se refere à escolha de programação, o que leva

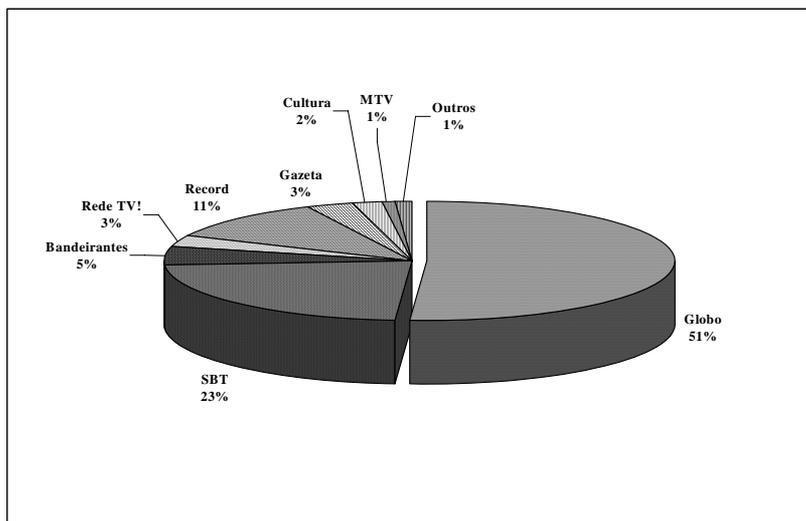
à revelar sua atitude. Posteriormente, serão analisados também fatores como acesso e preço.

A primeira evidência empírica da existência de fidelidade é a manutenção de audiência na TV aberta, pois, dada a facilidade de conhecer a programação de outros canais, se existe insatisfação com a programação que está sendo assistida, basta mudar de canal. Mesmo com essa facilidade, a Rede Globo, primeira colocada, possui uma participação de mercado maior do que duas vezes a do segundo colocado, o SBT.

Os gráficos 11 e 12 mostram, respectivamente, a participação de cada uma das televisões abertas em dois horários: o horário noturno, que é considerado pelas emissoras como o horário com maior retorno publicitário, e a média diária. Os dados foram calculados como uma média quadrissemanal, ou seja, a média das quatro semanas anteriores ao dia 16 de março de 2001. Eles indicam que no momento de maior número de televisores ligados e de maior retorno comercial, o período noturno, que inclui o chamado “horário nobre”, a Rede Globo possui uma participação majoritária na audiência.

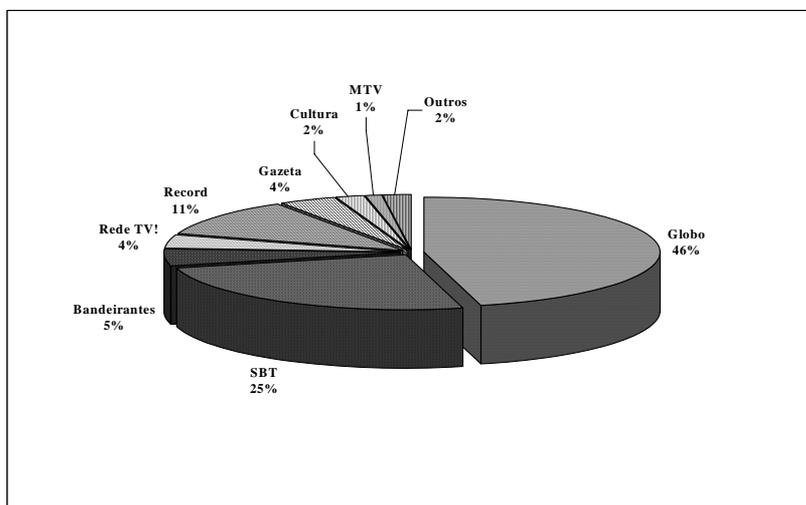
Quanto às outras companhias de TV aberta, destaca-se ainda a posição do SBT, que se consolidou na segunda posição, ainda que bem atrás da Rede Globo. Embora em alguns nichos de mercado, os programas do SBT consigam até ultrapassar em audiência os similares da Globo. Quanto às outras companhias, a sua participação é marginal.

Gráfico 11
Share das Emissoras de Sinal Aberto
Período Noturno



Fonte: IBOPE (ADP – São Paulo)

Gráfico 12
Share das Emissoras Abertas
Média Diária



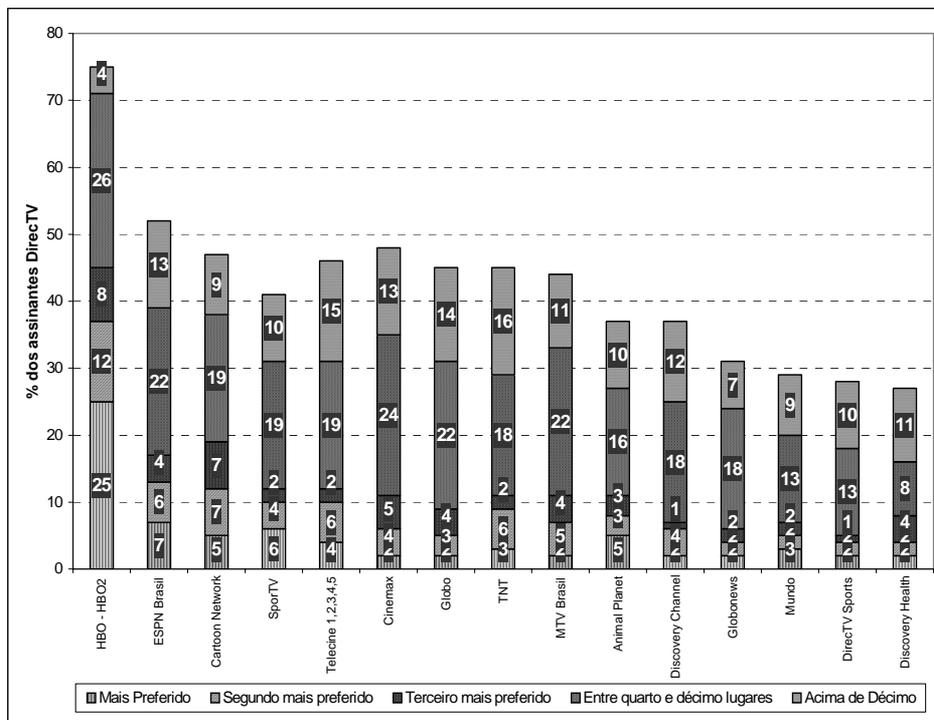
Fonte: IBOPE (ADP – São Paulo)

Em resumo, a distribuição da audiência mostra o mercado de televisão aberta dominado por um grande agente – a Rede Globo – com um segundo colocado importante – o SBT – e vários pequenos concorrentes com importância marginal.

A persistência no tempo da distribuição de audiência - a Rede Globo apresenta os maiores níveis de audiência ao longo de mais de vinte anos - apoia a hipótese de comportamento vista acima, de que com o aumento da satisfação do consumidor com as escolhas repetidas de um determinado canal, a fidelidade desenvolve-se. Schiffman e Kanuk (2000) relatam também, que existem evidências indicando que boa parte desta atitude relativa (avaliação da marca ou de prestador de serviços) se desenvolve ao longo da vida, e em especial no contexto familiar, exatamente, onde se consome o serviço TV aberta, o que reforça a hipótese de existência de fidelidade ao canal.

A análise por intermédio de pesquisas do comportamento do consumidor dos canais de TV por Assinatura, mostra também uma preferência com relação à Globo. A PRM International (Research “Pay TV Market in Brazil” – Work Field : 6th November to 5th December 2000) realizou uma pesquisa que mensurou as preferências de dois grupos de consumidores da DirecTV. O primeiro deles é composto por 300 assinantes do sistema DTH DirecTV, enquanto que o segundo grupo é composto por 200 ex-clientes do mesmo sistema. Cada grupo foi perguntado sobre quais seriam os canais que gostariam que compusessem um sistema de TV por Assinatura. Os gráficos 13 e 14 mostram os resultados da pesquisa, com as respostas para cada canal. Para os dois grupos a TV Globo tem importância.

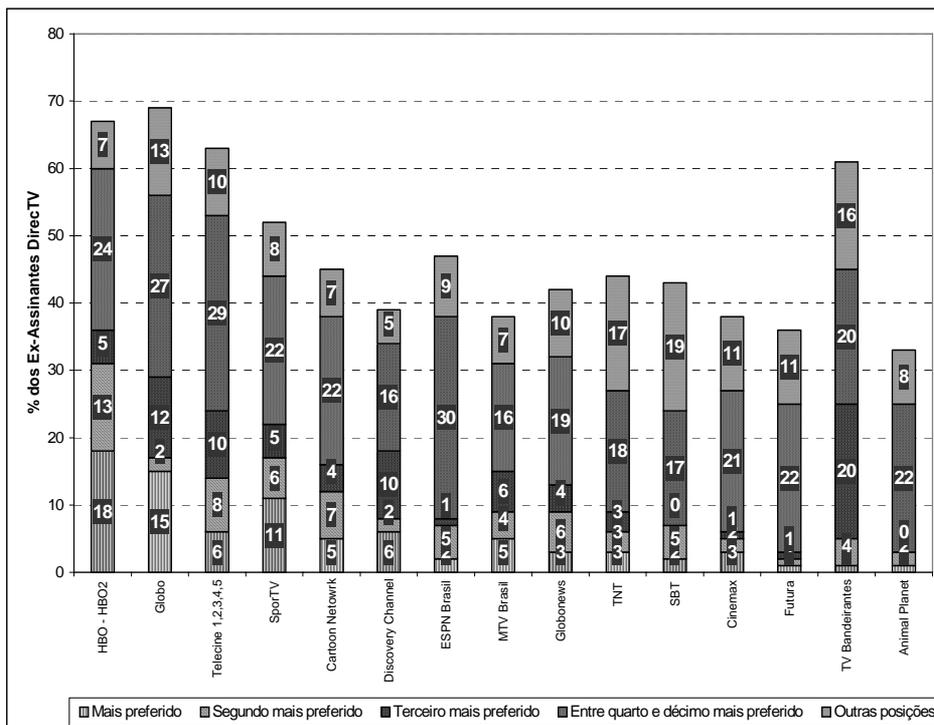
Gráfico 13
Preferências dos Assinantes DirecTV



Fonte: PRM Int. - Research "Pay TV Market in Brazil" – Work Field : 6th November to 5th December 2000

Gráfico 14

Preferências dos Ex-Assinantes DirecTV



Fonte: PRM Int. - Research “Pay TV Market in Brazil” – Work Field : 6th November to 5th December 2000

Ressalta-se entre os resultados, que para os **ex-assinantes DirecTV** (ou seja, que em parte devem ser clientes de outro provedor dos serviços de TV por Assinatura), a Globo ainda é considerada muito importante. É mais uma comprovação da fidelidade do consumidor à programação fornecida pela Rede Globo.

Muitas evidências são trazidas pelo estudo de Guerin e Jacks (1998)¹⁸ sobre a evolução **da Pesquisa de Audiência da TV Paga no Brasil**. Serão feitas referências a uma série de pesquisas, todas elas mencionadas no estudo citado, que por brevidade será denominado a seguir de G & J (1998).

A primeira destas pesquisas sobre o meio de TV fechada, citadas por G & J (1998), foi realizada pela DPZ, que “*instada pelo interesse de anunci-*

¹⁸ Guerin, Y e Jacks, (1998) *O Desenvolvimento da Pesquisa de Audiência na TV Paga no Brasil*

antes como a Souza Cruz (freqüentadora de canais fechados), desenvolveu uma pesquisa pelo Instituto Retrato Consultoria e Marketing em agosto de 96 junto a assinantes Net/Multicanal e TVA das praças de São Paulo e Rio de Janeiro.” Este foi um levantamento exploratório de comportamento de audiência que apresentou as seguintes conclusões:

“A partir desta pesquisa qualitativa, chegou-se a algumas conclusões, como por exemplo, que a TV paga divide preferências com as programações esportivas da Rede Bandeirantes, com as novelas, especiais e esportes da Globo” G & J (1998).

Na mesma pesquisa, foi constatado que muitos assinante preferem ver os canais de filmes, após a meia-noite ou nas noites de sexta feira e nos fins de semana. Consideraram que *“o hábito de assistir TV por assinatura é algo em formação e que ainda é cedo para que as pessoas adquiram novos hábitos”*.

Um segundo estudo mencionado por G & J (1998) foi realizado para a TVA, pelo Instituto Adélia Franceschini & Associados, que mostrou que o assinante de TV paga é culturalmente elitizado, composto de 81% de chefes de família com instrução superior e, onde 78% dos assinantes falam idioma estrangeiro.”

A pesquisa apurou que *“os **canais mais assistido da operadora** são os de filmes, a **HBO/HBO2**, com uma média diária de audiência de 12,3% **perdendo só para a Rede Globo (46,6%)**. No Domingo estes índices mudam, ficando os canais de filmes com 14% e a **Globo com 37%**.”* G & J (1998). Portanto, mesmo entre os sofisticados assinantes da TVA a cabo - que pode transmitir os sinais da Rede Globo aberta - o canal da TV Globo é o líder, com uma audiência três vezes superior aos dos canais de filmes, que estão em segundo lugar.

A mesma pesquisa analisou a audiência espontânea dos usuários da Net, que concluiu que *“os **canais Net também atingiram um pico de audiência (22hs) em São Paulo de 14,5% e no Rio de Janeiro de 17%, perdendo, igualmente, para a Rede Globo que teve seu pico de audiência às 20hs com 36,3% em São Paulo e 34,8% no Rio de Janeiro**”* G & J (1998). Os resultados dessa pesquisa estão disponíveis na tabela 2 (tabela 1 de G & J, 1998) e confirmam que para os assinantes da Net, assim como para os da TVA, a programação da Globo aberta é a preferida, atingindo neste caso, algo entre duas e três vezes a audiência dos canais que estão em segundo lugar.

Tabela 2**Audiência Net/Muticanal**

<i>Picos de audiência</i>	<i>São Paulo</i>	Rio de Janeiro
Globo (20h)	36,3	34,8
Net (22h)	14,5	17
SBT (*)	8,5	6,4

(*) O SBT tem picos de horários diferentes em São Paulo (17h) e Rio de Janeiro (22h).

Fonte: Data Folha

A terceira pesquisa citada por G & J (1998) foi realizada para a TVA, novamente pelo instituto Adélia Franceschini em fevereiro de 1996, e concluiu que a “*sua audiência média diária (da TVA) estaria em torno de 21,5% dos domicílios, das 12hs às 22hs, perdendo só para a rede Globo com 30,2%. Após as 22hs até 6hs a TVA ganha da Rede Globo com 21,6% contra 18,5%.*”. Os resultados desta pesquisa aparecem na tabela 3 (tabela 2 de G & J, 1998). Note-se que no item audiência TVA, o dado refere-se ao somatório dos canais só acessíveis àquela TV paga.

Tabela 3

Audiência TVA
média diária SP e RJ

<i>Canal</i>	<i>Audiência</i>
Globo	30,2
TVA	21,5
SBT	7,5
Soma das abertas sem Globo	16,6

Fonte: Instituto Adélia Franceschini (fevereiro de 96)

A seguir, são citadas as pesquisas realizadas pelas operadoras e pela agência DPZ, onde – igualmente - ficou patente “*que o assinante de TV tem preferência por assistir TV Globo, optando em segundo lugar pelas emissoras fechadas e depois SBT*”, G & J (1998).

A operadora Net, afiliada à Rede Globo também realiza pesquisas entre os assinantes das cidades São Paulo e Rio de Janeiro, para mensurar o comportamento de sua audiência frente a todos os canais de sua programação, que permitem concluir que mesmo “*não representando a audiência da Net, estas pesquisas trazem algumas curiosidades, **que confirmam ainda mais as pesquisas realizada pelas agências e pela operadora TVA**”*, G & J (1998).

Essas pesquisas são realizadas pelo Datafolha para a Net, e permitem constatar as mudanças ocorridas na penetração das emissoras para os canais de TV aberta e de TV fechadas, como se vê a seguir:

“A Rede Globo vem atraindo mais cariocas e paulistas desde maio de 96, tendo uma evolução de 61% e 55% (respectivamente) em maio de 96 para 62% e 59% em agosto do mesmo ano. Entre os paulistas o SBT ganha do Telecine, mesmo que o canal de filmes esteja ganhando pontos. Já no Rio de Janeiro, o Telecine ganha do SBT com 25% contra 22% em agosto de 96” G & J (1998).

Mais uma vez, uma pesquisa, realizada por instituto independente, o Datafolha, para a Net (do Grupo Globo), confirma a liderança da TV Globo aberta entre os canais preferidos pela audiência da TV por Assinatura, “*Pode-se confirmar que a TV Globo ainda é a preferência em comum nas duas cidades*”. Estes resultados podem ser observado nas tabelas 4 e 5 (tabelas 3 e 4 de G & J, 1998).

Tabela 4
Penetração estimulada de algumas emissoras em São Paulo(27)
Agosto/95 X Fevereiro/96 X Maio/96 X Agosto/96.

<i>Mês</i>	Ago/95	<i>Fev/96</i>	<i>Mai/96</i>	<i>Ago/96</i>
Globo	64	62	55	59
SBT	32	38	30	26
Telecin.	25	31	21	23
SporTV	11	14	09	14
Fox	16	24	11	13
Multishow	11	18	10	12
Cartoon	10	13	10	12
GNT	09	15	09	12

Base: Total da amostra - ago/95 = 1.765; fev/96 = 1.691;
maio/96 = 1.563 e ago/96=1.584 entrevistas.

Tabela 5

**Penetração estimulada de algumas emissoras no Rio de Janeiro
Agosto/95 X Fevereiro/96 X Maio/96 X Agosto/96.**

Mês	Ago/95	Fev/96	Mai/96	Ago/96
Globo	59	61	61	62
Telecin.	22	25	24	25
SBT	22	25	29	22
SporTV	11	13	18	16
Fox	18	15	15	15
GNT	12	13	17	14
Multishow	10	10	14	14
Cartoon	10	10	13	12

Base: Total da amostra - ago/95 = 1.507; fev/96 = 1.792;
maio/96 = 1.562 e ago/96 = 1.565 entrevistas.

Finalmente, a última pesquisa citada por G & J (1998) realizada pela agência DPZ em 1997 que, embora sem números precisos do meio, “*mostrou a existência de um hábito arraigado na maioria dos assinantes: o de assistirem o jornalismo e as novelas na televisão aberta das 20h 30 até as 21h 30. Após esse horário, os canais pagos entram na televisão do assinante até as 24h, onde parte do público têm preferências bem definidas e outra parte fica mudando de canal*”. G & J (1998).

Portanto, as pesquisas realizadas por diversos institutos de pesquisas para empresas concorrentes como a Net e a TVA sobre a audiência dos canais da TV por Assinatura permitem chegar a **conclusões unânimes**:

- i. O canal da TV Globo aberta é o líder incontestado entre os assinantes da TV paga cuja audiência foi mensurada (Net e TVA a cabo, que podem transmitir os sinais da TV Globo aberta).
- ii. Paraphrasing G & J (1998) sobre a pesquisa da DPZ, a segunda conclusão é sobre a “*existência de um hábito arraigado na maioria dos assinantes: o de assistirem o jornalismo e as novelas na tele-*

visão aberta”, o que confirma as hipóteses sobre o comportamento do consumidor dos estudos como o de Schiffman e Kanuk (2000).

Finalmente, já foi visto que, ainda, o principal consumidor do serviço de TV por Assinatura pertence às classes de renda A e B da população. Segundo Melo e Gutierrez (2000), as operadoras de Cabo/MMDS, por exemplo, possuíam um número de assinantes nas classes A e B cerca de três vezes maior que o de assinantes na classe C.

Esta distribuição é importante quando se considera os determinantes do crescimento futuro da base de assinantes. Segundo Melo e Gutierrez (2000), o principal desafio para o crescimento dos serviços de TV por Assinatura é atrair os outros segmentos da sociedade, principalmente as classes C e D. No entanto, assinalam eles que:

“numa situação de recursos escassos, via de regra, a TV paga não tem sido aprovada no crivo custo-benefício, pois, além do custo relativamente elevado dos pacotes mensais, a programação não atende ao perfil médio deste novo consumidor. Por exemplo, ele normalmente deseja assistir a programas em português, com temas regionais ou, ao menos, mais brasileiros, dando pouco valor a noticiários ou filmes em língua estrangeira, até porque, em geral, tem dificuldade de acompanhar a velocidade das legendas.” Melo e Gutierrez (2000)

Portanto, a expansão do sistema de TV por Assinatura ampliará a importância dos consumidores das classes C e D, que pelas características citadas acima, possui ainda maior fidelidade com relação ao conteúdo da televisão aberta, portanto, do conteúdo fornecido pela Rede Globo. O conteúdo da televisão aberta terá no futuro próximo, ainda mais importância para determinar os rumos da TV por Assinatura.

Quanto aos fatores, acesso e preço, que também influenciam a decisão do consumidor, em relação ao acesso, já foi visto que o sistema DTH atinge praticamente todas as áreas povoadas do país e, que os sistemas a cabo e MMDS atingem especialmente as áreas metropolitanas, onde a concorrência¹⁹, é maior. De qualquer forma, não existe problema de acesso à TV por Assinatura.

¹⁹ Pode-se considerar o sistema de transmissão a cabo e o sistema MMDS como um conjunto único, devido às peculiaridades dos fornecedores destes serviços. Segundo Melo e Gutierrez (2000) “Excetuando-se o DTH, de abrangência nacional, em geral cada praça é atendida por uma ou, no máximo, duas operadoras, e mesmo assim de forma quase complementar – as regiões com maior concentração de domicílios pela

A penetração das várias tecnologias de TV por Assinatura é determinada pelas áreas que abrange e pelos preços. A tabela 6 mostra os valores comparativos da assinatura dos diversos sistemas envolvidos.

Tabela 6
Custos Comparativos no Sistema Cabo/MMDS e DTH

	Taxa de Adesão	Número de Canais - Pacote Básico	Mensalidade Pacote Básico
NET	R\$49	30	R\$28,90
TVA	R\$48	31	R\$26,90
Sky	R\$399	40	R\$52,65
DirecTV	R\$399	47	R\$52,50

Fonte: Melo e Gutierrez (2000)

Os avanços nas tecnologias de compressão digital aproximou o número de canais disponíveis por satélite (DTH) daquele dos sistemas de cabo, deixando esta variável de ser um determinante importante na escolha do sistema pelo usuário. O maior custo inicial para o usuário dos sistemas DTH, contudo, representa ainda uma desvantagem frente aos sistemas a cabo, onde esses estão disponíveis.

Finalizando a avaliação sobre o comportamento do consumidor no mercado de TV por Assinatura, algumas conclusões são evidentes:

- i. Importância do acesso à programação da líder de audiência TV Globo aberta (dada a fidelidade dos consumidores), quando se considera a escolha do consumidor sobre os diversos “pacotes” de canais ofertados pelas operadoras de TV por Assinatura;
- ii. Expansão do mercado de TV por Assinatura pela incorporação das classes C e posteriormente D, ampliando a importância do acesso à programação da TV aberta;
- iii. Existência de acesso ao serviço de TV por Assinatura em praticamente todas as áreas povoadas do país, com vantagens para a tecnologia DTH, pela sua abrangência;

TV a cabo e as localidades com menor densidade de construções pelo MMDS. Esta complementaridade é confirmada pelo fato de, em alguns casos, as duas operadoras pertencerem ao mesmo grupo.”

- iv. Vantagem de preço para as operadoras que usam as tecnologias Cabo/MMDS, nas áreas em que atuam.

Portanto, os efeitos concorrenciais no mercado de TV por Assinatura, da recusa de negociar a retransmissão de sinal por parte da TV Globo, serão os de dificultar o acesso ou crescimento de qualquer outro concorrente que utilize as tecnologias MMDS ou DTH, que não tem o acesso a essa programação garantido pela regulação.

A formação de posição dominante por parte da Net/Sky será facilitada por essa restrição, tendo em vista a fidelidade dos consumidores à programação da TV aberta, ao tomar a decisão de qual serviço assinar. Especialmente, em um momento de incorporação da classe C ao consumo do serviço.

Note-se que existem dois motivos que tendem a manter a fidelidade da clientela já atendida ao operador de TV por Assinatura escolhido, quais sejam:

- i. **Existe custo de mudança:** se mudar de operadora, o consumidor será obrigado a fazer um novo gasto de instalação de equipamento (taxa de adesão), portanto, ele exigirá um diferencial mais significativo em termos de preço ou qualidade para mudar;
- ii. **Existem retornos crescentes de escala:** no caso do sistema DTH para uma determinada área geográfica, o custo adicional de atender mais um usuário - além da instalação da antena e recepção, que são cobertas pela taxa de adesão - é próximo de zero, pois, não faz diferença entre transmitir para 100.000 ou 100.001, isto implica uma vantagem de custos para a empresa que ampliar primeiro a sua base de assinantes.

Note-se que buscar aumentar ou manter participação de mercado utilizando competências já desenvolvidas em outras atividades não é ilegal *per se*. Todavia, no presente caso está envolvido um setor regulado que, como já foi bem colocado no Parecer do Dr. Werter R. Faria, ao citar Gay Fuentes que ressalta que “*no âmbito da comunicação social, a concorrência desempenha uma função especial, que transcende o meramente econômico e que deve traduzir o princípio democrático básico na organização dos meios de comunicação: o pluralismo político e cultural*”. Neste setor regulado, já existe a obrigatoriedade de permitir a retransmissão de sinais por parte das operadoras a cabo, não fazendo qualquer sentido manter uma assimetria para os operadores de DTH/MMDS, que ocorre apenas por uma desatualização da regulação.

3.3 Inexistência de Motivo Econômico Razoável para a Restrição

A inexistência de explicação alternativa razoável para essa conduta, que não seja a de restringir a entrada de novos *players* ou de aumento de participação de mercado de concorrentes atuais, é um dos fatores que pode reforçar a crença na existência de conduta anticoncorrencial. No presente caso, foram apresentadas as seguintes razões para justificar a restrição imposta à DirecTV:

- i. A liberdade de contratar apenas com quem se queira, garantida pela ordem jurídica brasileira;
- ii. A inexistência da obrigatoriedade de ceder o sinal, garantida pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62);
- iii. O direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão garantido pela Nova Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610/98);
- iv. A garantia de transmissão com qualidade apenas através de empresas verticalmente integradas;
- v. A existência de “*free-riding*” por parte da DirecTV que de forma oportunista buscaria aproveitar-se dos investimentos realizados pela TV Globo.

Com exceção do item v) que discutiremos com mais profundidade na próxima seção, as quatro primeiras alegações são absolutamente frágeis, que podem ser respondidas brevemente.

A primeira justificativa, de liberdade de contratar, como foi visto no Voto do Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro, ela é limitado pela existência de efeitos anticoncorrenciais da recusa de contratar. Como o presente caso trata justamente da busca de posição dominante e de estratégias de exclusão, resultantes da recusa de venda, a liberdade é limitada de acordo com o ensinamento do Voto do Ilustre Conselheiro. Houve uma tentativa de colocar que os efeitos anticoncorrenciais só existiriam em situação de *essential facility*. Todavia, o Voto do Conselheiro não faz essa distinção, para ele, como para a jurisprudência americana, qualquer efeito anticoncorrencial provoca a limitação da liberdade de recusa de negociar.

A segunda justificativa, de que o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) afirma a liberdade de recusar a transmissão:

“Art. 48. Nenhuma estação de radiodifusão poderá transmitir ou utilizar, total ou parcialmente, as emissões de estações congêneres, nacionais e estrangeiras sem esta por esta previamente autorizadas.”

Durante a irradiação, a estação dará a conhecer que se trata de retransmissão ou aproveitamento de transmissão alheia, declarando, além do próprio indicativo e localização os da estação de origem.”

É uma justificativa que padece da mesma fraqueza da primeira, pois o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) permite a recusa de transmissão, mas não pode permitir uma **ofensa à Lei de Defesa da Concorrência**, que é justamente do que se trata no presente caso.:

A terceira justificativa, referente à Nova Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610/98) é análoga ao caso anterior. Note-se que a DirecTV não solicita condições especiais de retransmissão, mas condições análogas às da TVA a cabo e da Sky, que se pressupõe, não desrespeitam a Nova Lei de Direitos Autorais.

A quarta justificativa, de que só existiria a garantia de transmissão com qualidade através de empresas verticalmente integradas é completamente infundada. Será que HBO, Discovery Channel, CNN, Fox, Sony, MGM e outras dezenas não se preocupam com a qualidade de sua imagem? Será a Rede Globo uma das poucas empresas em todo o mundo que retransmite o seu sinal com qualidade, e isso, devido à integração vertical? Ou será que está se acusando a retransmissão feita pela TVA cabo de ser de baixa qualidade? É difícil responder a essas questões. Fácil é constatar que elas não fazem o menor sentido.

Portanto, não foi apresentada qualquer razão econômica consistente para a recusa de retransmissão, que não seja a de facilitar o crescimento da Sky no segmento de mercado de DTH.

4. A Recusa da Retransmissão e o “Free-Riding”

As restrições verticais podem ter efeitos positivos ou negativos sobre o bem-estar de uma economia. Entre os efeitos positivos estaria especialmente a eliminação do efeito de “carona” (*free-rider*) entre produtores e distribuidores.

Formalmente, um “caroneiro” (*free-rider*) seria o indivíduo que busca desfrutar dos benefícios de um bem público sem contribuir com os custos do montante do bem público tornado disponível (Hyman, 1999, p. 156)²⁰.. Bem público, por sua vez, seria aquele que uma dada quantidade pode ser desfrutada por mais consumidores sem prejuízo dos existentes (Hyman, 1999, p. 67). Um exemplo de bem público é uma rodovia, que pode ser utilizada por

²⁰ Hyman, D. N. (1999) *Public Finance: A Contemporary Application of Theory to Policy*. Orlando: Dryden Press.

vários passantes, sem que um necessite excluir os outros para utilizar a rodovia.

Um problema grave quando existe um “bem público” é o desincentivo ao investimento para provê-lo, devido ao fato de que um agente econômico oportunista (*free rider*) pode ficar aguardando que os outros façam o investimento, para depois aproveitar-se de sua existência. Vamos supor, por exemplo, que em uma comunidade agrícola seja necessário reparar uma estrada vicinal para facilitar o escoamento da produção de cada um dos agricultores. O reparo deverá ser feito com os próprios recursos da comunidade. O *free rider* seria aquele agricultor que não contribuiria para o reparo da rodovia e, depois que ela fosse reparada, a utilizaria para escoar a sua produção, sem ter tido que gastar nada para tal.

“O problema do caroneiro tende a se tornar mais agudo quando o tamanho do grupo que se beneficia do bem público se torna maior. Isto se deve ao fato de que se cada membro de um pequeno grupo pensa em retirar a sua contribuição, o resultado pode ser uma redução significativa na quantidade de bem público”. Hyman (1999, p.157). Assim, no exemplo, se forem poucos agricultores e algum deles não contribuir, a estrada não será reparada. Todavia, se existirem centenas, um “*free rider*” pode ser bem sucedido.

No caso em questão, seria necessário definir claramente no que consistiria o “*free riding*”. Note-se que a permissão pela Rede Globo para a DirecTV transmitir os seus sinais não tem qualquer característica de “*free riding*”.

Em primeiro lugar, o investimento feito pela TV Globo para construir sua imagem e qualidade de programação não é um bem público, pelo contrário, é privado e a DirecTV se propõe a pagar por ele e, existem apenas dois agentes envolvidos na transação, não centenas.

Em segundo lugar, a programação da TV Globo aberta é remunerada pelos gastos em publicidade dos anunciantes. Os anunciantes pagam pelo tempo de publicidade de acordo com a audiência do programa exibido, daí o conceito do “Custo por Mil”, ou seja o quanto se paga para cada mil indivíduos atingidos por um anúncio. Ora, a retransmissão do sinal da TV Globo pela DirecTV aumenta o retorno da Globo de duas maneiras: a DirecTV paga pela retransmissão e, aumenta a audiência dos anúncios veiculados via TV Globo, aumentando sua audiência e portanto, sua receita publicitária. Não há desse modo, como caracterizar esse contrato de retransmissão com um “*free riding*”.

É o meu parecer,

São Paulo, 9 de Abril de 2001.

Arthur Barrionuevo Filho

PARECER PROFESSOR WERTER R. FARIA

Retransmissão de Programas de Televisão Convencional por Televisão Via Satélite. Acordos entre Empresas Pertencentes à Mesma Rede. Prejuízo a Empresa Concorrente das Favorecidas. Ilicitude.

CONSULTA

A TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A. representou à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) contra a TV GLOBO LTDA. e a TV GLOBO SÃO PAULO LTDA., em virtude de se recusarem a celebrar contrato de autorização com a DIRECTV para retransmitir programas de televisão hertziana ou convencional, nos moldes do que fizeram em favor da associada da Rede Globo NETSAT SERVIÇOS LTDA (SKY).

À época da representação, TV A explorava o serviço de televisão via satélite (DTH), por meio de sua então controlada DIRECTV -atualmente empresa independente da TVA -que concorre com essa operadora de televisão por assinatura da Rede Globo. A SKY detém exclusividade para transmitir a programação da Rede Globo. Nessas condições, a autora da representação não pode subministrar aos seus clientes a programação aberta que desejam receber . A operadora da televisão via satélite da Rede Globo é a única que oferece esse serviço ao público, e a programação aberta da Rede Globo lidera a audiência.

A negativa de possibilitar que a DIRECTV, principal concorrente da SKY, preste o mesmo serviço constitui-se em barreira ao acesso a uma das modalidades de serviço de radiodifusão televisiva de interesse para grande número, senão a maioria dos assinantes, inclusive potenciais. Tais fatos determinam uma exclusividade que limita severamente a concorrência.

Diante disso, a DIRECTV pergunta:

a) a celebração de contratos para a retransmissão de programas da , Rede Globo pela operadora de DTH afiliada à Rede Globo, e a recusa de contratar, em condições análogas, com a operadora concorrente desta é lícita perante as disposições legais sobre a prevenção e repressão às infrações contra livre concorrência?

b) os fatos acima expostos implicam descumprimento da legislação específica do setor de telecomunicações?

RESPOSTA

Os maiores problemas que a televisão direta via satélite suscita localizam-se no campo do direito e das relações internacionais, quando as emissões podem ser recebidas em países distintos do emissor. Procura-se estabelecer a conciliação do princípio fundamental da liberdade de circulação da informação com a soberania dos Estados, quer na esfera da política de organização dos seus sistemas de telecomunicações, quer no campo sócio- cultural.

A doutrina põe em destaque duas questões decorrentes das telecomunicações espaciais: a do consentimento prévio para as transmissões de radiodifusão televisiva por satélites, dirigidas a Estados receptores distintos dos transmissores e o do conteúdo dos programas.

O caso relatado na consulta não envolve controvérsia de ordem internacional. As emissões seriam captadas no território nacional e levadas aos assinantes da DIRECTV dentro dele, nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre.

Está em causa a simples existência de uma prática ou comportamento discriminatório: a retransmissão de programas de televisão reservada a uma empresa, com ofensa dos princípios de livre acesso e de livre concorrência, para cuja apuração, a qualificação da televisão não varia em função do meio técnico utilizado (ondas, cabo ou satélite).

Enquanto atividade puramente interna, no que respeita à liberdade de expressão e à liberdade de concorrência, as emissões de televisão de cobertura nacional, regional ou local, são tratadas da mesma forma. As regras de concorrência são as mesmas. Com relação ao serviço de DTH, há norma explícita sobre tratamento discriminatório ou prática anticoncorrencial (portaria MC Nº 321/97), ao passo que a lei que dispõe sobre o serviço de TV a Cabo limita-se a atribuir competência ao Poder Executivo para definir critérios que

coíbam os abusos do poder econômico e protejam o regime de livre concorrência (art. 10, V e VI).

Conforme Maria Calvo Charro (*La Televisión por Cable*, Marcial Pons, Madrid, 1977, p. 29), no primeiro momento, a televisão a cabo

"na realidade, não foi mais do que um 'prolongamento' da televisão transnacional, uma 'antena coletiva' (community antenna television), como se denominou nos Estados Unidos, um sistema de cabo 'passivo' pois que se limitava a estender o sinal da televisão convencional ou a melhorar sua qualidade, constituindo um claro aliado daquela, colaborando, desse modo, para aumentar sua audiência. Singelamente, tratava-se de um 'negócio doméstico' que somente se ocupava de instalar cabos nas zonas que, de outra maneira, não recebiam ou recebiam mal os sinais da televisão por ondas hertzianas" ..

Num segundo momento, o sistema de TV a Cabo "passivo" assumiu outra feição:

"Quando as condições da concorrência o permitiram, e se criou uma demanda social por novos canais, os operadores do cabo começaram a importação de sinais hertzianos distantes (sem pagar nada pela aquisição desta programação e, portanto, com vantagem econômica em face dos sistemas tradicionais)".

Nesta última fase, a televisão a cabo montou estúdios para criar programação própria e difundi-la, em tempo real, de um posto de emissão para a residência dos usuários, que passaram, assim, a dispor de um conjunto maior e mais variado de opções. De acordo com Calvo Charro,

"Isto implicava entrar em concorrência direta com os sinais das televisões hertzianas locais, o que, para estas, poderia supor um considerável prejuízo econômico.

Deste modo, de um sistema complementar da televisão hertziana passou a constituir-se num meio de difusão absolutamente independente, convertendo-se, em pouco tempo, numa perigosa concorrência para aquela, dada a maior variedade de canais oferecidos, bem como a indubitável melhor qualidade dos seus sinais ".

O fato de a televisão a cabo se tornar independente da televisão tradicional não fez com que desaparecessem as relações entre as duas, e ambos os serviços passaram a regular-se, em geral, pelas leis do mercado.

Isto acarretaria a intervenção do poder público, sob a forma de regulamentação do serviço de TV a Cabo, especialmente nos Estados Unidos, por

efeito da primeira emenda à Constituição, destinada a garantir a liberdade de expressão, que guarda íntima relação com a liberdade de concorrência.

O sistema das telecomunicações baseia-se no princípio da diversidade, e seu objetivo fundamental é proporcionar a mais ampla difusão possível de informações oriundas de múltiplas fontes rivais.

Calvo Charro (ob. cit., p. 38) mostra que

"A regulação da televisão a cabo caracterizou-se, nos Estados Unidos, desde o seu início, pela continua dialética televisão a cabo/televisão hertziana, tendo sempre como ponto de partida a tensão existente entre os interesses contrapostos dos operadores de televisão convencionais e dos cabo-operadores. Superada em parte essa dicotomia, atualmente as constantes e bruscas mudanças tecnológicas que estamos experimentando trazem consigo a aparição de novos interesses em choque e, em certas ocasiões, seu enfrentamento ou colisão, o que provoca, de novo, a necessária intervenção do poder público -afetando, portanto, a liberdade de expressão -para decidir em benefício do interesse prevalecente, que há de ser, a fim e a cabo, aquele que se suponha satisfazer, em maior medida, o interesse público, neste caso, identificado com o dos telespectadores".

A organização de redes nacionais de informação e o projeto norte-americano de criar uma rede de dimensão internacional fizeram surgir novos conflitos de interesses.

Os meios de informação tendem à fusão e complementação, fato que levou o governo dos Estados Unidos a promover a concorrência. À medida que esta se acirra, crescem os conflitos e queixas. Calvo Charro (ob. cit., p. 56) cita as reclamações partidas

"dos próprios sistemas a cabo contra as múltiplas integrações verticais que estavam ocorrendo, e que provocavam discriminações, especialmente dos programadores com os sistemas a cabo não afiliados".

No caso submetido a exame, a TV GLOBO LTDA. e a TV GLOBO SÃO PAULO LTDA., empresas integrantes da Rede Globo de Televisão, autorizaram a retransmissão dos programas desta a uma outra associada, a NETSAT SERVIÇOS LTDA. (SKY). A TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A (TVA) manifestou o seu interesse de receber a mesma autorização para retransmitir, com características de qualidade e preço semelhantes, programas de televisão convencional, nomeadamente jogos de futebol, novelas e noticiários. Em face da recusa das empresas de contratar a cessão dos programas e da disposição de manter a exclusividade da SKY, a TV A dirigiu representação à

ANATEL em que alega infração ao art. 20 e seus incisos, art. 21, V e XIII, e art. 32 e seguintes da lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

A ANATEL entende que as representadas não cometeram infração das regras de concorrência. A conclusão não está correta. A Rede Globo detém poder de mercado quanto ao fornecimento de programação de televisão aberta ou convencional. Os contratos de cessão das programações celebrados com sua afiliada SKY, agregada à negativa de fornecer a mesma programação à maior concorrente desta, deram existência a um acordo entre empresas lesivo da livre concorrência e prejudicial aos usuários. Como advertem Thiesing-Schröter- Hochbaum (*Les Ententes et les Positions Dominantes dans le Droit de la C.E.E.*, trad. francesa, Editions Jupiter- De Navarre, Paris, 1977, p. 71).

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

O art. 20 da lei nº 8.884/94 tem correspondência com essa disposição do Tratado que institui a Comunidade Européia. Em termos semelhantes, considera infração

“... os atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.

Os contratos de cessão para a retransmissão da programação da Rede Globo pela SKY e a negação do mesmo tratamento à TVA-DIRECTV configuram uma exclusividade contrária à liberdade de expressão e à liberdade de concorrência.

Nos Estados democráticos, o direito das telecomunicações fundamenta-se no princípio da liberdade de expressão, que inclui a recepção e comunicação da informação e idéias. Este princípio tomou-se universal, e as Nações Unidas admitiram-no como direito fundamental e ponto de partida do reconhecimento das demais liberdades. A importância da liberdade de informação é demonstrada pela inclusão na Declaração Universal dos Direitos do

Homem do direito de "receber informações e opiniões" e de "difundi-las sem limitação de fronteiras, por qualquer modo de expressão".

A garantia desse direito encontra-se na diversidade das fontes de informação e, por outro lado, na ausência de restrições à livre prestação de serviços pelos operadores das telecomunicações ou não discriminação.

A negação de autorizar a retransmissão da programação da Rede Globo, como forma de preservar a exclusividade da SKY, tem por objetivo ou efeito restringir a concorrência no mercado televisivo. Não tem outra explicação, porquanto a TV A propôs-se a contratar em condições similares àquelas em que são distribuídos' os programas pela operadora de televisão via satélite da Rede Globo.

-Dada a importância econômica e social das telecomunicações, devem ser eliminadas as restrições discriminatórias à livre prestação de serviços de televisão, e reprimidas quaisquer condutas anticoncorrenciais. A livre prestação de serviços, nessa área, considera-se como manifestação específica do princípio da igualdade de tratamento.

O art. 2 da lei nº 8.884/94 dá como exemplo de acordo colusório ou prática abusiva

"VI- impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias- primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição".

O contrato de cessão da programação da Rede Globo à sua operadora de DTH e a recusa de estendê-la, em igualdade de condições, a uma operadora concorrente somam-se para impedir o acesso da TVA a fontes de insumo ou matéria-prima.

Aplicam-se aos organismos de radiodifusão televisiva via satélite as ponderações de Guillermo J. Cervio (*Derecho de las Telecomunicaciones*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 47) sobre os acordos entre licenciatórias do Serviço Básico Telefônico (LSB) e outras empresas prestadoras de serviços em regime de concorrência que, por sua vez, sejam controladas por elas. Sobre a validade desses acordos entende que tudo dependerá do caso concreto:

"posto que, se em determinadas ocasiões as LSB celebram acordos ou convênios com sociedades por elas controladas, mas cujas condições são extensíveis a qualquer outro prestador que queira celebrar um acordo nas mesmas condições e, por sua vez, não existam subsídios desleais, isso beneficiaria os usuários, pelo que, em definitivo, se estaria cumprindo um dos princípios que regem a legislação vigente".

A contrário senso, e com relação a acordos entre empresas que fazem parte do mesmo grupo televisivo, a exclusividade para a retransmissão de programas convencionais por uma operadora de DTH viola o art. 20 da lei nº 8.884/94, combinado com o art. 21, V, VI, XII e XIII. Infringe aquela disposição porque proíbe os atos que tenham por objetivo ou efeito, real ou potencial,

“I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.

Transgredir o inciso V do art. 21 porque a exclusividade dificulta o funcionamento e o desenvolvimento da DIRECTV, concorrente da SKY.

Ofende o inciso VI do art. 21 porque a exclusividade não permite que a DIRECTV retransmita via satélite programas da Rede Globo convencional.

Descumprir o inciso VII do art. 21 porque o princípio de não discriminação exige que os adquirentes de bens ou serviços sejam tratados em igualdade de condições.

Atenta contra o inciso XIII do art. 21 porque a recusa de venda, segundo Jacques Azéma (Le Droit Français de la Concurrence, PUF, Paris, 1981, p. 281),

“é extremamente compreensiva, pois visa toda demanda de produtos ou de prestação de serviços, dirigida a qualquer produtor, comerciante, industrial ou artesão. Assim, a infração ultrapassa largamente o estrito quadro da venda comercial”.

A exclusividade prejudica, tanto a operadora de TV a Cabo privada da retransmissão, como seus assinantes. O mais grave é que são estes que selecionam a programação que desejam receber, e terminam despojados do direito de escolha.

O art. 14 da lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, segue a posição norte-americana sobre a promoção da concorrência dos serviços de televisão ao acabar ao proibir concessões para a exploração destes que tenham caráter de exclusividade. A proibição de concessões exclusivas tem por objetivo fomentar a concorrência, em benefício dos usuários, entre concessionárias de telecomunicações, na mesma área.

A exploração do serviço de telecomunicações está sujeita a prévia outorga mediante licença ou concessão, conforme o país. O art. 84 da lei que regula a organização desse serviço dispõe:

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

A delimitação das áreas de exploração, quantidade de prestadoras, etc. devem respeitar determinados princípios, como o de liberdade de competição e o de maior benefício do usuário.

Não é apenas na outorga de concessão que esses princípios se impõem. A exploração do serviço de televisão também não comporta discriminações incompatíveis com a liberdade de concorrência. A outorga de concessão precisa ser neutra em face da concorrência, e a exploração do serviço não a pode distorcer.

O legislador brasileiro buscou o modelo da lei nº 8.884/94 nas regras de concorrência da Comunidade Européia, em que domina o princípio do pluralismo em matéria de regulamentação, concessão e exploração dos serviços de telecomunicações.

A proibição de exclusividade impõe-se, tanto às autoridades competentes para outorgar concessões para a exploração do serviço de TV a Cabo, como às concessionárias. G. Ariño -J.M. de Cuétara -L. Aguilera (*Las Telecomunicaciones por Cable*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 243) lembram que *"o setor da televisão a cabo EEUU atingiu uma maturidade e extensão não comparável/ com outros países; como se depreende do anexo I, constitui um monopólio não regulado, verticalmente integrado e capaz de realizar condutas anticoncorrenciais com respeito aos programadores não associados"*.

A sujeição do serviço de televisão a cabo ao regime de livre concorrência importa necessariamente a aplicação das normas legais que proíbem os acordos colusórios entre empresas, bem como os abusos de posição dominante. *q* contrato entre duas empresas integrantes a Rede Globo e outra, afiliada à mesma organização (SKY), é um acordo vertical. Através deste tipo de acordo, como ensina Eduardo Galán Corona (*Acuerdos Restrictivos de Ia Competencia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1997, p. 225),

"originam-se restrições da concorrência, não entre as partes que celebram o acordo, pois entre elas não há concorrência, por estarem situadas em distintos níveis de produção ou distribuição, mas sim num dos mencionados estágios".

É o que se passa com os acordos realizados com a operadora de DTH, afiliada à Rede Globo.

Segundo o supracitado autor (ob. cit., p. 242),

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

Por sua própria natureza, a exclusividade sempre produz uma inevitável restrição da concorrência. O art. 85, n° 3, do Tratado de Roma (atual art. 81, n° 3), abre duas exceções à proibição dos acordos entre empresas, ainda que de exclusividade, admitindo-os quando

- a) contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos;
- b) concorram para promover o progresso.

O art. 54, § 1°, I, da lei n° 8.884/94 confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a atribuição de autorizar os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar em dominação dos mercados de bens ou serviços, quando preencham requisitos análogos aos da referida disposição do Tratado de Roma, quais sejam:

- a) aumento a produtividade;
- b) melhoria da qualidade de bens e serviços;
- c) propiciação da eficiência e do desenvolvimento tecnológico ou econômico.

O acordo que motivou a instauração o processo administrativo para a apuração e repressão de infração da ordem econômica limita e prejudica a concorrência no setor audiovisual, que é um serviço público guiado pelos princípios da liberdade de informação e do pluralismo, quer externo, quer interno. Celeste Gay Fuentes (*La Televisión ante el Derecho Internacional y Comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 252) caracteriza o pluralismo externo pela

“existência do maior número possível de fontes de informação em relação às possibilidades técnicas existentes”,

e o interno pela

“abertura dos meios às diversas correntes de opinião”,

como garantias do direito dos cidadãos de receber informação.

O direito de antena ou direito acesso aos meios de comunicação

“pode ser considerado como um aspecto do pluralismo interno dos meios”.

O Estado tem obrigação de proteger o pluralismo no campo da comunicações, e o órgão encarregado da defesa da concorrência de examinar, com todo o rigor, os contratos que concedam exclusividade e as condutas que a protejam, em especial se criarem um monopólio relativamente a determinar programas de grande interesse ao público.

Gay Fuentes (ob. cit., p. 268) ressalta que,

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

A política de concorrência no setor da comunicação social desempenha uma função institucional consistente em definir as condições estruturais de um mercado que permitam o estabelecimento de uma pluralidade de fontes de informação e de opinião, capazes de reproduzir o debate cultural e político aberto de que necessita toda sociedade democrática. Portanto, é o princípio do pluralismo, e não o da livre concorrência, que deve guiar a ação dos poderes públicos no campo da comunicação social. Princípio de pluralismo que, como se indicou, 'exige uma ordenação, tanto estrutural como funcional, dos processos econômicos das empresas informativas, mais exigente do que para o resto dos setores econômicos'. Isto se explica porque 'uma redução da concorrência no mercado informativo é uma redução, em termos reais, do funcionamento de um sistema democrático. Os valores em jogo já não são o equilíbrio das regras do mercado econômico, mas a própria essência do sistema político”.

Mais de sessenta por cento dos lares americanos dispõem de televisão a cabo e, por conseguinte, uma expressiva maioria de assinantes não recebe os programas das televisões hertzianas ("broadcasters"), que a lei considera de interesse geral. Esta impõe a reserva de um terço de sua capacidade para a retransmissão obrigatória e gratuita dos sinais hertzianos por operadoras de TV a Cabo. A finalidade das “must-carry rules” é garantir a sobrevivência da televisão tradicional, em razão do interesse público. Uma das justificativas da retransmissão ou segunda transmissão obrigatória, referida por Calvo Charro (ob. cit., p. 172), é

"favorecer que os telespectadores recebam uma pluralidade de fontes de informação, e não somente os sinais escolhidos pelo cabo-operador. O que no caso de não ser imposta esta obrigação -aconteceria na maior parte das vezes, dada a tendência dos sistemas a cabo de se constituírem em monopólio de fato, tendência a que se soma, na maioria dos casos, a integração vertical com programadores, o que poderia dar lugar a uma enorme barreira para a entrada no mercado de novos programadores não a filiados e, portanto, para a consecução do princípio de diversidade das fontes de programação, posto que os cabo-operadores tenderiam a favorecer exclusivamente os programadores associados a eles"

Outra justificção para a retransmissõ obrigatória, também mencionada pela autora, é impossibilidade de os assinantes receberem os programas de televisão hertziana, a não ser via cabo, pois carecem do dispositivo adequado que lhes permita beneficiar-se do acesso, indistintamente, dos serviços abertos e fechados (televisão tradicional por meio de antena e televisão a cabo).

O direito brasileiro das emissões por televisão não obriga as operadoras do sistema via satélite, nem a cabo, retransmitir, obrigatória e gratuitamente, os sinais da televisão convencional. Deste modo, a retransmissõ consentida é o sistema aceito. Mas os acordos entre empresas, relativos à retransmissõ de programas de televisão convencional por operadora de DTH, não podem contrariar os objetivos democráticos de promover a diversidade das fontes de informação e a livre concorrência, que asseguram aos telespectadores o acesso, ainda que pago, a programações do sistema aberto.

No regime de retransmissõ consentida, as empresas prestadoras de serviços de televisão têm o direito de autorizar ou proibir a retransmissõ de suas emissões, pois são os proprietários destas. O art. 95 da lei dos direitos autorais garante o exercício desse direito, da mesma forma que o art. 13 da Convenção de Roma sobre a proteção, entre outros, dos organismos de radiodifusão.

Entretanto, a propriedade do sinal televisivo e o direito de autorizar ou proibir a retransmissõ das emissões das empresas de radiodifusão não lhes conferem o arbítrio de cometer discriminações.

Em matéria de emissões de televisão, a liberdade de contratação não se sobrepõe, antes se subordina ao princípio de não discriminação e à liberdade de expressão (recepção e difusão de informações e idéias). Uma empresa concessionária de telecomunicações não pode submeter a retransmissõ dos seus programas a condições discriminatórias, quanto mais negar-se a contratar. O art. 21, XII, da 8.884/94 proíbe discriminar adquirentes ou fornecedores de

bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços. Por conseguinte, consagra o princípio de não discriminação.

Anne Meyer-Heine (*Le Droit Européenne des Emissions de Télévision, Economica*, Paris, 1996, p. 63) recorda que

"Os organismos de radiodifusão podem ser produtores ou compradores de programas, distribuidores de emissões, investidores e devedores, proprietários ou titulares de direitos autorais e direitos afins, etc".

Em qualquer dessas condições não podem ser discriminados. Os contratos das TV s Globo com a SKY e a negativa de realizá-los com a sua mais importante concorrente caracterizam uma discriminação entre adquirentes de programas, com o objetivo de prejudicar a concorrência entre operadoras de DTH.

Nas comunidades e mercados comuns, o princípio de não discriminação significa a vedação de um Estado membro favorecer a distribuição dos seus programas em detrimento dos provenientes de outro Estado membro. Nas exposição de Meyer-Heine (ob. cit., p. 59),

"Cometeria discriminação, na acepção do art. 6º do Tratado CE, caso submetesse a difusão das emissões de radiodifusão originárias de outro Estado da Comunidade e, se fosse o caso, sua retransmissão a cabo em condições mais rigorosas do que aquelas que impõem à difusão e à retransmissão de emissões nacionais. É o caso quando proíbe, impede ou entrava, penaliza, numa palavra, os programas provenientes de um país membro relativamente aos seus.

Esse princípio de não discriminação, fundamenta/ sob o ponto de vista das trocas econômicas, revela-se particularmente promissor no domínio da televisão".

A autora (ob. cit., p. 69) acentua que

"A atividade dos organismos de radiodifusão, mesmo quando investidos de monopólio público, só pode exercer-se respeitando regras de concorrência aplicáveis às empresas".

Essa afirmação encontra apoio na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. O acórdão Sachi, de 30 de abril de 1974, reconhece que até os estabelecimentos titulares de direito exclusivo estão sujeitos à proibição de discriminação e, em razão da sua natureza, a mensagem televisionada deve considerar-se como prestação de serviços, e não pro-

duto ou mercadoria. Como estes, são objeto de comercialização e, portanto, sujeitam-se às regras de concorrência.

Em vista do exposto, respondo a consulta:

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 a proibição dos acordos entre empresas restritivos da concorrência (art. 20, I, da lei n° 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 n° 8.977/95).

É o meu parecer ,

Porto Alegre, 18 de abril de 2000.

Werter R. Faria

**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 DTH -*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 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 microssistema 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 indubitado 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 Napoleon* 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 "*droit 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 sostanzia 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 utilidade"*³⁷, 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 público"*³⁸.

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 conseqüência 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 apparaît 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 ensamble'.

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, incontestavelmente, 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 nº 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, Almendina, 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 - 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 Controle 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 f'az 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 n° 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, 3° edição, 1994, p. 274.

⁵¹ In Revista do IBRAC, vol. 3, n° 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 naître d'une défaveur imposée à un distributeur comme d'une faveur faite à un distributeur ou obtenue par lui"

Estas condutas constituem, incontrovertidamente, 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 domina.~ce 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 colo.:ando-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 n° 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", acen- tuando-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 á transmissão via satélite, sem dever-se recorrer á 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.

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

Na espécie, como cremos ter demonstrado à saciedade, 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, da 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, ressaltadas 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 *discricionariade* 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 discricionariade ou quanto às relativas a atos vinculados. Portanto, sendo clara a competência do CADE para analisa, 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 n° 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 n° 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 judicante, na esfera administrativa econômica, tem competência para analisar e alterar as decisões da ANATEL, nos termos do art. 7° e 19 da Lei 9.472/97.
- g) Já respondida, nos termos do i tem "b", *supra*.

São Paulo, 4 de junho de 2001.

MIGUEL REALE

MIGUEL REALE JÚNIOR

PARECER DRA. NEIDE MALARD

CONSULTA:

- 1) Poderia o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ao proferir decisão em processo instaurado pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel para apurar infração à ordem econômica, com base na Lei nº 8.884/94, adotar interpretação própria da legislação sobre telecomunicações, que contraria a interpretação da Anatel?

- 2) O método de interpretação utilizado pelo Conselheiro Relator resulta em uma decisão conforme o direito pátrio ou cria arbitrariamente uma exceção ao preceito escrito, regulador da matéria posta à sua apreciação?

PARECER

1. As atividades judicante e reguladora da Administração Pública, consideradas sob o aspecto funcional da estrutura do Estado de Direito, são atividades anômalas, indo além das competências atribuídas ao Poder Executivo pela ordem jurídica do Estado, que atribui a cada poder funções específicas: legislativa, administrativa e jurisdicional. Assim, em uma concepção tradicionalista e reducionista das competências do Estado, em sua organização de poder tripartite, cabe ao Executivo administrar, ao Legislativo regular e ao Judiciário julgar.

2. Importam para a questão posta a consulta as competências reguladora e judicante exercidas pelo Poder Executivo, através das entidades que constituem uma parte de sua estrutura orgânica, a saber, pela Anatel e pelo CADE.

3. A competência administrativa, seja reguladora, seja judicante, deve vir expressa em lei; não se presume. Nenhum órgão pode atuar sem compe-

tência expressa, nem invadir a competência do outro; nenhuma autoridade pode atuar sem delegação de poderes.

4. O poder do Estado emana da vontade soberana de seu povo, manifestada em lei elaborada por seus legítimos representantes no Congresso Nacional. Como emanção normativa, o poder só pode ser exercido nos estritos limites estabelecidos em lei, à qual se submetem o Estado e seus cidadãos. Essa idéia de inserção do poder na moldura legal está consubstanciada no princípio da legalidade, consagrado em nossa ordem jurídica, segundo o qual, o poder exercido em todas as esferas do Estado há de ter a lei como única fonte.

5. No âmbito da atividade administrativa, a idéia de poder está ligada à de função pública, porquanto esta, como o conjunto das atribuições conferidas ao agente, tem aquele como predicativo necessário para o seu desempenho. A função administrativa é desempenhada mediante atos que realizam em concreto fins expressos ou implícitos em lei. Isto significa que o agente público só pode praticar ato que corresponda a um tipo de ação (competência) previsto em lei. Assim, se a ação é regulamentar determinado setor econômico, interpretando as respectivas normas de regulação, os atos a serem praticados deverão guardar correspondência com a competência para tanto outorgada à entidade reguladora, que não pode extrapolar o limite da regulação. Se a ação é instruir o processo de repressão ao abuso do poder econômico, os atos limitar-se-ão àqueles da instrução, não podendo o órgão instrutor extrapolar sua função de instruir, para, por exemplo, praticar atos pertinentes ao julgamento. Se a ação for julgar as infrações contra a ordem econômica, os atos do órgão julgante não poderão compreender aqueles relativos à instrução ou à regulação.

6. A descentralização das funções administrativas se orienta pelo princípio da especialidade, isto é: a lei de criação da entidade estabelece com precisão as finalidades que deve perseguir. Assim, não podem os seus administradores afastar-se dos objetivos legais definidos na lei, eis que não têm a livre disponibilidade dos interesses públicos.²¹

7. A atribuição do poder e a forma pela qual é exercido vêm expressas em lei. O princípio da subordinação da Administração à lei imprime uma orientação positiva à conduta administrativa: agir somente quando autorizado. No silêncio da lei, não há poder. Quando a lei preordena a conduta administrativa, traçando-lhe os limites, precisando-lhe a forma, estabelecendo critérios, caracterizando situações, enfim, definindo as condições e hipóteses em que o ato

²¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito administrativo. – 13. ed. – São Paulo : Atlas, 2001, p.72.

deva ser praticado, o poder de que dispõe o administrador é vinculado, cabendo-lhe tão só contrastar a existência do pressuposto fático, aplicando-lhe a norma.

8. Por outro lado, quando a lei deixa ao administrador a tarefa de avaliar as situações concretas e resolver sobre as providências a serem adotadas para o caso, tem-se o poder discricionário, cabendo ao agente aplicador da norma valorar, à sua discricção, os fatos que lhe são submetidos, para, afinal, decidir sobre a prática do ato segundo critérios de oportunidade e conveniência.

9. Ao plexo dos poderes atribuídos legalmente aos órgãos e agentes públicos, indispensáveis à persecução da finalidade legal, chama-se competência, elemento essencial de validade do ato administrativo.

10. Posta, assim, a questão da competência dos órgãos e entidades da Administração e de seus agentes, vejamos quais os poderes outorgados pela Lei à Anatel telecomunicações no regime privado. Desta feita, tem a agência competência regulatória, que e ao CADE. As atividades da Anatel estão previstas na Lei nº 9.472, de 16-7-97, cuja matriz constitucional é o art. 21, inciso XI, que prevê a criação do órgão regulador. Dentre as competências conferidas à Agência, cumpre-lhe expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações em regime público, bem como normas sobre o serviço de no dizer de *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*²², consiste em regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios e *standards*, o que de fato tem feito a Anatel baixando um extenso número de atos normativos em todas as esferas de sua ampla competência no setor de telecomunicações.

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

12. Além das questões regulatórias, tem a Anatel poderes para instaurar os processos de condutas infratoras da ordem econômica, previstos na Lei nº 8.884/94, bem como fazer a instrução dos atos de concentração que devem ser submetidos à aprovação do CADE. Essas competências conferidas à Anatel na esfera da defesa da concorrência justificam-se pelas peculiaridades do mercado de telecomunicações, onde as questões concorrenciais muitas vezes estão im-

²² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Parcerias na administração pública : concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. - 3. ed. - São Paulo : Atlas, 1999, p.146.

bricadas com aquelas pertinentes à regulação. Por certo, foi esta a razão por que o legislador excluiu a participação, na instrução do processo administrativo, dos outros órgãos da estrutura da defesa da concorrência, quais sejam, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e a Secretaria de Direito Econômico – SDE.

13. Se, pela Lei das Telecomunicações, a competência para tratar das questões concorrenciais é compartilhada com o CADE, o mesmo não se pode dizer quanto à competência reguladora da Agência, cujas deliberações, neste particular, não podem ser contrastadas no âmbito do Executivo, restando aos interessados o recurso ao Poder Judiciário.

14. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por sua vez, tem suas competências previstas na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, não havendo matriz constitucional para a competência judicante do Colegiado. Nos termos do referido diploma, não tem o CADE competência reguladora, o que, aliás, seria incompatível com a sua tarefa precípua, que é o julgamento dos processos administrativos instaurados para apurar infração contra a ordem econômica. Conferiu a Lei ao CADE o *status* de órgão judicante, tão só.

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

16. As normas que a Anatel vem aplicando na regulação do serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura, via satélite, em ordem hierárquica, são as seguintes : a Lei nº 4.117/62, o Decreto nº 2.196/97 e a Norma do Serviço nº 008/97, aprovada pela Portaria MC nº 321/97. Assim, no exercício de suas competências normativa e interpretativa, a Anatel entende que os serviços de TV por satélite estão inseridos na categoria dos Serviços Especiais, instituídos pela Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, regulamentados pelo Decreto nº 2.196, de 1997 e disciplinados pela Norma do Serviço nº 008/97.

17. Desse conjunto normativo deflui com total clareza que a Anatel não aplica ao sistema DHT (TV por satélite) os princípios da lei de regência da TV a Cabo. As duas modalidades de TV por assinatura, que utilizam diferentes tecnologias, receberam da entidade reguladora tratamento diverso, nos moldes

de outras jurisdições. Em relação ao sistema por satélite, entendeu a Agência que a permissionária deve observar a legislação do direito autoral (item 7.1.1., da Norma 008/97) e que, portanto, *a transmissão de programação de concessionária ou permissionária de Serviços de Radiofusão através do Serviço DHT somente poderá ser feita após a celebração do respectivo contrato de cessão de programação entre as partes, respeitando as condições nele estabelecidas e na legislação pertinente* (item.5.3., da Norma 008/97), diferentemente do sistema a cabo, em que a programação das emissoras abertas deve ser obrigatoriamente transmitida.

18. Em caso concreto submetido à Anatel, mediante representação oferecida pela TVA Sistema de Televisão S/A. contra a TV Globo Ltda. e a TV Globo São Paulo Ltda., em que foi solicitada a instauração de processo administrativo para apurar suposta infração contra a ordem econômica, consistente na recusa das representadas em permitir a representante retransmitir sua programação aberta, a Agência aplicou à espécie a Norma 008/97, que rege o serviço de TV por satélite, e que remete à Lei dos Direitos Autorais, para condicionar a transmissão de programação das emissoras abertas à autorização destas. Entendeu, então, a Anatel que não era legalmente possível impor à emissora qualquer obrigação de autorizar terceiros a retransmitir sua programação, sendo, portanto, lícita a recusa das representadas, que não configurava, assim, conduta anticoncorrencial.

19. No CADE, tal conclusão não foi acolhida pelo Conselheiro-Relator, que entendeu não serem aplicáveis à espécie a Lei nº 4.117/62, o Decreto nº 2.196/97 e a Norma do Serviço nº 008/97, mas sim a Lei nº 8.977/95, que rege o serviço de TV a cabo. Tal entendimento do Relator decorreu do processo interpretativo que empreendeu sobre a legislação de telecomunicações (radiofusão), pelo qual equiparou o sistema de TV por satélite àquele da TV a Cabo, aplicando às relações jurídicas pertinentes ao primeiro as mesmas disposições da lei de regência do segundo. Tal interpretação serviu ao Relator de fundamento para concluir que a retransmissão era obrigatória e, portanto, ilícita a recusa da autorização para fazê-la.

20. A Lei e a respectiva regulamentação tratam exaustivamente das duas tecnologias utilizadas nos serviços de TV por assinatura, a cabo e por satélite, não havendo, como o próprio Relator admitiu, espaços vazios a serem preenchidos ou lacunas a serem colmatadas. Assim, é a interpretação da lei no sistema legal pátrio, mediante a utilização de critérios de interpretação aceitos em nosso ordenamento jurídico, que permitirá uma correta abordagem da questão posta a julgamento no CADE.

21. A conclusão a que chegou o Relator pode ser analisada sob duplo enfoque: o da competência legal do CADE para fazer a interpretação da legislação de telecomunicações (radiofusão) e nela fundamentar sua decisão; e os critérios utilizados pelo Relator no processo de interpretação, que resultaram em imposição de obrigação às representadas e repressão à sua recusa em autorizar a retransmissão de sua programação.

22. Na atividade judicante do CADE, de natureza administrativa, prevista na Lei nº 8.884/94, o Conselheiro não atua a lei, como se fora um juiz, mas age em conformidade com a lei, não lhe sendo lícito aplicar outro direito, senão o Direito da Concorrência, matéria específica de sua atividade funcional.

23. Conforme já se afirmou, a lei é a única fonte de competência, o que vale dizer: não havendo outorga legal, não há competência. Dentre as competências outorgadas ao CADE pela Lei nº 8.884/94 inexistem qualquer outorga para o Conselho aplicar as normas dos setores regulados da economia. No caso específico do setor de telecomunicações, tal competência foi outorgada expressamente à Anatel, a entidade reguladora. Desta feita, se lacunas há na legislação de telecomunicações, não cabe ao CADE preenchê-las, e, se omissa se apresentar a regulação, caberá à Anatel aplicar a norma que entender cabível ao caso concreto. Da mesma forma, se existem dúvidas sobre a aplicação de determinada lei reguladora a um certo serviço ou conflito entre normas regulatórias, é à Anatel que cabe, no âmbito do Poder Executivo, dirimir tais questões. As deliberações da Agência quanto à aplicação e interpretação da legislação sobre telecomunicações são finais e conclusivas no âmbito do Poder Executivo, não podendo, desta feita, ser contrastadas pelo CADE, a quem cabe a última palavra somente no âmbito da legislação de defesa da concorrência.

24. A competência do Conselho está adstrita à aplicação da Lei de Defesa da Concorrência. Esta é a sua especialidade, a sua finalidade legal e a razão de ser de sua descentralização administrativa. A interferência do CADE nas esferas de competência da Anatel, pertinentes à regulação do setor de telecomunicações e à interpretação das normas específicas, geraria certamente um conflito de atribuição interno, o que, além de não ser salutar para a Administração Pública, traria aos administrados insegurança, em face de posições divergentes eventualmente adotadas pelas duas entidades. Neste caso, ainda que irrecuráveis, no âmbito do Poder Executivo, as decisões tanto da Anatel quanto do CADE, não se poderia negar ao Chefe Supremo do Poder Executivo a prerrogativa de usar seu poder hierárquico para dirimir o conflito positivo de competência entre as duas entidades, pois é seu dever assegurar aos administrados que a atividade fim que se comete a uma entidade descentralizada seja execu-

tada dentro da finalidade para a qual foi instituída, e não seja usurpada por outras²³.

25. A aplicação da legislação de defesa da concorrência nas relações que se desenvolvem nos setores regulados da economia restringe-se às condutas e comportamentos que não são objeto de regulação. Não pode o órgão regulador intervir nos aspectos específicos da regulação para determinar aos agentes econômicos que se abstenham de condutas que, à luz da legislação especial, são consideradas legais. A legislação da concorrência não tem o poder de derrogar a lei especial que regula o mercado de telecomunicações, ainda que esta seja anterior àquela. No terreno da regulação e do controle, a aplicação da lei de defesa da concorrência é subsidiária, cabendo ao CADE cuidar das condutas que não se inserem na alçada da entidade reguladora. E, ao fazê-lo, se tiver de aplicar uma norma de regulação, terá de interpretá-la em consonância com as diretrizes da Anatel. É a partir da interpretação oficial da autoridade reguladora que o CADE poderá subsumir a conduta que lhe é submetida ao preceito da legislação da concorrência. Não pode passar por cima de uma norma da Anatel, ignorar um decreto e deixar de aplicar a lei especial. Tal atitude configuraria abuso de poder, eis que tomada em desconformidade com a finalidade da lei.

26. O outro enfoque a ser dado à conclusão a que chegou o Relator refere-se ao processo de interpretação por ele utilizado e o respectivo resultado.

27. Interpretar é “*uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático.*”²⁴ O intérprete busca entender corretamente o sentido da lei na sua tarefa de aplicá-la, mediante a utilização de regras e processos especiais, adaptando os preceitos contidos na norma jurídica, já interpretados, à situação de fato. O significado da norma e a quem ela se aplica são as duas questões que o intérprete procura resolver.

28. Vários são os procedimentos interpretativos considerados válidos pela hermenêutica jurídica, recomendando-se sejam aplicados de modo conjunto, concedendo maior ou menor ênfase a uns e a outros, conforme seja o ramo específico do direito em que se localiza a regra a ser interpretada.²⁵

29. O Relator diz ter partido de uma interpretação teleológica da Lei nº 8.977/95, tendo ainda adotado os critérios sistemático e extensivo. Sabe-se que pelo método de interpretação teleológica o intérprete busca alcançar os fins

²³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo, p.399.

²⁴ Karl Larenz, Metodologia da Ciência do Direito. 3. - ed. - Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, p.439.

²⁵ Luiz Fernando Coelho. Lógica Jurídica e interpretação da leis. - 2. ed., p.203.

objetivados pelo legislador para se chegar à solução adequada do caso *sub judice*. Um fim único ou fins múltiplos podem ser identificados em uma determinada lei, mas o intérprete deve ater-se aos fins cognoscíveis e às idéias fundamentais da regulação.²⁶ Já pela interpretação sistemática, o que se busca é a integração do preceito interpretando ao sistema normativo, seja este um ramo do direito positivo ou um conjunto de normas do sistema jurídico nacional.²⁷ Recomenda-se que qualquer preceito isolado seja interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, de sorte a preservar coerência do todo.²⁸ Pela interpretação extensiva, amplia-se o alcance do preceito a casos não previstos na lei, extraindo-se do texto legal as regras e princípios nele não expressos, mas ali contidos implicitamente.²⁹ Faz-se a submissão de duas hipóteses práticas à mesma regra geral, tendo como objetivo completar a norma vigente.³⁰

30. O dispositivo objeto de interpretação pelo Relator e que serviu de base legal à sua conclusão é o art.23 da Lei nº 8.977, de 06 de janeiro de 1995, que assim dispõe, *verbis*:

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

“ I – canais básicos de utilização gratuita:

canais destinados à distribuição obrigatória, integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, da programação das emissoras geradoras locais de radio-difusão de sons e imagens, em VHF ou UHF, abertos e não codificados, cujo sinal alcance a área do Serviço de TV a

²⁶ Larenz. Op. cit., p. 468.

²⁷ Luiz Fernando Coelho. Op. cit., p.215.

²⁸ Tércio Sampaio Ferraz Junior. Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação. São Paulo : Atlas, 1988, p. 262.

²⁹ Carlos Maximiliano. Hermenêutica e aplicação do direito. – 10 ed. – Rio de Janeiro : Forense, 1988, p.201.

³⁰ Idem, p.214.

Cabo e apresente nível técnico adequado, conforme padrões estabelecidos pelo Poder Executivo;”.

31. Trata-se de dispositivo de lei especial, que regula os serviços de TV a cabo, que passaram a constituir uma categoria legal específica, independente, não mais alcançados pelo art. 6º da Lei nº 4.117/62 e respectiva regulamentação (vide Portaria MC nº 143, de 21/06/88). Com efeito, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 - Lei Geral das Telecomunicações - não revogou a Lei nº 8.977, afirmando-a, ao contrário, no art.212, quando diz que:

Art. 212. O serviço de TV a Cabo, inclusive quanto aos atos, condições e procedimentos de outorga, continuará regido pela Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, ficando transferidas à Agência as competências atribuídas pela referida Lei ao Poder Executivo”.

32. Quanto aos serviços especiais, não os alterou a Lei Geral, mantidos, assim, os dispositivos da Lei nº 4.117/62, a eles pertinentes (art.215 da Lei nº 9.472/97), cuja regulamentação foi feita pelo Decreto nº 2.196/97.

33. Percebe-se, então, que a legislação em vigor distingue as duas tecnologias de TV por assinatura: a TV a cabo e a TV via satélite (DTH), sendo cada uma delas regulada por normas específicas: a primeira, pela Lei nº 8.977/97; e a segunda, pela Lei nº 4.117/62, o Decreto nº 2.196/97 e a Norma 008/97. Essa regulamentação, além de detalhar os serviços, estabelece os direitos e obrigações dos regulados.

34. A Lei nº 8.977/97 é uma lei especial, destinada a regular setor específico do mercado de radiodifusão, qual seja, o da TV a Cabo. Por ser uma norma reguladora de serviço público, imperativa e que limita o direito de propriedade intelectual, é de ordem pública, e, como sobejamente conhecido, é de interpretação estrita, não havendo espaço para interpretação extensiva ou para analogia, pois, como bem observa *Carlos Maximiliano*, é de se presumir que em matéria de restrições o legislador tenha usado linguagem clara e precisa. Assim, deve-se cumprir tudo que é exigido, e o que deixou de exigir não obri-

ga o particular; “na dúvida, decide-se pela liberdade, em todas as suas acepções, isto é, pelo exercício pleno e gozo incondicional de todos os direitos individuais”.³¹ E mais: *os preceitos imperativos ou proibitivos e de ordem pública apresentam quase todos os característicos do Direito Excepcional, em cujos domínios têm sido incluídos por escritores de valor; nada mais lógico, portanto, do que interpretar uns pelo modo aconselhado para outro, flagrantemente semelhante.*³² E arremata o saudoso Ministro dizendo que as “leis especiais limitadoras da liberdade, e do domínio sobre as coisas, isto é, as de impostos, higiene, polícia e segurança, e as punitivas bem como as disposições de Direito Privado, porém de ordem pública e imperativas ou proibitivas, interpretam-se estritamente”.³³

35. Ao interpretar a Lei nº 8.977/95, o Conselheiro-Relator entendeu que o legislador, tendo em vista a imprevisibilidade da evolução tecnológica, que não lhe permitiria acompanhar todos os avanços, teve em mente, ao disciplinar a TV a cabo, qualquer meio moderno de transmissão e quaisquer outros que venham a ser criados. Sabe-se, porém, que os avanços tecnológicos não têm obstado as ações do legislador. Ao contrário, profundas têm sido as regulações de setores da nova economia, que se encontram permanentemente sujeitos às mais diversas mutações tecnológicas, o que de fato chega a ser notável neste País na última década, na linha do que aconteceu, um pouco antes, nas nações mais desenvolvidas. O Direito Positivo contemporâneo, seja quanto ao aspecto formal de elaboração da norma, seja quanto ao processo dialético de sua aplicação, guarda uma sincronia com o dinamismo das estruturas econômicas, que, hoje em dia, movem-se globalmente. O certo é que a complexidade das relações econômicas, em razão do progresso técnico, não tem afastado o Estado do seu papel de conformador da atividade econômica.

36. A interpretação de um preceito legal sempre se inicia com a interpretação literal, no contexto significativo da lei. Quando se trata de um termo linguístico especial, definido no próprio texto legal, que ao longo de sua estrutura conserva o mesmo sentido em outras disposições, pode-se determinar o seu sentido literal possível. O que ultrapassar esse sentido já não é mais interpretação, mas modificação de sentido.³⁴ O exame da Lei que disciplinou a TV a cabo, de forma comparativa com a legislação que regula o setor de tele-

³¹ Op. cit., p.223.

³² Idem.

³³ Idem, p.224.

³⁴ Larenz, op. cit. P.454.

comunicações, permite concluir que não há uma correspondência entre as diversas tecnologias de TV por assinatura, não se podendo concluir, como o Relator, que a intenção reguladora foi a de alcançá-las todas.

37. A Lei que dispõe sobre a TV a cabo foi editada depois de longas discussões no Congresso sobre o projeto do Poder Executivo, quando a TV por satélite já era tecnologia conhecida e difundida em vários países, inclusive no Brasil. Não seria, portanto, razoável supor que o legislador, ao regular a TV a cabo, tendo em mente outras tecnologias de transmissão de som e imagem, descesse a minúcias na regulação de uma única tecnologia, nomeando-a sozinha no texto, dispondo detalhadamente sobre suas funções, especificando as características próprias do sistema, definindo as condições de instalação do serviço, inclusive de cabos, tratando até de escavações para tanto necessárias, silenciando quanto à TV por satélite.³⁵

38. Não seria razoável, ainda por via interpretativa, contrapor o princípio da liberdade de informação à liberdade do titular do direito autoral de livremente explorar e dispor de sua criação. O princípio da liberdade de informação há de ser entendido em seus dois aspectos: a liberdade de informar (dos meios de telecomunicação) e a liberdade de ser informado (dos cidadãos), e sua interpretação não deve ser realizada fora do contexto da ordem de valores consagrados da Constituição.

39. O direito do cidadão de ser informado tem como fundamento a necessidade de se lhe fornecer os elementos essenciais à formação de sua opinião, entendida esta como fenômeno social, modo de expressão de um grupo, que surge a propósito de um acontecimento determinado.³⁶ No plano político, em uma democracia representativa, essa expressão se manifesta no voto, escolhendo os cidadãos os seus representantes. Daí a importância, para uma sociedade verdadeiramente democrática, de ser o cidadão informado sobre os acontecimentos que afetam a sua existência, e a razão de inserção nas constituições modernas, inclusive a nossa, do direito fundamental à informação. No plano econômico, a informação é requisito essencial para o desenvolvimento, tanto em nível de empresa como de nação, tendo sido acentuada tal essencialidade com a globalização da economia. No plano social, a inserção do indivíduo em determinado grupo depende do acesso à informação que ali é considerada relevante para o convívio entre seus membros. Assim, a informação apresenta-se

³⁵ Em um caso de *joint venture*, apreciado pela Comissão Européia, o MSG Media Service, entendeu-se que a TV a cabo constitui um mercado separado da TV por satélite, em razão das diferenças técnicas e dos custos envolvidos em cada uma delas (O.J. N/ L 364/1, December 31, 1994).

³⁶ Monique Augras. Opinião Pública. Petrópolis : Vozes, 1980. p.26.

como um elemento indispensável à propulsão dos acontecimentos de qualquer estrutura da organização social.

40. Por essas razões, reconhece-se a grande importância dos meios de comunicação, em especial a radiofusão, tendo em vista o seu grande poder de influir as massas, sendo mesmo capazes de promover profundas alterações culturais, transformando até os valores de uma sociedade. Não é sem razão que o serviço de radiofusão constitui uma categoria de serviço público, sob o regime de concessão, permissão e autorização (art.223, CF).

41. A própria concepção de TV aberta, que é gratuita, vedado o monopólio público ou privado (art.220, § 5º,CF), constitui o principal mecanismo, no âmbito da radiofusão, para assegurar a liberdade de informação do cidadão. Com efeito, tem o cidadão pleno acesso, gratuitamente, à programação da TV aberta, não sendo razoável entender que qualquer incômodo a que tenha de se submeter para mudar de um sistema para outro, constitua uma restrição ao exercício de sua liberdade de informação. Tal liberdade estará cada vez mais densificada à medida que se promova uma maior concorrência entre produtos (programação) das diversas emissoras e transmissoras. É da concorrência entre programas diferenciados no serviço da TV por assinatura que se beneficiam o país e o consumidor, e não da obrigação de transmitirem todas as operadoras os mesmos programas, caso em que a disputa entre elas seria apenas em preço, e não em diversificação da informação. É na disputa pela diversificação de programação que se amplia o direito do cidadão ao acesso à informação, pois o que a Constituição visa é promover a diversidade de fontes, para que o cidadão não seja refém de um único informante.

42. No que toca às empresas prestadoras de serviço de radiofusão, o princípio da liberdade de informação assegura-lhes o direito de transmitir programas próprios ou de terceiros, respeitadas, por certo, as limitações do ordenamento jurídico. Assim, face à proteção assegurada aos direitos autorais, a retransmissão de programas de terceiros não pode prescindir da autorização destes. Como a liberdade de explorar com exclusividade a obra é uma regra, somente excepcionalmente seria admitida qualquer restrição ao direito do autor. Essa exceção só seria constitucional se viesse clara e expressa em lei. Na ausência de lei que restrinja um direito fundamental qualquer, expressamente assegurado pela Constituição, não pode o aplicador da norma impor restrição alguma, quer por analogia, quer pelo processo interpretativo.

43. Por outro lado, é importante não confundir o cerceamento da liberdade de informação a que tem direito uma determinada empresa do ramo de telecomunicações, em decorrência de exclusividade na outorga da concessão ou da permissão, pelo Poder Público, com a exclusividade de retransmissão de

programa ou programação, pactuada entre a geradora e a retransmissora. No primeiro caso, é vedado ao Estado instituir o monopólio, seja público ou privado. Daí por que o serviço não pode ser concedido em caráter de exclusividade. No segundo caso, a exclusividade objeto de pacto entre geradora e retransmissora é fator de competitividade das empresas envolvidas na relação negocial e, por isso, deve ser analisada à luz do princípio da razoabilidade e das eficiências resultantes do acordo.

44. É preciso ter sempre em mente que a interpretação de uma lei e de um preceito não se faz sem limites. Toda interpretação há de ser compatível com o sistema jurídico em que se insere o preceito interpretando. Esse sistema é regido por princípios e regras dos quais o intérprete não pode afastar-se. O princípio da "*cognitio extraordinária*", que concedia ao julgador amplo arbítrio, permitindo-lhe o uso da analogia para punir, em caráter extraordinário, o fato que considerasse reprovável já não mais tem acolhimento no Estado de Direito. O direito posto transforma-se na grande arma do cidadão contra o arbítrio e a prepotência das autoridades e promove a segurança jurídica. Não se admite torturar as leis a fim de causar torturas aos homens.³⁷

45. Por isso que a interpretação de um preceito não pode ser ampliada para punir, pois uma tal ampliação contrariaria o princípio da reserva legal, que no âmbito do direito repressivo se traduz na máxima *nullun crimen, nulla poena sine lege*, completando-se com o princípio da anterioridade, segundo o qual ninguém poderá ser condenado por fato que não estivesse capitulado em lei como ilícito à época em que ocorreu.

46. O princípio da reserva legal, no campo repressivo, consignado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, está inscrito em nossa Constituição, servindo de garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado. O art.5º, inciso XXXIX, da Carta Magna dispõe: "*não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal*".

47. Concebido que fora para coibir a abusiva pretensão punitiva do Estado, o princípio da reserva legal exige que a lei defina de forma geral e abstrata a conduta que o cidadão não deva praticar. Fere, portanto, o princípio da legalidade a interpretação extensiva de um preceito que resulte em imposição de uma obrigação cujo descumprimento importe em sanção, seja ela restritiva de direito, privativa de liberdade ou patrimonial. Não se pode obedecer ou violar obrigação que não esteja previamente imposta, em termos claros e precisos; o contrário seria admitir o amplo arbítrio por parte da autoridade na identificação da conduta reprimível. Somente a lei pode ser fonte de preceitos que

³⁷ Bacon, *apud* Carlos Maximiliano, op. cit., p.155.

importem obrigação e repressão. Do mesmo modo, não se admite o emprego da analogia em norma incriminadora, pois comprometida estaria a segurança dos cidadãos *vis à vis* o poder repressor do Estado.

48. O auxílio do Direito Comparado no processo de interpretação deve ser visto com cautela, principalmente quando o preceito interpretando está inserido em sistema jurídico diverso daquele em que se busca o parâmetro. Fatos idênticos nem sempre recebem igual tratamento em diferentes jurisdições, não devendo, portanto, o intérprete se deixar levar pelos precedentes estrangeiros ou pelas leis de outro país, sem o conhecimento sobre como o Direito ali se desenvolve. O enfoque isolado dos preceitos legais, fora do contexto global de determinado ordenamento jurídico, de sua evolução, bem como a citação de precedente do *common law* (ressalte-se que sequer vinculam os juízes norte-americanos), sem acompanhar o desenvolvimento da regra, pode conduzir a uma solução equivocada para o caso, correndo-se até o risco de se tomar como parâmetro interpretativo disposições que já foram interpretadas de outra forma pelo Judiciário daquele país, ou que esteja sob a crítica da doutrina ou, ainda, em processo de mudança no Legislativo que lhe deu vida.

49. No caso em exame, o Relator incorpora em sua argumentação o conceito da infra-estrutura essencial (*essencial facility*), originário do direito americano. O direito antitruste norte-americano é grande parte calcado em precedentes, originados em inúmeras ações ajuizadas tanto por particulares quanto pelo poder público, ao longo de muitos anos. Segundo a doutrina do precedente, o caso deve ser decidido da mesma maneira que outro quando os respectivos fatos são os mesmos. O precedente contém uma regra (*rule of law*), a *ratio decidendi*. Não se trata de um processo mecânico de subsunção, envolvendo, ao contrário, uma técnica que gradualmente se adquire com o estudo e com a prática. A *ratio decidendi* é o princípio sobre o qual o caso foi decidido.

50. Dos casos citados como precedentes na parte do voto que trata da infra-estrutura essencial, nenhum apresenta fatos que guardam qualquer semelhança com aqueles objeto da disputa em questão. Naqueles casos, a infra-estrutura constituía um elemento essencial para a sobrevivência do próprio negócio. Sem aquele elemento não haveria a atividade, ou se houvesse, seria desempenhada a um custo economicamente inviável. Aqui, não se cuida de elemento essencial aos negócios da representante, que já se instalou com sucesso no mercado, dele detendo participação relativa próxima à da empresa líder. Tal fato, por si só, já seria suficiente para afastar a essencialidade do acesso para o seu negócio, tornando muito difícil, quiçá impossível, caracterizar a programação das representadas como uma infra-estrutura essencial ao desenvolvimento das atividades da representante, nos termos da doutrina construída

pelas Cortes americanas. Parece tratar, sim, de um importante fator de competitividade entre as empresas, caso em que se recomenda privilegiar aquela que realizou os investimentos para gerar a programação.

51. Dos precedentes norte-americanos trazidos à colação pelo Relator, vê-se com destacada clareza que se trata de acesso a um serviço ou produto essencial à instalação ou ao desenvolvimento de certa atividade empresarial, a ponto de constituir elemento que restrinja substancialmente, ou até anule, as possibilidades de competir. Daí por que se criou o conceito de essencialidade (*essencial facility*), como foram as pontes e as instalações dos terminais de barcas para que as linhas férreas pudessem competir entre si, conforme o caso *U.S. x Terminal Railroad Association of St. Louis*, citado pelo Relator. Sem elas, evidentemente, os trens não poderiam atravessar o rio Mississippi.

52. Os fatos daquele caso dão conta de que um grupo de 14 empresas exploradoras de linhas férreas, constituído mediante algumas aquisições societárias, formaram uma associação, a *Terminal Railroad Association of St. Louis*, que controlava as duas pontes existentes sobre o rio Mississippi, em St. Louis, bem como o serviço de barco utilizado para transportar os vagões para o outro lado do rio, que passava entre St. Louis and East St. Louis. Essa característica geográfica obrigava as linhas férreas a utilizar ou as pontes ou o terminal dos barcos para travessar de uma margem para a outra do rio. Outra importante característica do caso era o fato de todas as 24 linhas que serviam *St. Louis* terminarem em uma das margens do rio, o que tornava essencial a interconexão para *East St. Louis* e demais localidades mais além. A essencialidade estava caracterizada pelo fato de que nenhuma linha férrea poderia atravessar o rio sem usar as instalações da associação, inexistindo outra maneira economicamente viável para fazê-lo.

53. A Suprema Corte poderia ter determinado a desconstituição da associação, mas ao entendimento de que as instalações, na forma como foram consolidadas, eram geradoras de eficiência e resultavam em vantagens para o público em geral, resolveu ordenar que se abrisse a associação a qualquer linha, presente ou futura, em termos justos e razoáveis. Mesmo que uma linha férrea decidisse por não aderir à associação, teria direito a acesso ao terminal, também em termos justos e razoáveis. Se as partes não chegassem a um bom termo em suas negociações, aí sim, seria ordenada a desconstituição da associação.

54. O critério de aferição da essencialidade foi, pois, o de sobrevivência do próprio negócio, pois nos Estados Unidos, como aqui, a intervenção do Poder Judiciário na propriedade privada está condicionada a fundamento legal rígido, não havendo margem para discricionariedade do juiz. Também uma razão de ordem econômica não recomenda intervenção dessa natureza em

situações que não estejam na linha divisória entre a concorrência e a regulação, pois nem sempre traz os resultados pretendidos. Por isso, recomenda-se seja feita com parcimônia. Nessa linha, bem observa *Robert Pitofsky*³⁸, Presidente da *Federal Trade Commission* (FTC), que a decisão antitruste que impõe o acesso a serviços considerados essenciais tem sido rara, por algumas razões. Primeiro, porque se se facilita muito o acesso, as empresas beneficiadas tendem a não se esforçar para assumir riscos, pressupondo que irão aproveitar-se oportunisticamente dos investimentos já realizados pelo concorrente (*free ride*). Segundo, porque o fácil acesso ao concorrente pode desestimular os investimentos arriscados e de alto custo, a não ser que haja alguma grande vantagem que induza o primeiro a entrar no mercado. Por fim, a imposição do acesso só teria resultado se se assegurasse que o preço e as demais condições do acesso fossem razoáveis. Todavia, completa *Pitofski*, não é tarefa da autoridade antitruste regular preços e condições do negócio, o que torna problemática sua intervenção.

55. O direito estatutário norte-americano, também, é citado pelo Relator como supedâneo para a retransmissão obrigatória. Na verdade, a retransmissão tornou-se obrigatória nos Estados Unidos, não em virtude de precedente judicial ou em razão da doutrina da infra-estrutura essencial (*essential facility*), mas por determinação de lei, que estabelece, inclusive, prazos de carência para que os acordos de retransmissão sejam feitos entre as partes interessadas.

56. A TV a cabo, surgida nos Estados Unidos no final da década de 40, para atender as localidades onde não chegavam os sinais de TV, por se situarem em áreas distantes das estações, só veio a ser regulada pela *Federal Communications Commission*, em 1965. No início, as operadoras de TV limitavam-se a colocar antenas em áreas de boa recepção de sinais e dali os sinais distribuíam por cabo, mediante o pagamento de uma taxa pelo interessado.

57. Hoje, um sistema de TV a cabo é capaz de oferecer inúmeros canais, o que lhe possibilita prover vários serviços, além da transmissão dos canais da TV aberta, como programas diversos, noticiário, informações sobre o tempo e negócios, cinema, esportes, programas infantis, bem como programações dirigidas a grupos especiais. Nos últimos anos, tornou-se possível para o sistema a cabo oferecer serviços vários de telecomunicações, incluindo acesso rápido à Internet e serviços locais de telefonia.

³⁸ Competition Policy In Communications Industries: New Antitrust Approaches. Glasser Legal Works Seminar on Competitive Policy in Communications Industries: New Antitrust Approaches. March 10, 1997 Washington, D.C.

58. O desenvolvimento tecnológico da TV a cabo nos Estados Unidos não passou despercebido do órgão regulador, que, com base no *Communications Act* de 1934, expediu várias normas, até o ano 1984, quando foi promulgado o *Cable Communications Policy Act*. Apenas em 1992, com o *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* é que a FCC passou a adotar uma regulação específica do sistema a cabo, a qual foi aperfeiçoada em 1996, com o *Telecommunications Act*. Assim, o progresso tecnológico não impediu que a *Federal Communications Commission –FCC* regulamentasse o setor, tomando sempre como parâmetro a legislação à época existente, até que o Congresso Nacional introduzisse reformas mais profundas quando a oportunidade se apresentou, as quais deram nova configuração jurídica aos serviços de TV a cabo. É importante ressaltar que também a autoridade reguladora norte-americana, ao definir a TV a cabo, diz expressamente que a programação transmitida sem fio, por meio de satélite ou outros meios não é TV a cabo.³⁹

59. A TV por satélite, por sua vez, era regulada pelo *Satellite Home Viewer Act*, de 1988, o *Communications Act* e o *U.S. Copyright Act*. Em novembro de 1999, foi editado o *Satellite Home Viewer Improvement Act*, mencionado pelo Relator, que trouxe alterações substanciais, destinadas a promover a concorrência entre as operadoras de TV a cabo e as de TV por satélite. Percebe-se, portanto, que naquele país, cuja jurisprudência tem, nos últimos anos, pautado as decisões do CADE, sendo inclusive referência para o voto do Relator, o direito a retransmissão de programação de terceiros teve de ser expressamente regulado em lei, sendo tratado como um limite aos direitos autorais.

60. Também lá, o legislador entendeu que não deveria ser aplicada a legislação de TV a cabo à TV por satélite, pela via integrativa ou interpretativa da lei, aprovando lei específica. Não se registra, por outro lado, qualquer intervenção da agência antitruste para obrigar a retransmissão antes que a lei entrasse em vigor, e somente depois de obter do Poder Legislativo autorização expressa para obrigar a retransmissão é que a FCC passou a editar as normas pertinentes aos acordos a serem firmados entre o titular dos direitos autorais e a operadora.

61. A restrição ao direito de propriedade intelectual é também tratada na Europa com cautela, não tendo sido colocada em termos amplos, como faz crer o voto do Relator. No caso ali citado, RTE-ITP, o que a Corte Européia deixa claro é que o direito de propriedade intelectual não pode ser usado em todo e qualquer caso como argumento de defesa em uma acusação de abuso de posição dominante.

³⁹ FCC Fact Sheet. Cable Television Information Sheet. What is Cable Television. www.fcc.gov/csb/facts/csgen.html

Em aprofundado estudo sobre o problema da concorrência nos mercados de alta tecnologia, onde está incluído o de radiofusão, *John Temple Lang*⁴⁰ analisa os fundamentos da decisão da Corte naquele caso. Trata-se de monopólio de emissoras de TV que se recusava a prover a revista *Magill* de informações acerca de seus programas, ao argumento de que se tratava de direito de propriedade intelectual. Tal recusa, segundo a Corte, estaria obstando o surgimento de um novo produto, que não era oferecido pelo monopólio, e para o qual havia uma demanda potencial por parte dos consumidores. A recusa não teria sido justificada de forma convincente pelas representadas, tendo a Corte entendido que o monopólio estava reservando para si um mercado secundário de revistas que contém programação de TV.

62. Para *Lang*, o caso RTE-ITP deve ser visto como uma afirmação do entendimento anterior da Corte de Justiça, consistente em duas regras básicas: a primeira diz que a mera recusa de licenciar o direito de propriedade intelectual por parte de uma empresa que detenha posição dominante não é em si contrária ao art. 86 do Tratado de Roma; a segunda afirma que o abuso deve estar associado a outros elementos decorrentes de condutas abusivas, como o preço excessivo, a recusa arbitrária de fornecimento ou o não fornecimento de peças de reposição necessárias com o objetivo de forçar o consumidor a adquirir um novo produto para substituir o velho.

63. Segundo o autor, a decisão do caso RTE-ITP é breve e não altera significativamente a posição da Corte, cujo entendimento é o de que não se pode obstar o surgimento de um novo produto necessário ao consumidor ou reservar a si um mercado secundário complementar, sem que haja uma justificação razoável para a recusa.

64. Por fim, conclui o autor que, segundo a Corte, a recusa em licenciar um direito de propriedade intelectual só contraria o art. 86 se estiver associada a uma conduta abusiva que tenha outros efeitos além daqueles que seriam causados no mercado protegido pelos direitos de propriedade intelectual, em virtude da simples recusa. Isto significa que só haveria uma infração se os efeitos anticoncorrenciais decorressem de uma conduta abusiva, e não da mera recusa, que, em si, não é ilícita.

65. O estudo do Direito Comparado, portanto, leva a crer que as restrições ao uso de um direito de propriedade não se impõem por via interpretativa; ao contrário, o direito de usar e dispor de tais direitos, embora

⁴⁰ European Community antitrust law-innovation markets and high technology industries. Fordham Corporate Law Institute. 17/10/1996. New York

se reconheçam limitações, tem na lei a única fonte para qualquer tipo de restrição. As leis de defesa da concorrência não existem para mitigar tais direitos, nem para proibir a natural posição dominante que deles decorra, em virtude de leis especiais que os protegem. A incidência de tais leis sobre os direitos de propriedade intelectual só ocorre em situações de abuso, não podendo ser considerado como tal a recusa de retransmissão. Nunca é demais lembrar que a defesa da concorrência não é um princípio absoluto. Ao, contrário há de ser entendido como um princípio complementar de outro, o da liberdade de iniciativa, e, por isso, não deve ser interpretado de forma a prejudicar os direitos decorrentes da liberdade que têm os indivíduos e as empresas de criar, inovar e vender seus produtos e serviços. Nessa mesma linha, nossa Lei exclui a possibilidade de se imputar a uma empresa que conquista um mercado relevante, mediante processo natural fundado em sua maior eficiência em relação a seus competidores, a dominação de mercado (art.20. § 2º).

66. Nessa seara, é importante distinguir, para não se cometer uma injustiça, entre uma conduta anticoncorrencial, capaz de prejudicar a competição e os consumidores, de uma vantagem competitiva que uma empresa ou grupo de empresas detenha sobre seus concorrentes. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que devem orientar uma decisão justa, exigem que as restrições devam ser examinadas em um contexto de concorrência, que requer das empresas políticas agressivas e inovadoras, a fim de disputar a preferência dos consumidores. Confiar no esforço alheio para ganhar fatias adicionais de mercado é uma atitude que deve ser amplamente coibida pelas autoridades da concorrência, pois constitui um desserviço à competição, com resultados contraproducentes para o consumidor. Todo prejuízo há de ter uma medida. Faz-se necessária uma ponderação dos bens envolvidos na disputa. Aqui, as representadas querem preservar seus direitos autorais, enquanto que a representante quer aumentar seus lucros.

67. Para qualquer empresa é sempre mais fácil e menos custoso utilizar-se do que já se encontra no mercado do que inovar. Mas é a inovação que move os mercados e a economia. Como já dizia *Schumpeter*⁴¹, é o empresário, com seu espírito empreendedor, que realiza as inovações das forças produtivas, e estas, ao se propagarem, provocam um equilíbrio em níveis mais elevados, e assim, sucessivamente, formando ciclos. Desse processo nasce a prosperidade, o lucro, que é uma recompensa pelo trabalho inovador do empresário. Para o ilustre economista, a concentração e o poder de monopólio

⁴¹ Joseph Schumpeter. *A História da Análise Econômica*. Rio de Janeiro : Fundo de Cultura, 1964.

são indispensáveis à inovação. O grande esforço, em nível internacional, para assegurar a legitimidade do monopólio inovador – patentes, marcas e direito autoral – tem mostrado que *Schumpeter* estava correto.

68. É fato que a concorrência entre as operadoras de TV por assinatura deva ser incentivada, sendo mesmo um dos objetivos da regulação. O incentivo da concorrência não está, porém, em medidas que estimulem o locupletamento do esforço alheio. Mais concorrência haveria e, certamente, maior bem-estar seria proporcionado aos consumidores, se as operadoras dos vários sistemas por assinatura oferecessem programação diferenciada daquela que o telespectador já tem ao seu dispor gratuitamente. De fato, para o telespectador não faz diferença assistir a programa da TV aberta em uma ou outra operadora, pois já o recebe de qualquer forma. O que o faz buscar a TV por assinatura é a variedade da programação; é exatamente esse diferencial que o faz pagar pelo serviço.

69. Feitas estas considerações, passemos às respostas das perguntas tal qual formuladas pelos consulentes.

1) Poderia o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ao proferir decisão em processo instaurado pela Agência Nacional de Telecomunicações para apurar infração à ordem econômica, com base na Lei nº 8.884/94, adotar interpretação própria da legislação sobre telecomunicações, que contraria a interpretação da Anatel?

Pelo princípio da especialidade, que rege a atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE tem a função específica de julgar as infrações contra a ordem econômica. Para desempenhar essa função, cabe-lhe aplicar a legislação pertinente à defesa da concorrência. Não é da sua competência indicar qual é a norma específica que as agências reguladoras devam aplicar aos serviços regulados, ou sobre elas emitir juízos de valor. No caso específico da regulamentação dos serviços de radiodifusão, aplicam-se-lhe as normas que o ente regulador determinar, não podendo o CADE, pela via interpretativa, querer fazer incidir sobre determinado serviço norma diversa daquela estabelecida pela Anatel, segundo sua competência reguladora.

Ao agir assim, o CADE infringe os princípios da legalidade e da especialidade, cometendo abuso de poder, o que torna seu ato passível de anulação.

2) O método de interpretação utilizado pelo Conselheiro Relator resulta em uma decisão conforme o direito pátrio ou cria arbitrariamente uma exceção ao preceito escrito, regulador da matéria posta à sua apreciação?

O voto do Conselheiro-Relator abandona o preceito escrito regeedor da matéria que lhe foi submetida. O método interpretativo abandona a norma de regência do caso, sem qualquer justificativa, para buscar no ordenamento jurídico outra norma, como se se tratasse não de uma interpretação para se chegar à melhor decisão para o caso, mas sim de uma lacuna do direito a ser preenchida.

O abandono do direito vigente não foi explicado em passagem alguma do voto, escolhendo-se outra lei como objeto da interpretação, para dela tentar extrair finalidade que não previu expressa ou implicitamente.

Os precedentes adotados em outros países e trazidos à colação no voto referem-se a casos não semelhantes ao apreciado, e sua citação se dá fora do contexto da *quaestio iuris*: a possibilidade de se limitar direitos autorais sem expressa previsão legal e de se impor sanção (autorização compulsória seguida de multa) sem que se configure o abuso na recusa da autorização.

A interpretação oferecida pelo Relator cria, sim, arbitrariamente uma exceção ao preceito escrito, além de não se fazer de forma harmônica com princípios acolhidos pelo nosso ordenamento jurídico : o da legalidade na imposição de obrigações e restrições a direitos fundamentais; o da especialidade no proceder da autoridade administrativa; o da indisponibilidade da finalidade prevista em lei; o da anterioridade das leis sancionadoras e restritivas de direitos; o da razoabilidade e da proporcionalidade na análise das condutas anticoncorrenciais; o da liberdade de iniciativa; o da liberdade de concorrência e o da liberdade de uso e disponibilidade da propriedade intelectual, resultando, assim, em uma decisão desconforme com o ordenamento jurídico.

É o parecer.

Brasília, 16 de abril de 2001.

Neide Teresinha Malard

PARECER PROF. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

A TV GLOBO, por seus ilustres advogados, prof. Tércio Sampaio Ferraz e dr. Sergio Bruna, acosta documentos e anotações instrutórias, formulando- nos a seguinte

CONSULTA

A Consultante, empresa geradora de sinais de televisão aberta -e que é também controladora de uma empresa de transmissão televisiva por assinatura, pelo sistema DTH (via satélite), a SKY, está ou não -por força da legislação de telecomunicações ou de seu espírito, ou ainda por analogia ao disposto no art. 23 da lei 8.977/95, disciplinadora do serviço de TV acabo - obrigada a disponibilizar, mediante contrato, seus sinais, vale dizer, seus programas, para a DIRECT TV, uma concorrente da SKY no mesmo sistema por assinatura, DTH ?

À indagação respondo nos termos que seguem.

PARECER

1. A questão submetida à Consulta não oferece dificuldades de maior monta porquanto há diplomas normativos expressamente reportados ao tópico nela versado. Assim, um, de caráter genérico e de hierarquia superior -a lei nº 9.610, de 19.12.98, disciplinadora dos direitos autorais -e outro de nível administrativo -a Norma nº 008197, do Ministério das Comunicações, contemplam e solucionam direta e explicitamente o **objeto específico** sobre que versa a indagação.

A lei nº 9.610, de 19.12.98, que dispõe sobre os direitos autorais, estabelece:

*“Art. 95. Cabe às empresas de radiodifusão o **direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem co-***

mo a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação".

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

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

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

"aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar".

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

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

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

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

4. Não há disposição constitucional alguma da qual se possa depreender que uma emissora de radiodifusão tem o dever de ceder a operadoras de serviços de televisão por satélite -que são, na realidade efetiva, simples transportadoras de sinais de televisão -os programas que haja concebido ou programado.

De resto, seria assaz surpreendente se existisse.

É que os serviços de televisão operam e devem operar em regime de concorrência. Embora, no direito brasileiro, somente a partir da lei nº 8.987, de 13.02.95 (art. 16) tenha sido instituída explicitamente a regra da ausência de exclusividade nas concessões de serviço público em geral, ressalvada a hipótese de inviabilidade técnica ou econômica de tal solução, este sempre foi o princípio retórico das concessões em tema de radiodifusão.

As razões para isto são tão óbvias que dispensam qualquer detença em explicá-las. Basta referir que, a ser de outro modo, estrangular-se-ia a liberdade de difusão de informações por tal meio, tanto como o correspondente direito à informação a que os cidadãos fazem jus. Sem embargo, para mencionar textos legais que consagram esta inexistência de exclusividade em prol de concessionários ou permissionários, citem-se o art. 35 do Código

Brasileiro de Telecomunicações (lei n° 4.117, de 27.08.62) e os arts. 6° e 84 da lei da ANATEL (lei n° 9.472, de 16.07.97), havendo, de resto, fartas referências nesta última lei ao regime de competição

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

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

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

6. Frise-se que emissoras de radiodifusão de sons e imagens, isto é, as televisões *abertas*, são concessionárias que geram sinais e criam programas *gratuitamente* disponibilizados para os telespectadores. As receitas que suportam e remuneram tais serviços são obtidas exclusivamente da publicidade cobrada dos anunciantes.

Já as televisões por assinatura -e dentre elas as operadoras do serviço de distribuição de sinais por satélite (DTH) -*não são gratuitas* e, na realidade efetiva, constituem-se em simples "distribuidoras de sinais", embora lhes seja permitido transmitir sinais ou programas por ela própria gerados, como expressamente resulta do disposto no item 7.1. "a", do citado Ato n° 008/97, aprovado pela Portaria n° 321/97.

Reza o preceptivo em questão:

“7.1. A permissionária do Serviço DTH poderá:

a) transmitir sinais ou programas originados por terceiros e editados pela permissionária e sinais ou programas gerados pela própria permissionária”

Ditas permissionárias se remuneram tanto pelo , valor pago por seus assinantes, quanto pela. publicidade de anunciantes, como previsto pelas letras subseqüentes do mesmo item 7.1. precitado. *Verbis:*

" b) veicular publicidade comercial;

c) cobrar remuneração (assinatura) pela prestação do serviço".

7 .É óbvio que uma e outra disputam o público telespectador, competem por ele. A televisão por satélite, televisão por assinatura, é concorrente da televisão aberta e sê-Io-á cada vez mais, à medida em que se fortaleça o poder aquisitivo da população. Como as televisões por assinatura também buscam publicidade dos anunciantes, irão capturá-Ios no mesmo universo no qual as televisões abertas têm seu suporte remuneratório. Neste sentido há e haverá progressivamente uma maior constrição do universo custeador das televisões abertas.

Pretender que uma emissora de televisão aberta deva concorrer para isto ou, então, que deva instrumentar com o produto de seu engenho, isto é, com sua programação, a concorrente de uma sua controlada no segmento da operação de serviços por satélite, é o mesmo que pretender -se se pode dizê-Io em linguagem prosaica, mas expressiva- que "dê um tiro no pró-

prio pé", a fim de proporcionar maior lucratividade à empresa concorrente, a qual, justamente por sê-lo, deve disputar o mercado com as próprias aptidões.

8. De outra parte, também não se encontra abrigado na legislação sobre o serviço público de telecomunicações algum princípio maior por força do qual devam ser consideradas peremptas as disposições normativas, "retro" transcritas, que conferem às emissoras de televisão o direito de autorizarem ou recusarem autorização para que terceiros se valham de seus programas.

É que a noção de serviço público não resultaria prestigiada com o fortalecimento do "serviço público da minoria" -caso da televisão por assinatura, que é o serviço público dos ricos ou razoavelmente abonados -se para tanto fosse necessário instrumentá-la com vantagens extraídas compulsoriamente do labor do serviço público *que serve ao público em geral*, isto é, daquele que serve à esmagadora maioria da população brasileira, a qual, sendo composta por pessoas de baixíssimo poder aquisitivo, não tem possibilidades de aceder à televisão paga.

Deveras, segundo dados informativos da Consulta, a TV aberta atingia, no ano de 2.000, noventa por cento dos domicílios brasileiros, ao passo que a TV por assinatura, não alcançava senão oito por cento dos domicílios com televisão e ainda assim nas classes A e B.

9. Recorrendo-se a noções principiológicas, isto é, àquelas que informam categorias básicas do direito administrativo -qual, a de serviço público -vai se encontrar que este se caracteriza por ser um tipo de atividade, tido como *resultante da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante*", como o disse LÉON DUGUIT, chefe da Escola do Serviço Público¹ ou, nas palavras de CIRNE LIMA, que é *"todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou pelo menos como tal havido em um momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa"*²

É certo que ambas as noções apontam para o substrato sociológico do serviço público, mas, bem por isto, encarecem o que se encontra por detrás da construção jurídica; logo, desvendam sua razão inspiradora, que

¹ Traité de Droit Constitutionnel, 28 ed., 1923, vol II, pag. 55.

² Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Livraria Sulina, 38 ed., 1954, pag. 84.

é, nitidamente, a de se tratar de uma atividade que só merece dada proteção especial e instrumentação com prerrogativas peculiares pelo fato mesmo de ser voltado à satisfação de necessidades de toda a coletividade -e não de um ínfimo segmento dela que se encontra no ápice da pirâmide social.

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

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

De fato, são elas as obrigadas pelo Texto Constitucional a um compromisso com a educação, informação, cultura, promoção da cultura nacional e regional, assim como regionalização da produção cultural, artística e jornalística (art. 221) e respeito aos valores éticos e sociais da família. Assim, são elas as colhidas por um regime que, de direito, as encaixa em um **quadro típico de serviço público**, por força do qual o Estado brasileiro dispõe de base normativa para enquadrá-las devidamente, nada mais se requerendo senão a vontade política de fazê-lo. Este mesmo atrelamento também se traduz na previsão constitucional de que a propriedade, bem como a administração e orientação intelectual das emissoras de radiodifusão será privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos (art. 222)

Assim, qualquer invocação de princípios do serviço público, de prevalência do interesse público, em questões nas quais estejam contrastados os interesses da televisão aberta e os da televisão por assinatura, necessariamente redundará na prevalência dos da televisão aberta, pois é ela que, diferentemente da televisão por assinatura, cumpre a função de servir a esmagadora maioria da sociedade e com o dever de fazê-lo sob a égide de normas que lhe ajustam a atuação aos interesses nacionais.

11. Aliás, sequer procederia a suposição de que o interesse do público (na verdade da pequena minoria que pode pagar pela TV por satélite) em assistir a programação de uma dada emissora de radiodifusão de sons

e imagens ficaria sacrificado se esta não fosse embutida na transmissão efetuada pela transmissora de televisão por satélite.

Com efeito, o público em geral pode fazê-lo à sua vontade, mesmo quando assinante de uma operadora de televisão por satélite. Para passar dela para a TV aberta basta desligar o decodificador ou então servir-se de um sistema no qual o próprio controle remoto faz a mudança. Logo, não é o público que não disporá da programação da televisão aberta: *é a empresa operadora de televisão por satélite que dele não disporá para incluí-lo no seu pacote comercializável junto ao público.*

Assim, a tese do direito a servir-se de sinais das emissoras de radiodifusão, antes que ser uma tese defensora do interesse do público, é uma tese defensora do interesse econômico de empresas distribuidoras de sinais por satélite.

12. Finalmente, não procederia supor que a disposições normativas de início referidas deveriam ceder passo à aplicação analógica do art. 23 da lei 8.977/195, disciplinadora do serviço de TV a cabo, segundo o qual as operadoras deste específico serviço devem tornar disponíveis canais destinados à transmissão obrigatória da programação da emissoras geradoras locais radiodifusoras de sons e imagens.

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

A lei nº 8.977/195 disciplina uma específica modalidade de telecomunicação e suas normas não são extrapoláveis para modalidade diversa. A televisão a cabo é eminentemente local; a televisão por satélite é nacional. O art. 23 em causa não faculta, *determina* a reserva de canais para transmissão das emissoras locais de radiodifusão.

Como a transmissão por satélite tem índole nacional, se fora o caso de aplicar-se o art. 23, em seu espírito e com a correlata adaptação, as operadoras do setor teriam de enviar ao satélite toda a programação de todas as emissoras locais existentes no País e em seguida redistribuí-las para que em cada local fosse disponibilizada a correspondente programação. Estas operações, informa a Consulente, são, na prática, inviáveis. Isto porque, nos satélites que prestam serviços de DTH para o Brasil, não há capacidade disponível para tanto. Logo, somente com, os gigantescos investimentos em novo satélite

é que seria possível o cumprimento da regra do art. 23 da lei 8.977/95, se este fosse extrapolável da televisão a cabo para a televisão por satélite. Vê-se, pois, que o regramento da sobredita lei está a contemplar situação específica que não cabe estender a situações profundamente diversas.

13. Ocorre que nenhuma destas considerações seria sequer necessária para se concluir pela inaplicabilidade do sobredito artigo. Há uma razão muitas vezes mais forte que torna incontendível a prevalência do disposto na legislação sobre direitos autorais.

Esta razão é simples e definitiva.

Dita lei, nº 9.610, de 19.12.98 (que sucedeu a lei nº 5.978, de 14.12.73, anterior legislação de direitos autorais) é posterior à lei de televisão a cabo. De acordo com o precitado art. 95, é às empresas de radiodifusão que cabe o "**direito exclusivo de autorizar ou proibir**" a reprodução de suas emissões. Logo, a partir dela, não há mais cogitar do art. 23 da lei nº 8.987/95, que está simplesmente revogado por incompatibilidade absoluta com o preceituado no art. 95 da lei nº 9.610/98.

14. Ao lume de todas as considerações dantes feitas verifica-se que a TV Globo não está obrigada a disponibilizar, mediante contrato, seus sinais, vale dizer, seus programas, para a DIRECT TV.

No caso "sub examine", se porventura houvesse " espaço para o prosperar de alguma dúvida -e não há conforme se viu -ainda assim ela teria de ser espancada mediante critério que confirmaria a intelecção que se deu.

Consoante nos parece, sempre que, mesmo esgotados todos os esforços interpretativos, ainda permanecer uma ineliminável dúvida sobre o direito aplicável a situação em que se confrontem interesses de empresas genuinamente nacionais e interesses de empresas pertencentes a grupos estrangeiros, o critério adequado para solvê-la é aquele que abone os interesses das empresas nacionais, por ser l esta a diretriz confortada em princípios constitucionais elementares

Com efeito, toda Constituição, de maneira implícita ou de modo explícito -como o faz a brasileira -exalça a soberania nacional. Dessarte, nossa Lei Magna menciona-a em primeiro lugar entre os fundamentos da República (art. 1º, I) e também em primeiro lugar entre os princípios retores da ordem econômica (art. 170, 1). Nisto, à toda evidência, vai suposta a valoriza-

ção do que é nacional e o empenho no desenvolvimento nacional, cuja garantia, aliás, está expressamente referida como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, II). Ademais, o art. 219 é claro ao estabelecer que: "*O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal*".

15. Assim, a defesa dos interesses das empresas genuinamente nacionais em confronto com interesses de empresas pertencentes a grupos estrangeiros é um consectário natural de uma ordem jurídica soberana. De resto, é o que fazem todos os países desenvolvidos do mundo e até mesmo os subdesenvolvidos que mantêm ainda um mínimo de consciência de seu próprio existir como povo independente.

Esta defesa, como visto, está perfeitamente afinada com os dizeres da Constituição brasileira. É lógico que não se poderá realizá-la em descompasso com normas constitucionais ou legais. Entretanto, como dito, nos casos em que, concluído o processo interpretativo, remanesçam dúvidas irremissíveis quanto ao direito aplicável, é critério exegético adequado, por afinado com diretrizes da Lei Maior, aquele que prestigia o interesse do que é genuinamente nacional.

16. Ora bem, na hipótese vertente estão confrontados os interesses da Televisão Globo, empresa genuinamente nacional com os da Direct-TV I empresa controlada pela norte-americana Hugues, que é um dos braços da General Motors.

Consoante se disse, não há, ao parecer, dúvida interpretativa alguma quanto ao direito da Emissora de Televisão Globo autorizar ou negar autorização para a Direct-TV reproduzir seus sinais. Sem embargo, se dúvida irremissível houvesse, já se vê que teria de ser soluta na forma indicada.

17. Isto tudo posto e considerado, à indagação da Consulta respondo:

A TV Globo, empresa geradora de sinais de televisão aberta -e que é também controladora da SKY, empresa de transmissão televisiva por assinatu-

ra, pelo sistema DTH (via satélite) -não está, nem por força da legislação de telecomunicações, nem de seu espírito, nem por analogia ao disposto no art. 23 da lei 8.977/95, disciplinadora do serviço de TV a cabo, obrigada a disponibilizar mediante contrato seus sinais, vale dizer, seus programas, para a DIRECT TV, empresa concorrente da SKY no mesmo sistema DTH por assinatura. Pelo contrário, em decorrência do art. 95 da lei n° 9.610, de 19.12.98, disciplinadora dos direitos autorais e da Norma n° 008/97, do Ministério das Comunicações, a Consulente está investida no pleno direito de autorizar ou não a DIRECT TV a reproduzir seus programas.

É o meu parecer.

São Paulo, 12 de abril de 2.001

Celso Antônio Bandeira de Mello

PARECER Ruy Santacruz

Interessado: TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo Ltda.

Objeto da análise: Mercados de TV Aberta e Fechada. Segmento de distribuição de programação de TV Fechada via satélite – Direct to Home (DTH). Fatores determinantes de competitividade.

Enfoque: Análise econômica do mercado. Definição do mercado relevante. Denúncia de recusa de negociação. Análise do alegado prejuízo à concorrência no mercado de DTH.

Ruy Santacruz

economista

1. ORGANIZAÇÃO DO MERCADO

O mercado de serviços de televisão encontra-se organizado de maneira variada em todo o mundo. Diferentes tipos de empresas participam da oferta desse tipo de serviço. Essas empresas diferem nas atividades que desenvolvem, nas relações contratuais que mantêm com outras firmas e nos tipos de transações de mercado das quais participam. Algumas dessas variações são impostas pela regulação pública. Já outras diferenças na estrutura econômica da indústria são causadas pelas diferenças de tecnologia no transporte do sinal da emissora (tradicional por antenas, cabo, satélite), pela fonte de renda (publicidade, assinaturas), bem como pelas diferenças nos tamanhos e no desenvolvimento histórico dos mercados. Perpassam por essas diferenças, entretanto, algumas características econômicas comuns. A oferta de serviços de TV apresenta sempre um mesmo conjunto de atividades básicas, muito embora a organização econômica dessas atividades possa variar.

Atividades e transações econômicas básicas

A oferta desse tipo de serviços envolve uma cadeia de produção na qual duas atividades principais podem ser destacadas:

1. Produção de conteúdo, e
2. Distribuição.

Essas atividades podem ser executadas por empresas diferentes. Muitas emissoras são verticalmente integradas e executam ambas as atividades. Pode haver, no entanto, emissoras que adquiram integralmente seu conteúdo de terceiros (produtoras). A extensão dessa integração vertical, entretanto, nunca é completa, ocorrendo sempre transações entre empresas ao longo da cadeia.

A primeira atividade na cadeia de oferta de serviços é a produção de programas e a venda dos direitos de transmissão desses programas (filmes, novelas, seriados, shows, esporte, jornalismo). O conteúdo é produzido através da contratação de pessoal, talento criativo, equipamentos e investimento em capital. A produção pode ser sustentada por uma ou mais empresas. O produtor pode ser proprietário dos equipamentos, ter sob salário ou contrato o pessoal, sendo o detentor da distribuição da programação, como também pode vender os direitos de distribuição. Alternativamente, o produtor pode não ser proprietário dos equipamentos nem ter pessoal próprio para a produção, adquirindo de terceiros suas necessidades de pessoal e de equipamentos. Os direitos de programação podem então ser vendidos para outra empresa que opera a distribuição, incluindo a venda dos direitos específicos de distribuição.

Os meios utilizados para transportar a programação para os consumidores são o tradicional (TV Aberta), tecnologia a cabo, MMDS e via satélite. A propriedade e operação dessa atividade podem ser públicas ou privadas, muito embora algum tipo de permissão ou concessão do poder público seja na maioria das vezes requerida.

No Brasil, como em quase todo o mundo, as duas etapas diferenciam-se significativamente em relação à regulação do poder público. A etapa de produção de conteúdo não é regulamentada pelo Estado, sendo totalmente aberta à iniciativa privada. À exceção da atividade jornalística que somente pode ser empreendida por brasileiros (CF, art. 222), as demais atividades de produção de conteúdo são livres para investimentos estrangeiros, como em todo o mundo. Depende de altos investimentos, desenvolvimento de know how, busca de talentos e seus produtos são sujeitos a direitos autorais.

Já a etapa de distribuição é sujeita à toda a sorte de regulação por parte do poder público, inclusive com a previsão de concessão/permissão para a exploração. TV Aberta (radiodifusão) e TV Fechada ou por assinatura (telecomunicações) são atividades regulamentadas no Brasil com objetivos muito distintos.

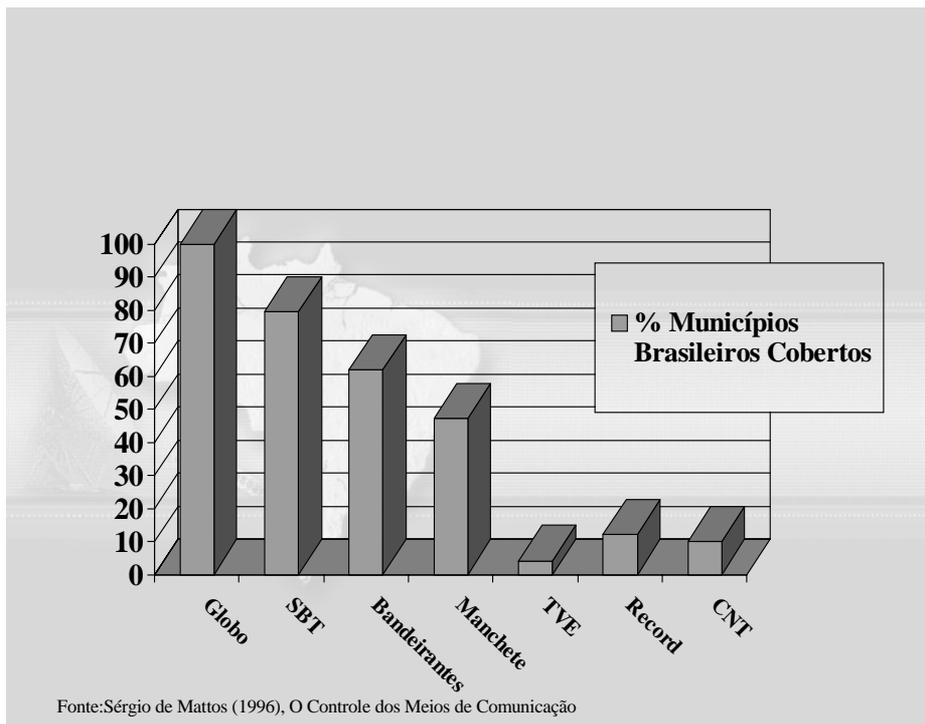
A TV Aberta alcança praticamente 100% dos lares com televisão do país⁴². A TV Fechada, nas suas três tecnologias, possui a seguinte penetração: TV a cabo - 4,6% dos lares; satélite - 2,6%; e MMDS - 0,8%.

Características da TV Aberta:

- Livre e gratuita
- Distribuição massiva – Totalidade do território brasileiro
- Responsabilidade editorial
- Em idioma português
- Difusão da cultura regional / nacional
- Mobilização social
- Propriedade nacional – como em todo o mundo
- Finalidade educativa e cultural mesmo em seus aspectos informativo e recreativo
- Lei nº 4.117/62
- Órgão regulador: Ministério das Comunicações

O gráfico abaixo apresenta a cobertura da TV Aberta nos municípios brasileiros. Destaca-se a grande penetração das Redes Globo e SBT. A primeira alcança praticamente 100% dos lares com TV no país, através de 113 Afiliadas.

⁴² Cerca de 91% dos lares no Brasil contam com um aparelho de TV.



Características da TV Fechada:

- Serviços de comunicação sem interferência do Poder Público no conteúdo
- Infraestrutura para transporte de sinais
- Capital Intensivo
- Lei Mínima (Lei nº 9.295/96)
- Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97)
- Órgão regulador: Anatel

A TV por assinatura tem por objetivo levar até seus assinantes programação segmentada, atendendo a interesses ou a necessidades específicas. Existem três tecnologias de distribuição de sinais de TV por assinatura.

TV a Cabo:

A programação é distribuída fisicamente através de uma rede de cabos ou fibras óticas passados por postes ou dutos subterrâneos, a partir de uma central de recepção. As operações de cabo são sempre locais e a concessão dá o direito de exploração do serviço dentro de um único município. A legislação que disciplina essa modalidade de TV Fechada determina a obrigatoriedade de oferta de um grupo de canais composto por todos os canais de TV aberta disponíveis na localidade, bem como de canais de interesse público, de índole comunitária, legislativa, etc.

MMDS ou Sistema de Distribuição Multicanal Multiponto:

A programação é transmitida através de sinais de microondas, propagado “pelo ar” para os assinantes. Por estar sujeito a interferências, uma vez que o sinal pode ser bloqueado por árvores, prédios e morros, o sistema é mais indicado para regiões planas. Analogamente ao cabo, as operadoras de MMDS têm áreas geográficas de atuação restritas.

DTH ou TV por assinatura Via Satélite:

A sigla DTH significa Direct to Home. A transmissão vai direto de um satélite de última geração para uma miniparabólica na casa do assinante. A compressão digital permite a transmissão de mais de 140 canais. O tamanho da antena utilizado neste sistema varia conforme a região em que está instalada.

A área de cobertura do serviço está relacionada com o posicionamento/capacidade do satélite, não sendo definida pela concessão do serviço. O DTH é a única tecnologia que pode cobrir 100% do território nacional. De uma maneira geral, transmite-se uma única programação para toda a área de cobertura.

Teoricamente as três tecnologias podem competir entre si. Porém, por uma dificuldade de acesso, em algumas regiões a tecnologia via Cabo e MMDS não estão disponíveis para o consumidor. Nesses casos a tecnologia DTH é a única disponível.

Origem da TV Fechada: uma análise comparada

Vale a pena ressaltar algumas características da TV Fechada no Brasil e nos EUA, ainda dentro do esforço de compreensão da indústria e de seu padrão de concorrência. A origem da TV Fechada no Brasil e nos EUA apresenta características significativamente diferentes, o que não permite desde logo fazer inferências entre o padrão de concorrência e a legislação aplicada ao setor.

A TV Fechada nos EUA apresenta as seguintes características:

CABO

- ▶ Na década de 50, em função de deficiência de então no sinal de TV Aberta – ou por distâncias longas ou por interferências geográficas — os lares norte-americanos começaram a ser conectados a antenas colocadas em pontos de grande altitude;
- ▶ Operadores de cabo começaram a receber sinais de outras comunidades e assim oferecer programação múltipla, sem regulamentação específica do FCC que, em adição, congelou por um período de quatro anos a abertura de novas licenças de TV Aberta, aumentando a demanda por cabeamento em regiões não acessadas por sinais de TV Aberta;

SATÉLITE

- ▶ A utilização de tecnologia de distribuição via satélite em TV Fechada se iniciou na década de 70, pelos operadores de cabo, para receber sinais de longa distância através de regiões não cobertas pelo cabo;
- ▶ Com o satélite, iniciou-se a distribuição nacional de canais de TV Fechada. Ex.: HBO;
- ▶ FCC reduziu restrições a serviços a cabo/satélite com abrangência nacional, aumentando a atratividade de investimentos em distribuição Fechada, vis a vis a distribuição Aberta;

Assim, dentre os fatores que motivaram a migração da TV Aberta para Fechada, nos EUA - notadamente cabo – pode-se destacar a variedade da programação, o elevado nível de renda do consumidor americano e a qualida-

de de transmissão. Nesse sentido, a atratividade de investimentos em canais de distribuição fechada deixou a TV Aberta em segundo plano, abrindo espaço para os novos meios — cabo e satélite. Com a disponibilização de canais surgiram oportunidades para multi-programação endereçada a público segmentado em todo o país, como por exemplo:

Cartoon — Infantil

ESPN — Esportes

CNN — Jornalismo

HBO — Filmes

Nestas circunstâncias, a penetração de TV Fechada nos EUA atingiu níveis que indicam praticamente a eliminação do uso do sinal convencional.

Já no Brasil a TV Fechada foi lançada quando os canais segmentados já estavam consolidados nos EUA. A principal atratividade no Brasil é a multiplicidade de canais que não estão disponíveis na TV Aberta, não sendo a qualidade de transmissão um diferencial fundamental em função dos elevados investimentos realizados pelas redes de TV Aberta no Brasil com o propósito de atingir todo o território nacional, com elevada qualidade de recepção. Ao contrário do ocorrido nos EUA, no Brasil não se deu o abandono da TV Aberta, que continua a ocupar uma posição de proeminência, até porque o nível de renda do consumidor brasileiro não permitiu a maior penetração da TV Fechada.

Alguns dados ilustram as diferenças na indústria dos dois países:

EUA

- ▶ Assinantes de TV a cabo: 67 milhões — 67% dos lares com TV nos EUA;
- ▶ Assinantes de TV Satélite: 14 milhões — 14% dos lares com TV nos EUA;
- ▶ Apenas 20% dos lares com TV — parcela de menor poder aquisitivo da população — têm antenas e captam o sinal de TV Aberta.

Assim, dada a elevada taxa de penetração de serviços multicanal, o “must carry” é fundamental para as redes de TV Aberta — caso contrário, não atingiriam o público o que reduziria drasticamente suas receitas publicitárias.

Dessa maneira, é importante notar que o “*must carry*” é um instrumento de proteção para a sobrevivência da TV Aberta nos EUA, e não um mecanismo de homogeneização da competição ou de garantia de competição equilibrada no segmento da TV Fechada.

BRASIL

- ▶ Assinantes de TV a cabo e MMDS: 2,2 milhões — 5,4% dos lares com TV no Brasil;
- ▶ Assinantes de TV por Satélite: 1,1 milhões — 2,6% dos lares com TV no Brasil;
- ▶ A grande maioria da população e dos lares brasileiros é atingida e capta sinal de TV Terrestre Aberta — 98,9% dos lares com TV no Brasil. Parte desse universo conta também com serviços de cabo, satélite e MMDS;
- ▶ O público tem acesso à programação de TV Aberta, no formato do sistema de concessões estabelecido pelo Ministério das Comunicações, sem necessidade de meios fechados.

Uma outra diferença importante na competição nos mercados norte-americano e brasileiro diz respeito ao fato de que nos EUA a questão sobre canais de distribuição de conteúdos audiovisuais se limita a uma disputa empresarial, enquanto que no Brasil envolve questões de cultura nacional.

Os EUA são os maiores produtores de conteúdo audiovisual do mundo, com uma indústria que fatura dezenas de bilhões de dólares. Mais de 80% da bilheteria de cinema em praticamente todos os países do mundo ocidental — inclusive Brasil, Alemanha, Espanha e Inglaterra — é para filmes americanos. Nos EUA, os filmes estrangeiros são dublados. Assim, a quase totalidade do conteúdo da TV nos EUA é norte-americano e falado em inglês. Além disso, a produção americana é dominante internacionalmente, chegando nos demais países a custos marginais, uma vez que o enorme mercado local já remunera os custos de produção. Já no Brasil, cerca de 25% da programação de TV Aberta já é proveniente dos EUA e nos canais de TV Fechada este índice cresce para 60% e, dependendo do distribuidor, pode atingir 80%.

2.DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

A definição do mercado relevante na análise antitruste é de fundamental importância, seja na atividade preventiva (controle da estrutura dos mercados), seja na atividade repressiva. Uma correta identificação do mercado é condição *sine qua non* para uma análise precisa das condições da competição e dos eventuais prejuízos à concorrência e à eficiência econômica decorrentes de condutas comerciais. Somente após a definição do mercado relevante é possível identificar os elementos da estrutura do mercado. Ressalte-se que a metodologia clássica utilizada na definição do mercado relevante já considera as condições para o abuso do poder de mercado, através do teste do monopolista hipotético.

É preciso identificar, pelo lado da demanda, todos os produtos substitutos, que serão considerados no mercado relevante. Para tanto, sempre que uma elevação significativa e não transitória nos preços de um produto (exercício do poder de mercado) provocar uma redução no seu consumo, acompanhado de uma elevação no consumo de um produto substituto, este deverá ser considerado no mercado relevante da análise. Ou seja, sempre que se verificar significativa elasticidade-preço cruzada da demanda, o mercado relevante deve incorporar todas as firmas ofertantes do produto substituto. Isso porque o provável aumento das vendas das firmas que ofertam o produto substituto teria por efeito inibir exercício do poder de mercado e, dessa forma, a análise precisa ampliar o escopo do mercado para continuar avaliando a possibilidade da operação facilitar uma futura elevação nos preços.

Numa avaliação econômica objetiva, portanto, o mercado relevante é definido através de um critério no qual o mercado abrange todos os produtos considerados substituíveis pelo consumidor, devido às suas características, preços e utilização prevista. No entanto, por vezes é preciso distinguir mercados diferentes para um mesmo grupo de produtos, dependendo das características dos grupos de consumidores.

Também é preciso considerar, pelo lado da oferta, a hipótese de que um aumento nos preços (exercício do poder de mercado), praticados pelas empresas que tradicionalmente produzem e vendem no mercado, possa induzir novas empresas a ofertar mediante conversão em seus equipamentos produtivos. Nesse caso, estas empresas deverão compor a oferta do mercado relevante do produto, uma vez que também inibem o exercício do poder de mercado.

A regulação antitruste busca avaliar o poder de mercado, que se dá através de determinados padrões de concorrência. Assim, o correto entendimento das condições da concorrência pode tornar necessário, para uma adequada avaliação do poder de mercado, classificar produtos tecnicamente subs-

tituíveis como pertencentes a mercados separados, em função da existência de diferentes estruturas da oferta e/ou da procura. Do mesmo modo, podem ser incluídos num mesmo mercado relevante produtos que não sejam substitutos entre si nem do ponto de vista da demanda nem da oferta - com nenhuma ou reduzida elasticidade-preço cruzada da demanda e nenhuma ou reduzida possibilidade de reconversão produtiva - desde que apresentem similaridades na sua distribuição, por exemplo.

Em resumo, sempre que compradores e vendedores tomam suas decisões comerciais na perspectiva de substituição entre produtos em resposta a mudanças de preços e de outras variáveis, estes produtos substitutos farão parte do mercado relevante e seus fornecedores terão participação no mercado. Se os compradores dispõem de bons substitutos, tentativas de exercer poder de mercado não serão lucrativas.

Entretanto, como ressalta estudo da OECD sobre esse mercado em todo o mundo⁴³, há uma grande dificuldade em se definir o mercado relevante do produto, uma vez que:

“Serviços de televisão não são claramente homogêneos; diferentes sistemas de transportes com diferentes características econômicas são usados; e o conteúdo ofertado por diferentes redes e transportados por diferentes modos tem-se tornado crescentemente diferenciado... Dependendo de como os consumidores consideram serviços diferentes, a definição de mercado relevante pode ser mais ampla ou mais restrita. Na concepção mais restrita, o mercado do produto incluiria somente firmas que ofertassem programação baseada em filmes recentes, por exemplo. O consumidor, entretanto, considera uma variedade de outros tipos de programação transportadas por várias formas como bons substitutos que podem evitar o exercício do poder de mercado. Diante de um aumento de preços, os consumidores podem optar por outra programação transportada por cabo, DTH ou MMDS, se estiverem disponíveis"... "Também o conteúdo transportado pela televisão convencional pode ou não ser um bom substituto para constringer poder de mercado."...

"A lista de possibilidades somente sugere a natureza do problema sem oferecer resposta para ele. Desde que a definição de mer-

⁴³ Competition Policy and a Changing Broadcast Industry, OECD, 1993.

cado é uma questão de fato, e não teórica, respostas gerais podem não ser válidas. Algumas sugestões podem ser dadas, contudo. Primeiro, é perigoso assumir sem claras evidências que a definição de mercado deve seguir categorias convencionais... **Categorias convencionais baseadas em características do programa (drama, comédia, documentário, variedades, programa de entrevistas, esportes, séries) podem sugerir mercados do produto muito restritos.** O gosto do consumidor não o leva necessariamente a preferir programas de uma categoria àqueles de outra, assim não se pode assumir que os consumidores consideram um programa numa categoria melhor substituto do que programas em outras categorias. Além disso, muitos consumidores provavelmente preferem alguma diversidade de tipos de programas” (sublinhei).

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

Entretanto, sendo a TV Aberta oferecida sem custos para o consumidor, o fato de ele estar disposto a despendar recursos para acessar uma maior variedade de canais com programas diferenciados, distribuídos por tecnologia distinta, significa que ele percebe os produtos de maneira diferente – não por um ou outro tipo de programação, mas pelo “pacote” de programações diferenciadas disponíveis. Essa disposição do consumidor de pagar por algo semelhante àquilo que ele pode ter sem custos, indica claramente que ele busca mais do que está sendo oferecido pela TV Aberta, o que, em princípio, demonstra que a TV Fechada constitui um mercado independente.

Dessa maneira, é possível distinguir a parcela da oferta de TV Fechada (via cabo, MMDS e satélite) como um mercado em si mesmo, sendo certo que concorrem entre si naqueles locais que todas as tecnologias estão disponíveis para o consumidor. Ou seja, nas localidades em que várias tecnologias de TV Fechada constituem-se em alternativas para o consumidor o mercado do produto é o de TV Fechada como um todo.

É certo que nas localidades atingidas por outras tecnologias de transporte, além do satélite, a competição encontra maior número de participantes. Nessas localidades a opção do consumidor pela empresa/tecnologia

reflete a capacidade de competir de cada empresa, através de uma programação diferenciada e que seja capaz de fazer o consumidor incorrer em dispêndio adicional – uma vez que TV Aberta ele já acessa gratuitamente e o DTH conta com o custo adicional do equipamento de recepção. O consumidor realizará a compra da TV Fechada se houver produção diferenciada que compense o custo respectivo e optará entre as tecnologias disponíveis numa análise de custo benefício que considera a aquisição de equipamentos e a programação disponível. Evidentemente as empresas de DTH perdem competitividade frente às demais TVs Fechadas em função dos maiores custos de seu equipamento e de sua assinatura.

Ressalte-se que os casos de opção pela TV Fechada em decorrência da dificuldade de acesso ao sinal da TV Aberta constituem exceção que não pode ser considerada na análise. Nenhuma empresa adota estratégia comercial nem pretende dominar mercado através da exceção, simplesmente porque a exceção não gera lucro.

As tecnologias de TV Fechada têm utilidades semelhantes para os consumidores. Sendo assim, a opção pela tecnologia via satélite (que tem um custo mais alto decorrente do equipamento necessário para acessar o sinal) revela a existência de um diferencial em relação às demais tecnologias. De fato, o consumidor paga mais pela tecnologia DTH nas áreas não cobertas pelos demais sistemas. Sendo assim, é possível uma definição mais restrita do mercado do produto - ou seja, é teoricamente possível uma conduta anticompetitiva especificamente na parcela do mercado no qual o acesso à TV Fechada só é possível através do sistema DTH.

Ainda assim, não se pode perder de vista o fato de que mesmo nesses locais o consumidor tem acesso irrestrito e gratuito ao sinal da TV Aberta, o que significa dizer que a compra dependerá da oferta de uma programação diferenciada. Nesse sentido, reafirma-se a hipótese de que o DTH não é uma alternativa econômica racional para o consumidor acessar o sinal da TV Aberta e, portanto, o sinal da Globo, pois ele já dispõe dessa programação gratuitamente. **O DTH é um outro produto e, como tal, baseado em programação distinta da TV Aberta.**

É evidente, desse modo, que o mercado de DTH constitui um mercado relevante. Mais ainda, é ele o mercado alvo (a jusante), uma vez que é nele que ocorreria a alegada tentativa de dominação do mercado.

Tendo em vista que a denúncia formulada é de "recusa de venda", pelo qual se objetiva, em tese, dominar o mercado alvo negando acesso a um "insumo" alegadamente indispensável à competição, resta identificar qual o conjunto de insumos que compõem o "mercado de origem".

O DTH compõe sua programação com um grande número de canais e programas, na sua ampla maioria canais tais como HBO, ESPN, Discovery, CNN, canais de compra, etc., além de programação e eventos avulsos e do pay-per-view. Desse modo, os canais de TV aberta correspondem a uma pequena parte das opções de programação disponíveis como "insumos" da atividade de TV por assinatura via satélite. Uma evidência de que os "insumos" são compostos por esse leque de opções (que não se limita à TV Aberta) reside no fato de que até há pouco tempo a DirecTV não contava com os principais canais de TV aberta mas, mesmo assim, detinha aproximadamente 50% de participação de mercado.

Não pode haver dúvida, desse modo, que o mercado de origem é composto não só pelos canais de TV aberta, mas também pelos canais produzidos para TV Fechada e pela programação avulsa. Nesse mercado mais amplo, existe certamente uma dificuldade de medir as participações dos agentes, uma vez que inexistem dados estatísticos para tanto.

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

3. ESTRUTURA DA OFERTA

3.1. Mercado de Origem

Segundo o parecer da ANATEL, a Globo detém 35,65% da capacidade de transmissão de programação já instalada no mercado de TV Aberta, conforme quadro abaixo.

EMPRESA	PARTICIPAÇÃO (%)
Globo	35,65
SBT	15,51
Bandeirantes	13,71
Record	8,18
Manchete	7,47
Padre Anchieta	4,90
Vida	4,56
Independentes	4,37
CNT	1,96
Fundação Roquete Pinto	1,50
Jovem Pan	0,86
Abril	0,81

Fonte: ANATEL.

O voto do Conselheiro-relator João Bosco Leopoldino informa que a Rede Globo de Televisão detém cerca de 50% do total de audiência e 70% do total do faturamento em publicidade, na TV Aberta (por isso excluídos os outros meios de comunicação, como rádio, jornal, internet, TV Fechada, etc.⁴⁴).

⁴⁴ Os gastos em publicidade na TV Aberta, segundo o Jornal Valor, edição de 11.04.2001, p. B-11, representam 56,1% do total do mercado publicitário.

Nota-se que tanto a ANATEL quanto o Conselheiro Relator identificaram uma **posição dominante das Representadas no mercado de origem a partir de uma definição equivocada, que limita o âmbito desse mercado à TV Aberta, apenas uma das fontes de insumo do mercado de DTH.**

Os dados deixam evidente que na TV Aberta, a TV Globo detém uma destacada posição. No entanto, **não há dados que permitam concluir que ela desfrute de posição dominante no mercado de fornecimento de insumos para DTH, o mercado de origem.**

Por tratar-se de dois mercados distintos, como discutido anteriormente, cada mercado conta com um grupo de consumidores próprio. Dessa maneira, embora seja certo que a audiência da Globo é elevada – provavelmente também na TV Fechada -, **isso não significa que a decisão de compra no mercado de TV por assinatura seja determinada pela oferta redundante de um produto que o consumidor já dispõe gratuitamente.**

3.2. Mercado Alvo

O quadro a seguir apresenta as outorgas concedidas para TV Fechada no Brasil, o que em tese compreenderia a concorrência efetiva e potencial.

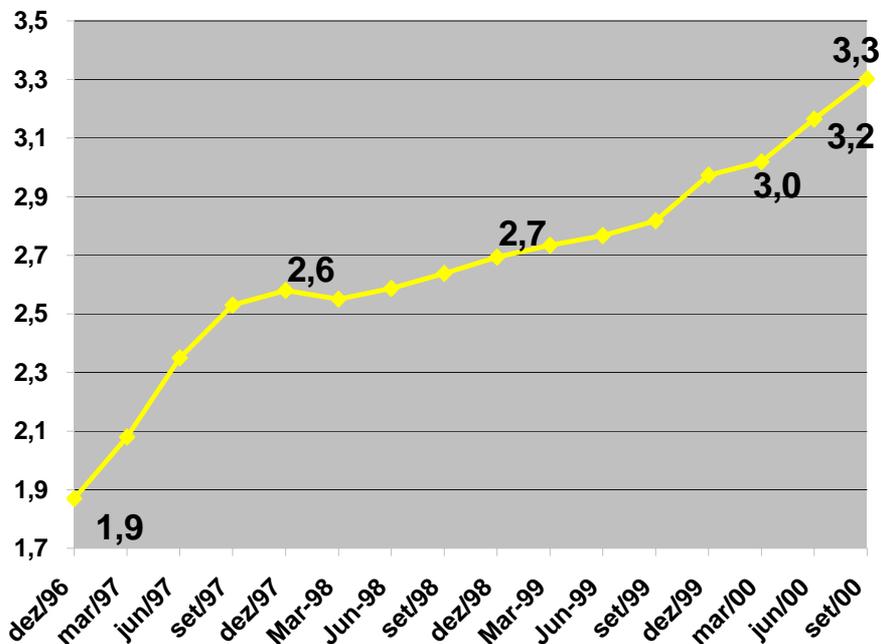
	Em Operação	Em Instalação / Não ativa
Cabo	113	112
MMDS	32	39
DTH	5	4

Fonte: Parecer ANATEL.

Já o gráfico a seguir apresenta a evolução do mercado brasileiro de TV Fechada. Observa-se um significativo avanço no número de espectadores atendidos por esse tipo de veículo, que praticamente dobrou em menos de quatro anos.

TV FECHADA

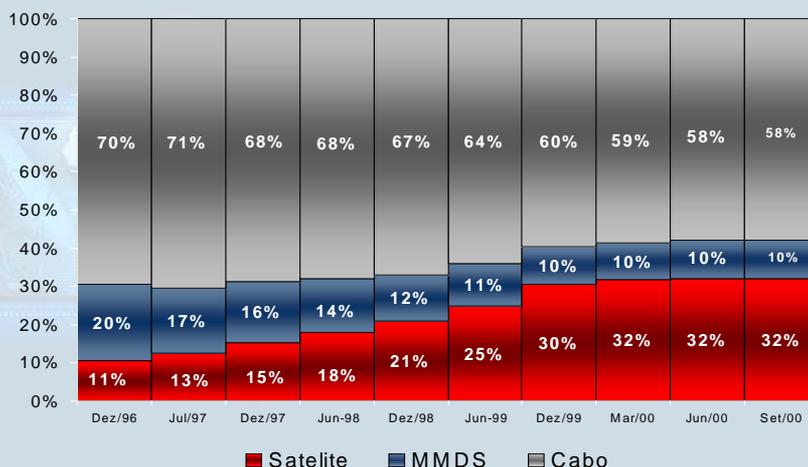
EVOLUÇÃO DO NÚMERO DE ASSINANTES



Fonte: Pay TV Survey, Dez/2000.

O gráfico a seguir estratifica o segmento de TV Fechada, por tecnologia. Observa-se que entre dezembro de 1996 e dezembro de 1999 o DTH ganhou espaço, tendo, entretanto, estabilizado sua participação a partir do ano 2000.

TV por Assinatura: Participação de Mercado por Tecnologia



Fonte: Pay TV Survey, Dez 2000

Desse modo, a tecnologia a Cabo segue sendo a de maior participação no mercado e a MMDS a de menor participação. Porém, constata-se que se trata de um mercado em franca expansão como um todo, com espaço para novos entrantes. Vale lembrar que a literatura antitruste registra que mercados em expansão são menos susceptíveis a abusos do que mercados estabilizados ou em retração.

Segundo o Parecer ANATEL, o mercado de DTH é relativamente novo, apresentando somente 9 entidades detentoras de autorização para explorar o serviço, dentre as quais apenas 5 em atividade. Os dados de participação de mercado no ano de 1999, por número de assinantes, reafirmam o elevado grau de concentração da oferta no mercado, que, como será visto adiante, é consistente com o padrão mundial.

ESTRUTURA DA OFERTA – DTH

Maio de 1999 – número de assinantes

EMPRESA	PARTICIPAÇÃO (%)
DirecTV	49,50%
SKY	41,93%
Tecsat	8,37%
Bandeirantes	---
Key	---

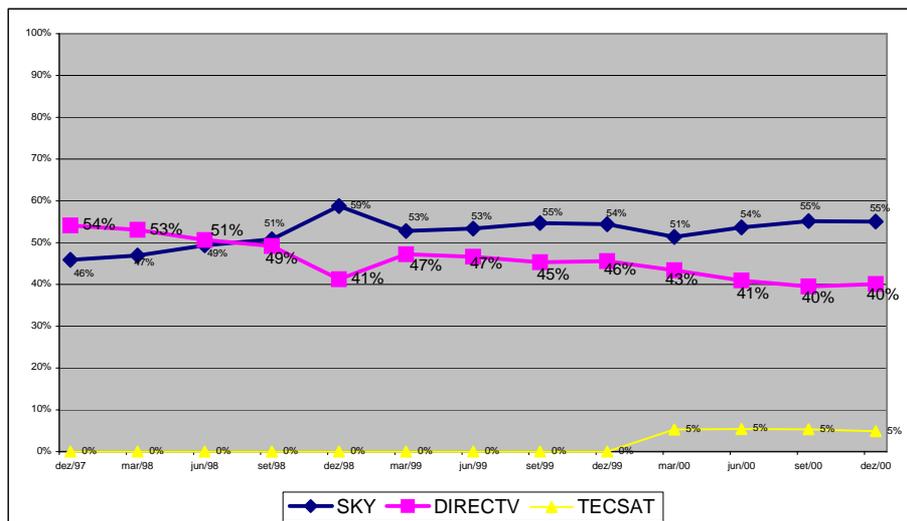
Fonte: Parecer Anatel.

Os dados indicam a presença de dois líderes no mercado brasileiro de DTH. Dentre os participantes nesse mercado, figura a DirecTV, empresa controlada pela Hughes Electronics, uma subsidiária da General Motors que conta com elevado grau de verticalização nas suas atividades. A Hughes possui três negócios principais: a DirecTV; a PanAmSat (rede de 21 satélites), maior operador privado de satélites do mundo; e a Spaceway, uma rede de banda larga. Fatura cerca de US\$ 7,3 bilhões anuais, tendo no último exercício registrado lucro líquido de cerca de US\$ 0,81 bilhões. DirecTV é o maior provedor de serviços de DTH nas Américas.

Já a SKY é majoritariamente controlada pelos mesmos acionistas que, direta ou indiretamente, controlam as Organizações Globo, grupo com capital 100% nacional e que mantém atividades empresariais na produção de conteúdo, distribuição de mídia nacional por TV Aberta e Fechada, além de rádios, jornais e Internet. A receita do grupo é de cerca de US\$1,6 bilhões, tendo apresentado prejuízo de US\$21 milhões no exercício 1999/2000, segundo seu Relatório Anual. O sócio controlador da SKY e demais sócios minoritários possuem investimentos em capital e dívidas assumidos nesse negócio no valor de quase US\$ 1 bilhão, com um prejuízo acumulado de US\$ 653 milhões.

O gráfico abaixo apresenta a evolução das participações relativas da SKY e DirecTV no mercado de DTH. Nota-se uma razoável estabilidade nas participações e, principalmente, equilíbrio entre os dois principais competidores. Nota-se, também, que a tendência de queda suave na participação da DirecTV no mercado, iniciada já em dezembro de 1997, foi interrompida a partir do segundo semestre de 2000.

EVOLUÇÃO DAS PARTICIPAÇÕES NO MERCADO DE DTH - SKY x DIRECTV



Fonte: PayTV Survey, dezembro de 2000, para os dados relativos à DirecTV e SKY. Estimativa da SKY, para os dados relativos à Tecsats.

Há duas inconsistências entre os dados de mercado apresentados acima e os dados de participação de mercado que constam do Parecer ANATEL. Segundo a ANATEL, a DirecTV ainda liderava o mercado em maio de 1999, o que já não ocorreria desde o final de 1998 pelos dados do gráfico acima. De todo modo, ambos os dados são coerentes no que diz respeito ao equilíbrio de mercado entre os dois maiores participantes. Além disso, segundo o gráfico acima o crescimento da Tecsats no mercado começou no final de 1999, diferentemente do Parecer ANATEL, que informou a participação de 8,3% da empresa no mercado já em maio de 1999. Porém, ambas as informações confirmam o desempenho da Tecsats no que se refere ao crescimento das suas vendas.

Segundo o Parecer da ANATEL, existem barreiras consideráveis no mercado de DTH, referentes aos custos para autorização para a exploração do serviço, custos associados a utilização de capacidade no segmento espacial e no segmento terrestre, e de acesso aos satélites utilizados. Entretanto, salientou aquela agência que o mercado - relativamente novo - tem dado provas de dinamismo e acirrada competição. Observou, ainda, que a Tecsats em menos de um ano de operação abocanhara 8,3% do mercado, fatia nada desprezível.

Lembrou, também, que estavam em fase de implantação quatro novas empresas já autorizadas a explorar o serviço e uma outra cuja entrada estava sendo analisada.

Assim, a ANATEL forneceu no seu parecer elementos que permitem concluir com razoável grau de certeza que este segmento contará com um acirramento na competição que deverá redundar em preços e resultados positivos em termos de bem-estar econômico. Segundo aquela Agência, além da qualidade e diversificação da programação oferecida, esse segmento tem como fatores de competição: “investimentos em publicidade, política de preços, eficiência da estrutura de vendas, oferta de promoções, disponibilidade de canais especializados em conteúdos determinados, etc.” Diante desse quadro de competição, da rápida evolução da participação da Tecsat e dos fatores de competição via preços que regem as decisões empresariais, a Agência concluiu que nesse mercado dificilmente poderá ocorrer abuso de poder de mercado, inclusive na forma de aumento de preços.

De fato, surpreende a participação da Tecsat - uma empresa de capital nacional - no mercado brasileiro de DTH. É importante notar que o crescimento da empresa se deu após o sinal da Globo ter sido disponibilizado para a SKY, e que a Tecsat, à exemplo da DirecTV, também não tem acesso a esse sinal. Isso é sem dúvida uma importante evidência de que o sinal da Globo não é condição *sine qua non* para a competição no mercado, como será mencionado mais adiante.

3.3. A Estrutura Mundial da Oferta

Participação no Mercado de Países Selecionados (1999 / 2000)

Pais	N.º de Assinantes Em DTH - [MI]	Posição de Mercado
Estados Unidos	14000	DirectTV—68%; Echostar—32%
Inglaterra	5300	BSkyB—84%; On digital—16%
Japão	2400	SkyPerfecTV—100%
França	2400	Canal Satellite—62%; TPS—38%
Espanha	1570	Canal Satelite Digital—64%; Via Digital—36%

Itália	1190	D+—66%; Stream—34%
Brasil	1.000	NetSat—55%; DirecTV—45%
Canadá	1.060	Bell Express VU—56%; Star Choice—44%
México	650	Innova—76%; DirecTV—23%
Alemanha	620	Premiere World—100%
Austrália	480	Austar—62%—Foxtel—38%

Fonte: Cahners Análises BA&H

Os mercados de DTH são concentrados em poucos ofertantes em todo o mundo. O quadro abaixo apresenta as participações de mercado em países selecionados. A elevada concentração é explicada significativamente pelos pesados investimentos necessários para operar no mercado e pelo baixo retorno operacional.

Observe-se que o grau de concentração da oferta no Brasil é inferior aos dos demais países constantes do quadro (a fonte omite a participação da Tecsat no mercado brasileiro), como resultado de um mercado em franca expansão.

Em adição, os líderes em cada país têm alavancado capacitações críticas ao negócio e com isso desenvolvido uma clara diferenciação de mercado.

4. FATORES DETERMINANTES DE COMPETITIVIDADE

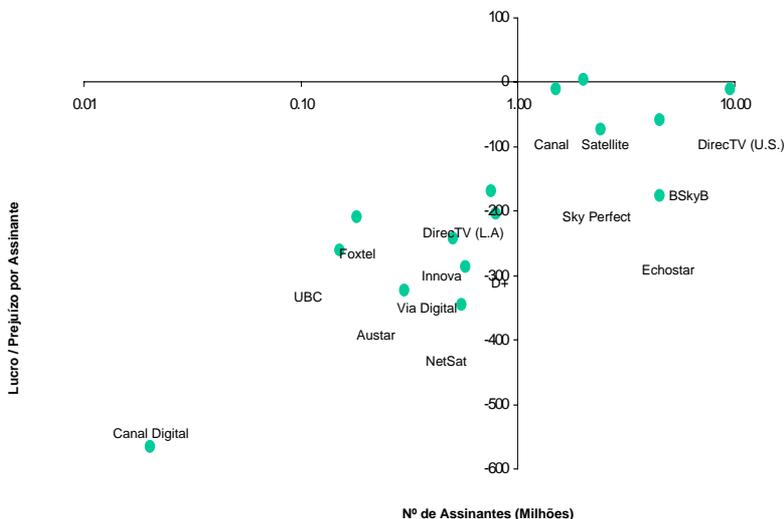
O investimento e os custos fixos nas operações de DTH são elevados, como se segue:

- ▶ Investimentos iniciais significativos (ao contrário de cabo e MMDS, onde investimentos são modulares, e acompanham o crescimento da base de assinantes).
- ▶ Custos fixos elevados (equipamentos de transmissão, leasing de satélite, marketing, vendas, administração)
- ▶ Custos de aquisição de canais e de programação avulsa (direitos esportivos, filmes, etc.)
- ▶ Custos / "subsídios" de equipamento (set top e antena) ao assinante

Cerca de 50% da receita obtida no mercado de DTH, em média, cobrem os custos de programação (metade dos quais variáveis); 45% cobrem os custos fixos (compostos por transmissão –13%, comercialização – 46%, gestão de assinantes – 24% e outros – 17%); restando apenas cerca de 5% de lucro operacional. As reduzidas taxas de lucro evidenciam o acirramento da competição entre os concorrentes e a necessidade de operar com elevadas escalas.

Diante dessas características, a escala dos negócios torna-se fundamental para a obtenção de resultados positivos no mercado. O gráfico abaixo apresenta uma análise da relação entre o número de assinantes e o resultado (lucro ou prejuízo) por operadora. Nota-se claramente que uma grande base de clientes é condição *sine qua non* para a competição na indústria. Os competidores de maior escala (à direita do gráfico) apresentam resultados melhores (para cima no gráfico). Ainda assim, os maiores competidores de DTH do mundo (situados na parte alta à direita do gráfico) ainda não atingiram resultados positivos, operando com equilíbrio entre despesas e receitas (lucro próximo de zero).

Relação Nº Assinantes e Lucro / Prejuízo por Assinatura (1999 / 2000)



Fonte: Cahners.

Vale ressaltar a posição de destaque da DirecTV dos EUA, que tem a maior base de assinantes. Mesmo ela opera ligeiramente abaixo da linha de lucratividade positiva, **embora tenha um custo de capital evidentemente mais baixo do que as operadoras menores, como a SKY do Brasil.** Nesse sentido, conta com uma importante vantagem competitiva, visto que custo de capital/escala é fundamental nessa atividade.

4.1. Fatores de Competitividade no Mercado de DTH no Exterior

- ▶ Qualidade e escopo da programação (oferta de canais diferenciados)
- ▶ Desenvolvimento de marca / capacitações em marketing
- ▶ Gestão de assinantes / customer service
 - Instalação / cancelamentos
 - Serviços ao cliente final
- ▶ Acesso à programação nacional (oferta de canais locais)
- ▶ Gestão de preço relativo
 - Segmentação de pacotes
 - Competitividade frente a outras ofertas “multichannel”

Além desses elementos de competição, outros movimentos vão surgindo para diferenciar o negócio, tornando-o mais atraente para o cliente, sempre com altos investimentos na fronteira da tecnologia da televisão interativa. Seguem alguns exemplos:

BSkyB

- ▶ Open interactive digital ("BiB"), com Matsushita, British Telecom e HSBC—serviços de home shopping, e-mail, home banking, jogos, acesso a dados (clima, preços de ações, resultados de jogos, etc.): 1 milhão de assinantes

- ▶ Lançando Sky Digital - versão interativa do Sky News, Sky Sports, Play Jam
- ▶ Aliança com Tivo (PVR's)

DirecTV

- ▶ Tecnologia da Wink Communications—clima, esportes, e-commerce, home banking
- ▶ Alianças com AOLTV, WebTV Networks, Tivo

Canal Satellite

- ▶ 30 serviços interativos (EPG, Clima, notícias localizadas, home shopping, banco de dados—empregos / receitas, horóscopo, jogos, portal financeiro, etc.)
- ▶ 90% dos assinantes do Canal + já tem set top box interativo

Canal Satellite Digital

- ▶ Oferece oito serviços interativos, com planos para adicionar e-banking, canais de compras e aliança com Infobolsa

4.2. Fatores de Competitividade no Brasil

Como foi mencionado, a competição no mercado de DTH exige acesso a capital de baixo custo e uma grande base de assinantes que proporcione escala na fabricação de equipamentos, na compra de programação, e na otimização dos recursos de transmissão e tecnologia. Obviamente as empresas brasileiras não têm acesso a tecnologia ou a capital barato, o que lhes deixa como estratégia competitiva a diferenciação de produto, especialmente com a criação de conteúdo brasileiro. De fato, diferenciação parece ser a palavra-chave para a competição nesse mercado.

Nesse sentido, foi apresentada pela DirecTV uma pesquisa que relaciona positivamente a presença do canal aberto na programação do DTH no Brasil como fator de competitividade. Infelizmente esses resultados não vêm acompanhados da metodologia empregada e do banco de dados, o que limita

de maneira relevante a análise. Ainda assim, é possível tecer alguns comentários sobre a pesquisa.

O material apresentado pela DirecTV contém o gráfico, a seguir, no qual são compiladas as opiniões dos consumidores sobre os quesitos que eles consideram importantes para a decisão de escolha entre as operadoras de D-TH. Os itens acima da linha horizontal do gráfico são aqueles que os consumidores consideram mais importantes para a decisão, enquanto que os itens abaixo da linha horizontal referem-se aqueles de menor importância. É preciso notar que o item referente à “Oferta de Canais Nacionais” – Prog 7 e Prog 17 - encontra-se abaixo da linha horizontal, sendo menos importante do que 13 outros itens (tais como oferta de filmes, assistência ao consumidor, etc.), todos estes acima da linha horizontal. Assim, a leitura correta do gráfico permite concluir que a pesquisa elencou os fatores que pesam na decisão de compra do consumidor, através de uma escala de importância, que posicionou o acesso ao sinal de canais de TV Abertas em uma categoria inferior.

As Representadas também contrataram junto ao DataFolha pesquisa para determinar os elementos decisivos na escolha do acesso à rede de TV Fechada no sistema DTH, que pode ser assim descrita:

- Pesquisa realizada na cidade de S.Paulo
- Metodologia: Sorteio aleatório na lista telefônica, identificando domicílios possuidores de assinaturas de SKY ou DIRECTV. Foram entrevistados, em cada domicílio, 1 pessoa que tenha sido a responsável pela decisão de compra da assinatura ou tenha participado dessa decisão.
- Data de Campo: 24 a 31 de março de 2001.
- Amostra: SKY - 175 entrevistas e DIRECTV - 207 entrevistas
- Instituto responsável pela pesquisa: Datafolha

Os resultados quanto à motivação do consumidor ao contratar SKY ou DirecTV, em síntese, foram os seguintes, pela ordem de importância:

- 1º) Oferta de algum canal específico, sendo que a grande maioria das citações foi de canais fechados. A Rede Globo é citada espontaneamente como sendo a razão da assinatura por apenas 3% dos assinantes Sky;
- 2º) A variedade de programação oferecida pelo DTH;
- 3º) A qualidade de imagem e de som;
- 4º) Os filmes e seriados oferecidos;
- 5º) A forma de pagamento (basicamente compra motivada por promoção);
- 6º) Ser o único sistema disponível (embora não tenha sido feita, na pergunta, a comparação direta, a pergunta especificava razões de ter assinado SKY e razões de ter assinado DirecTV) e a "maior disponibilidade" da SKY parece ser uma razão forte pela opção por esse sistema;

7) Pelos esportes (principalmente programação brasileira e regional);

A pesquisa indica, ainda, a importância que a programação específica oferecida pelas operadoras de DTH têm na decisão de assinatura do serviço:

a) 25% dos assinantes SKY declararam ter feito esta opção em função da operadora oferecer um canal específico de TV Fechada, enquanto que 21% dos que assinaram DirecTV apresentaram a mesma razão.

b) 13% dos que assinaram Sky declararam ter feito a opção em função da variedade de programação oferecida, enquanto que 22% dos que assinaram DirecTV apresentaram o mesmo motivo para optarem por esta operadora. De fato, nota-se que a variedade da programação oferecida é atrativo maior da DirecTV.

De todo modo, é importante notar que o acesso ao canal aberto da Globo, ou à TV aberta em geral, não é, segundo a pesquisa, um fator que diferencia as empresas na captura do consumidor. À conclusão semelhante chegou o órgão técnico do mercado ANATEL, que identificou como fatores que determinam a capacidade competitiva no mercado de DTH “investimentos em publicidade, política de preços, eficiência da estrutura de vendas, oferta de promoções, disponibilidade de canais especializados em conteúdos determinados, etc.”.

5. ANÁLISE ECONÔMICA DA DENÚNCIA

A representação apresentada pela DirecTV contra a TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo Ltda. é de recusa de venda. A recusa de venda é uma decisão empresarial que vem sendo aceita como legal pelas autoridades anti-truste de todo o mundo, principalmente no caso de relações verticais entre produtores e revendedores/distribuidores. Nesse caso, a recusa de venda, a concessão de exclusividade e a restrição territorial por parte de produtores para revendedores/distribuidores pode ser um instrumento da eficiência econômica, da busca por redução de custos de transação e da prevenção de comportamentos oportunistas no mercado.

A recusa de venda, porém, também pode ser instrumento da dominação de mercado relevante através da elevação dos custos dos rivais (meca-

nismo conhecido na literatura antitruste como *raising rival's costs – rrc*) quando for capaz de criar dificuldades ao desenvolvimento de uma rede de distribuição por parte de concorrentes efetivos ou potenciais. É certo, entretanto, que nenhum desses dois casos é aplicável à hipótese dos autos.

A conduta somente é ilícita quando tiver por efeito excluir concorrentes do mercado, por meio da vedação ao acesso a insumo que seja fundamental para a competição e que não pode ser reproduzido. Essa é a única possibilidade para que a recusa de venda possa constituir uma infração à ordem econômica.

Desse modo, a recusa de venda somente configura em infração à ordem econômica se tiver por objeto ou puder produzir dominação de mercado relevante de bens ou serviços, com eliminação da ou grave prejuízo à concorrência. Normalmente, e também como ocorre no presente caso, a conduta se dá por parte de empresa verticalmente integrada e seus efeitos anticompetitivos devem ser avaliados no mercado alvo. Nesta hipótese, para a configuração da infração é necessário:

1. que a empresa denunciada detenha posição dominante no mercado de origem;
2. que o insumo negado seja fundamental para a concorrência; e
3. que o insumo negado seja inacessível para os concorrentes no mercado alvo e não possa ser reproduzido.

Evidentemente a demonstração de que todos esses elementos estão presentes passa necessariamente **pela constatação dos efeitos da conduta no mercado.** Inexistindo os efeitos, fica evidenciada a inexistência dos requisitos para que a recusa de venda possa configurar infração à ordem econômica.

Desse modo, a recusa de venda, **mesmo que não tenha explicação ou racionalidade econômica,** não caracteriza infração à ordem econômica se não alcançar os requisitos previstos no artigo 20 da lei 8.884/94, isto é, se não tiver por objeto ou puder produzir dominação de mercado relevante (afastar concorrentes). E as razões para isso são óbvias: uma empresa pode negar-se ao comércio sem qualquer justificativa, desde que não prejudique a concorrência. Se a concorrência não for prejudicada, ou seja, se a coletividade não tiver seus direitos feridos, a conduta empresarial não pode ser punida no âm-

bito da lei brasileira de defesa da concorrência. **Assim, a recusa de venda para ser caracterizada como infração precisa acarretar efeito negativo sobre a concorrência, na forma de dominação do mercado, com o eliminação da ou prejuízo à concorrência.**

5.1. Da Existência de Posição Dominante no Mercado de Origem

Definido o mercado de origem como o de "canais para televisão (TV Aberta e TV Fechada) e programação avulsa", verifica-se que não há dados suficientes para estimar a participação nesse mercado do canal aberto da TV Globo.

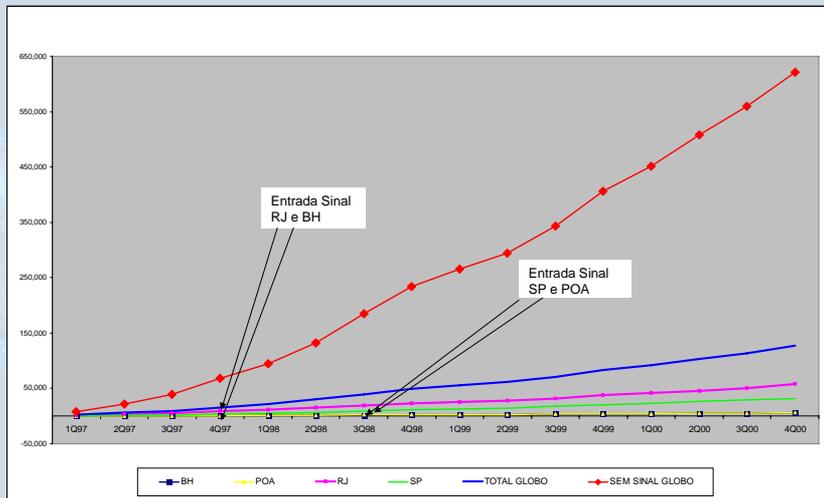
É discutível, portanto, que já a primeira condição para que a conduta em questão seja capaz de infringir a ordem econômica esteja demonstrada. Nesse sentido é importante ressaltar mais uma vez que não se pode confundir a audiência ou a participação em publicidade da Globo na TV Aberta com sua participação no mercado de "insumos" para DTH.

5.2. Da Essencialidade do Insumo

Alguns elementos da análise econômica do mercado indicam fortemente que o sinal da Rede Globo de Televisão não representa um insumo fundamental para a concorrência no mercado de DTH, exatamente como concluiu o órgão técnico ANATEL.

O gráfico abaixo apresenta a evolução da base de assinantes SKY entre 1997 e 2000, por trimestre. Observa-se forte tendência de crescimento na base de assinantes justamente nas localidades onde o sinal da TV Globo Aberta não é oferecido pela SKY. Já nas localidades onde o sinal da Globo passou a ser oferecido pela empresa no quarto trimestre de 1997 (Rio de Janeiro e Belo Horizonte) e no terceiro trimestre de 1998 (São Paulo e Porto Alegre), não se pode notar nenhuma inflexão na curva. A tendência de crescimento geral na base de assinantes é, desse modo, contínua e puxada pelas vendas em localidades onde o sinal da Globo não é disponibilizado para o assinante SKY. Isso é certamente uma forte evidência de que a conduta questionada não acarreta qualquer efeito sobre as vendas e a concorrência no mercado.

Evolução da Base de Assinantes SKY



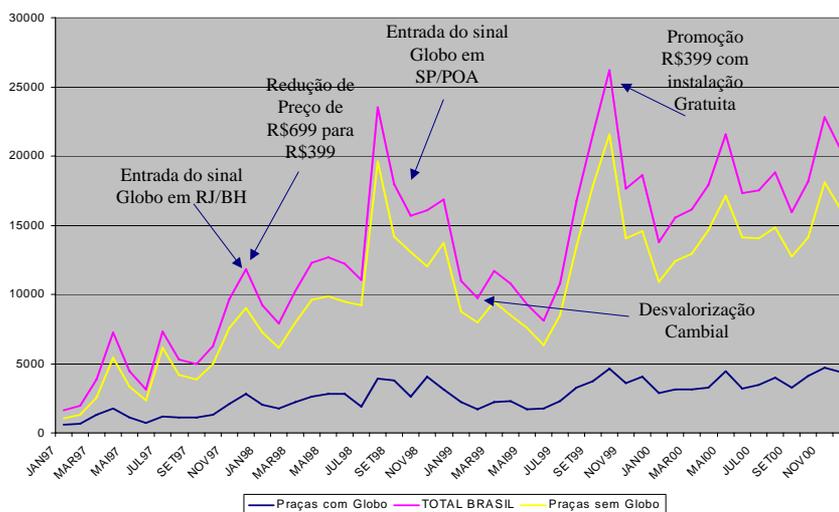
Fonte: SKY.

Outros dados levam a concluir na mesma direção. No gráfico abaixo se nota perfeitamente duas grandes inflexões nas vendas da SKY imediatamente após uma campanha agressiva de redução nos preços de instalação do equipamento – certamente uma grande barreira ao acesso do consumidor, além da mensalidade. A primeira grande inflexão coincide com o momento de disponibilização do sinal da Globo no Rio de Janeiro e em Belo Horizonte, o que poderia ser considerado como um fator determinante desse movimento. Porém, essa explicação fica fragilizada pela constatação de que a segunda grande inflexão ocorre no terceiro trimestre de 1999, após nova promoção via preços na venda dos equipamentos, mas distante da disponibilização do sinal da Globo em Porto Alegre e São Paulo. De fato, isto ocorreu no terceiro trimestre de 1998, e não foi capaz sequer de deter a queda nas vendas.

O gráfico também isola o crescimento das vendas da SKY nas praças nas quais o sinal foi disponibilizado para a operadora de DTH do grupo Globo. Nota-se um crescimento contínuo, sem qualquer inflexão. Esses resul-

tados são totalmente compatíveis e complementares aos observados no gráfico anterior, confirmando a pouca ou nenhuma influência da disponibilidade do sinal da Globo no desempenho de mercado da SKY e, dessa maneira, na competição no mercado de DTH de uma forma geral.

EVOLUÇÃO DAS VENDAS DA SKY



Fonte: SKY.

A ANATEL também concluiu que nas localidades onde a Globo é distribuída pela SKY não ocorreu crescimento nas vendas superior às áreas onde a Globo não é distribuída. A Agência observou que após dezembro de 1997, quando foi iniciada a distribuição do sinal da Globo no Rio de Janeiro e Belo Horizonte, a SKY teve um incremento na conquista de novos assinantes equivalentes a 32 e 25%, respectivamente. Entretanto, no mesmo período obteve um crescimento de 36% na conquista de novos assinantes em Salvador, Recife e São Paulo, e obteve um crescimento semelhante ao de Belo Ho-

rizonte em Porto Alegre, Curitiba e Brasília, onde a Globo não era distribuída. Já quando o sinal da Globo passou a ser distribuído para Porto Alegre e São Paulo, em agosto de 1998, a conquista de novos assinantes da SKY aumentou em 22% em São Paulo, mas caiu 18% em Porto Alegre (parecer ANATEL, fls.262 dos autos). Ainda segundo a ANATEL, a queda nos preços cobrados pela SKY pelos equipamentos necessários para acessar o sinal do satélite foi o fator que provocou a elevação das vendas da empresa no período.

Outro indício da reduzida influência do sinal da Globo na competição no mercado de DTH é fornecido pela pesquisa realizada entre assinantes SKY e DirecTV, apresentada abaixo, que indica que os assinantes DirecTV têm acesso normal ao sinal da Globo, por outro meio (TV Aberta ou TV a cabo), já que a Globo não é oferecida na programação da DirecTV. Isso significa dizer que não deixariam, como não deixaram, de assinar a concorrente da SKY por não ter esse sinal na programação da TV Fechada. Dessa maneira, o sinal da Globo não é instrumento de competição efetiva entre as operadoras de TV Fechada via satélite no Brasil.

	Total da População	Domicílios com	
Total 11 mercados		SKY	Directv
Assistiu TV Globo nos últimos 7 dias	89,61%	92,46%	92,95%
		Domicílios com	
		SKY	Directv
Belo Horizonte		100,00%	100,00%
Porto Alegre		93,59%	100,00%
São Paulo		86,35%	89,27%
Rio de Janeiro		95,45%	100,00%

Fonte: TGI Brasil 11 mercados - Ibope/99 - Copyright TGI Brasil 1999

Amostra: 10.103

Mercados: Brasília, Belo Horizonte, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Salvador, São Paulo, São Paulo Interior, Sul Interior e Sudeste Interior.

Além disso, como já mencionado no presente parecer, pesquisa realizada pelo Instituto DataFolha com a finalidade de identificar as motivações da escolha da operadora entre os assinantes da SKY e da DirecTV, entre os dias 24 e 31 de março de 2001 concluiu que o fato de a SKY ter disponível o sinal da TV Globo não constitui diferencial de competitividade relevante.

Esses dados empíricos são totalmente consistentes com a hipótese teórica que norteou a definição do mercado relevante do produto. Os consumidores já têm acesso gratuito ao sinal da Globo. Sendo assim, só estariam dispostos a pagar por uma assinatura de TV Fechada para receber em troca algo novo que ainda não está ao seu alcance: uma programação diferenciada. Dessa maneira, não seria lógico afirmar que o sinal da TV Aberta, que pode ser acessado gratuitamente, é insumo fundamental para a competição no mercado de TV Fechada. Essa hipótese permitiria uma conclusão totalmente ilógica e irracional, que contraria toda a teoria econômica do consumidor: a de que **o consumidor prefere pagar por algo que pode ter de graça.**

Em outras palavras, caso a TV Aberta e Fechada fossem concorrentes e constituíssem um único mercado, o pleito da Representante não faria sentido. Afinal, se estivessem a Rede Globo e a DirecTV no mesmo mercado, esta não poderia exigir a disponibilização da programação daquela, pois não se pode exigir que uma empresa dê subsídios para concorrentes no mesmo mercado. Entretanto, apesar de oferecerem produtos teoricamente substitutos, TV Aberta e Fechada participam de mercados distintos. A distinção entre os mercados deve-se ao fato de que o primeiro serviço é gratuito, enquanto que o segundo é pago. Porém, o assinante da TV Fechada só está disposto a pagar se tiver em troca algo diferenciado em relação à programação da TV Aberta. Sendo assim, é contraditório argumentar que o serviço de TV Aberta – aquilo que o consumidor claramente considerou insuficiente e que por essa razão optou por pagar por uma assinatura - é fundamental para a concorrência no mercado de TV Fechada e constitui-se no diferencial da competição.

Finalmente, a ausência dos efeitos alegados de afastamento da concorrência não permitem concluir pela essencialidade do sinal da Globo na competição no mercado de DTH. A análise da evolução das participações no mercado indica claramente uma estabilidade entre as líderes e um crescimento significativo de uma empresa de menor porte (Tecsats). Se fosse verdadeira a hipótese da DirecTV, tal empresa teria perdido mercado significativamente após a disponibilização do sinal da Globo para a SKY – o que não ocorreu – e a Tecsats não teria apresentado tão significativo crescimento nas suas vendas, pois ela também não conta com o sinal da Globo. Além disso, como ressaltou a ANATEL no seu parecer, a expectativa é de acirramento ainda maior da concorrência com a entrada de novas operadoras no mercado. Desse modo,

não há como concluir pela essencialidade do sinal da Globo na competição no mercado de DTH.

Dessa maneira, não está presente no caso em tela a segunda condição para que a recusa a venda questionada configure infração à ordem econômica. Não se pode concluir que o insumo em exame seja fundamental para a concorrência no mercado de DTH.

Conclusão semelhante é obtida quando se analisa a questão sob o prisma da doutrina da *essential facility*, trazida aos autos pelas requerentes e considerada pelo conselheiro-relator no seu voto. Essa doutrina será discutida a seguir.

Antes, porém, é preciso ter em vista que o sinal da Globo encontra-se disponível para todos os consumidores, assinantes ou não de TVs Fechadas. **Sendo o sinal da Globo gratuito e de acesso irrestrito, tanto os assinantes da SKY quanto da DirecTV já têm acesso a ele, não podendo logicamente esse sinal ser instrumento de competição e de vantagem competitiva para a SKY. Nesse sentido, é importante ressaltar que a tecnologia de controle do equipamento permite a troca imediata da TV Fechada para TV Aberta sem qualquer desconforto para o consumidor.**

5.2.1. A Questão da *Essential Facility*

A alegação de que o sinal da Globo é insumo fundamental para a concorrência no mercado de DTH e sem o qual este seria dominado inteiramente pela SKY foi abrigada no voto do ilustre conselheiro-relator João Bosco Leopoldino. A chamada “essential facilities doctrine” (EFD) é produto da jurisprudência americana, remontando sua origem ao caso *Terminal Railroad*, de 1912⁴⁵, no qual um grupo de empresas ferroviárias adquiriu um terminal ferroviário em St. Louis, o único que permitia passagem pela cidade, seja entrando ou saindo. A posição de controle da junção e serviços afins, considerados uma infra-estrutura essencial, permitia ao grupo excluir ou dificultar o trânsito das concorrentes que precisavam atravessar a cidade. A Suprema Corte entendeu que a negativa de acesso em termos razoáveis retirava dos concorrentes a capacidade para competir e, assim, violava a Seção 1 da Lei Sherman, determinando o acesso compulsório do terminal para os concorrentes.

⁴⁵ US v Terminal Railway Association (224 US 383, 1912)

Neste caso, vê-se que se tratava de uma infraestrutura básica que não podia ser duplicada, o que não se verifica no presente caso.

Caso semelhante foi julgado em 1945, também nos EUA. A Otter Trail⁴⁶, proprietária de uma rede de distribuição adquiria eletricidade de uma fonte e abastecia as residências de uma certa região. Quando alguns municípios resolveram adquirir a eletricidade de uma outra fonte e suprir as residências através dos cabos e instalações técnicas que compunham a rede da empresa esta negou o acesso. A Corte entendeu que ao negar utilização da sua infraestrutura, Otter Trail violou a seção 2 da Lei Sherman, sendo a distribuidora obrigada a conceder o acesso pretendido pelos municípios, em condições de igualdade e observada a regulamentação federal.

Novamente, cuidava-se de infraestrutura básica, que não poderia ser duplicada, hipótese diversa da aqui analisada.

Mais recentemente, importante pelos princípios que estabeleceu, foi o caso MCI.⁴⁷ A pretensão sustentada por MCI era conectar suas linhas de telefone à rede nacional de telefonia pertencente à AT&T, como forma de competir no mercado de serviço de longa distância. A Suprema Corte estabeleceu que a pretensão era técnica e economicamente praticável e que ao recusar a pretendida interconexão AT&T incorreu em ato de monopolização. A decisão fundou-se em quatro elementos:

- controle da facilidade essencial por um monopolista;
- inabilidade do competidor de efetiva e razoavelmente duplicar a facilidade;
- a negativa de uso da facilidade por um competidor;
- a capacidade de o fornecedor disponibilizar a facilidade.

Na hipótese objeto deste parecer, não se configuram os dois primeiros requisitos acima elencados. O sinal da Globo não pode ser considerado um bem essencial à competição no mercado alvo e a DirecTV é capaz de produzir sua própria programação em condições economicamente viáveis.

⁴⁶ Otter Trail Power & Co. v. United States, 326 US 1, 1945.

⁴⁷ MCI Communications Corp. v. American Telephone and Telegraph Co [708 F.2d 1081, e 464 US 891, 1983] Ann. Rev. 1992 Antitrust L. Dev., 1993, p. 94)

No caso Alaska Airlines,⁴⁸ United Airlines e American Airlines foram acusadas de negar acesso ao seu sistema computadorizado de reservas, mediante cobrança de taxas excessivas. A Corte estabeleceu que uma facilidade controlada por uma única firma somente será considerada essencial **se o controle gera para o titular um potencial para eliminar competição no mercado downstream**. Esse poder deve ser permanente e não momentâneo. A acusação foi rejeitada sob os seguintes argumentos: o acesso nunca foi negado, o sistema de reserva continha informação correspondente a apenas 12 ou 14% dos vôos disponíveis sem o acesso das concorrentes e, assim, o sistema de reservas, embora sendo uma facilidade, não foi considerada essencial. **Nesse caso, a recusa de venda não foi capaz de FECHAR o mercado para os concorrentes.**

Esse caso assemelha-se ao caso presente, uma vez que a DirecTV continuou competindo, mantendo sua participação de mercado, o que demonstra que a falta do produto não foi capaz de "fechar" o mercado de DTH.

A doutrina da “*essential facility*” deixou também de ser aplicada em dois casos envolvendo recusa de transporte ou bombeamento de gás, através de uma infra-estrutura (gasoduto), adquirido de terceiros por clientes da firma controladora do gasoduto. No primeiro caso,⁴⁹ movido contra uma distribuidora de gás natural na região central de Illinois, a corte considerou legítima a recusa de contratar um negócio que, se realizado, levaria a firma fornecedora a um contrato *take-or-pay*, no mercado upstream, potencialmente sério. Fazia parte do *rationale* da recusa a adoção de medida para evitar custos escorchantes. A empresa era acusada de monopolização da venda do produto mediante recusa de transportar gás comprado diretamente de produtores independentes por companhias distribuidoras locais. Segundo a fornecedora/transportadora, o transporte de gás de outra fonte reduziria dramaticamente a demanda para o gás já transportado a um alto preço de acordo com um contrato de compra que envolvia alta responsabilidade de *take-or-pay*. O fato mais importante foi que **as empresas adquirentes do produto podiam economicamente duplicar o sistema de suprimento**. Estabeleceu-se, ainda, que fundamentar uma responsabilidade do fornecedor com base na teoria da “*essential facility*” exigia que o fornecimento se mostrasse praticável.

Segundo Ernest Gellhorn⁵⁰, aplicada sensatamente, a doutrina deve satisfazer três condições básicas:

⁴⁸ Alaska Airlines Inc. v. Edison Co. 955 F.2d 1361, 9th Cir., 1991.

⁴⁹ Illinois ex rel. Hartigan v. Panhandle Eastern Pipe Line Co., ABA Antitrust L. Dev. 3^a ed., 1992, p. 1064/1065.

⁵⁰ Antitrust Law and Economics, p. 152, WPC, 1994

1. o acesso à facilidade deve ser realmente essencial **e não meramente conveniente ou menos dispendioso**. No presente caso, a *essential facility* seria o conteúdo da programação da Globo, sendo que este conteúdo é fruto de investimento, basicamente. A DirecTV tem aptidão, recursos e tecnologia suficientes para produzir e/ou contratar conteúdo de qualidade diferenciada para ser ofertado no mercado, não sendo possível alegar incapacidade para “duplicar” programação atraente para seus assinantes.

2. a negativa de acesso deve provocar o afastamento da concorrência. No caso em análise a DirecTV mantém a competição normalmente. Além disso, observa-se o crescimento de outro concorrente com muito menor capacidade financeira – Tecsats – o que não permite concluir pela impossibilidade de competição sem o sinal da Globo.

Um crescente número de precedentes relacionados com acesso a serviços, infra-estrutura ou facilidades ilustram a recepção da doutrina sob comento pela política da concorrência da Comissão Européia que, nos últimos tempos, tem dirigido sua atenção para o assunto, seja comissionando a elaboração de estudos ou expedindo regulamentos que tendem a assegurar a competição e evitar possíveis questões subsequentes. O significado da doutrina é o mesmo aplicado pelas cortes americanas. As questões sempre presentes são o “direito de acesso” e a “obrigação de promover acesso” em condições razoáveis e à luz do princípio de não discriminação.⁵¹

Na Europa, o conceito foi ampliado mais tarde, como no caso *Commercial Solvents*⁵², no qual foi considerada ilegal a recusa de fornecimento de amino-butanol, matéria-prima necessária à fabricação de uma droga aplicada ao tratamento de tuberculosas. A autoridade antitruste rejeitou o motivo apresentado pelo supridor monopolista (dominante): intenção de entrar no mercado alvo.

A Comissão pode exigir que um monopolista promova acesso a uma facilidade essencial a outras empresas, em particular a outros concorrentes desejosos de competir em um mercado downstream. Uma facilidade essencial pode ser definida como “uma facilidade ou infra-estrutura, **sem cujo acesso os concorrentes não poderão oferecer serviços aos seus clientes**”.

⁵¹ A matéria é longamente tratada por Dirk Van Liedekerke, advogado em Bruxelas, em trabalho no **Symposium of the European Lawyer’s Union** e publicado na internet sob o título “The Law of information super-highways and multimedia: a new challenge”, Mônaco, 3 May 1996. Ver também Daniel Glasl, *Essential Facilities Doctrine in EC Anti-trust Law: A Contribution to the Current Debate*, [1994] 6 ECLR 306-314; Richard Whish, *Competition Law* (1993)

⁵² [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309. Citação de Richard Whish, *ob. cit.*, p. 615.

Assim, mesmo a Comissão Européia, aparentemente mais rigorosa no tratamento da questão, exige para que seja aplicável a doutrina, que o insumo seja realmente fundamental para a competição – ou seja, cuja falta inviabilize a concorrência – e que esse efeito de afastamento na concorrência seja observado. No presente caso não parece factível a demonstração de que a negativa do acesso ao sinal da Globo impeça a concorrência e, principalmente, que tenha como efeito a exclusão dos concorrentes do mercado.

Estudo realizado pela OECD⁵³ considerando a aplicação da doutrina em vários países concluiu que a noção de "essential facility" é objeto de múltiplos entendimentos, não estando cristalizada mesmo na jurisprudência dos locais em que mais vem sendo aplicada, como na Europa. Há enorme variação no entendimento e na definição de uma *essential facility* entre os estudiosos e autoridades antitruste em todo o mundo. Segundo o estudo (p.7): "Essential facilities doctrines vary significantly among legal regimes. They may vary according to the types of "facilities", ownership and market structures to which they may apply, and according to who makes the determination that a facility is "essential"."

Diante disso, parece pouco prudente a aplicação da doutrina da *essential facility* no presente caso. É absolutamente questionável que o sinal da Globo seja capaz de afetar substancialmente a competição no mercado de TV Fechada transportada por DTH (os dados disponíveis indicam que não), já que a prática questionada não produziu efeitos de afastamento da concorrência no mercado. Por outro lado, as evidências indicam que a DirecTV é capaz de buscar no mercado, financiar ou produzir seu próprio conteúdo competitivo.

É importante ressaltar, ainda, que dentro da doutrina da *essential facility*, se o insumo não for fundamental para a concorrência e/ou possa ser reproduzido pelos demais concorrentes, o produtor não pode ser obrigado a permitir o acesso. Assim, a aplicação da doutrina deixa claro que não estando presentes essas condições, não fica obrigado o produtor do insumo a permitir acesso aos seus concorrentes. Isso, na verdade, é fundamental, pois, se assim não fosse, a ação antitruste, em vez de promover a concorrência e incentivar os ganhos de eficiência e de bem-estar, estaria desestimulando a concorrência e estimulando a ineficiência econômica, com enorme prejuízo ao bem estar da coletividade, como será exposto a seguir.

Desse modo, dentro do ponto de vista econômico, o conselheiro-relator equivocou-se no seu voto, ao definir *essential facility*, como se segue: "A Globo é detentora de uma "essential facility" e tanto o é que o Estado

⁵³ The Essential Facilities Concept, OECD, Paris, 1998.

permite através de concessões a exploração deste mercado. Desta forma o produto da Globo é de interesse coletivo, pois se trata de uma transmissão de informação, de cultura”.

Nota-se que não é o fato do sinal da Globo ser transmitido após concessão do Estado que o transforma numa *essential facility*. O sinal da CBI, a antiga TV Jovem Pan, ou da Rede Vida, também são transmitidos após concessão, mas não são uma *essential facility* porque as empresas que os controlam não detêm posição dominante no mercado de origem. No caso, a condição de *essential facility* seria do conteúdo da programação da Globo, que depende de concessão para ser produzido. É o conteúdo que a DirecTV persegue, e não o meio de transporte, utilizado pela Globo sob regime de concessão. O conteúdo é absolutamente privado, como já foi mencionado na apresentação das características da indústria, neste parecer. É esse conteúdo, protegido, inclusive, por direitos autorais em grande parte, que a DirecTV pretende obter.

5.2.2. Danos á concorrência decorrentes de uma equivocada interpretação da doutrina da *essential facility*

O objeto da política antitruste é o bem-estar econômico, que é reduzido pelo abuso do poder de mercado sobre fornecedores, concorrentes ou clientes. Não é a posição dominante ou a concentração econômica. A posição dominante, por si só, não pode ser o alvo da legislação (mas apenas seu uso abusivo), uma vez que ela é freqüentemente alcançada através de ações consideradas legítimas do ponto de vista da concorrência, como redução de custos e preços, aumento da qualidade do produto, diferenciação de produto, outras formas de inovação, etc.

Na verdade, é possível até mesmo considerar que a busca da posição dominante - no sentido de uma vantagem de custos, qualidade, ou qualquer diferenciação que possa proporcionar lucros supranormais - é o objetivo do empresário competente, inovador e gerador de progresso. Como consequência de uma atuação mais eficiente, de uma redução de custos e preços, da melhoria da qualidade do seu produto, do lançamento de novos produtos, o empresário ganha mercado, aumenta seus lucros, ganha poder de mercado, ao mesmo tempo em que eleva o bem-estar econômico e social. A posição dominante, portanto, é, nesses casos, o prêmio pela eficiência no mercado.

Nesse sentido, combater a posição dominante ou concentração de mercado, alcançado dessa forma, significaria inibir o progresso técnico e ao

desenvolvimento econômico. Essa lógica fica evidente inclusive na legislação brasileira, que no parágrafo 1º, do artigo 20, da Lei 8.884/94, prevê que “A conquista de mercado resultante de processo fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ilícito...”.

A política antitruste supõe que através do processo concorrencial a sociedade é beneficiada com reduções de preços e aumento da qualidade e variedade dos produtos. Combater a posição dominante, por si só, significaria privar a sociedade dos benefícios decorrentes da concorrência. Ou seja, tomar decisões que desestimulem a busca de posições privilegiadas de mercado seria prejudicial à coletividade, inibindo a busca por produtos de menor custo e melhor qualidade.

No presente, caso é certo que a TV Globo detém posição dominante no mercado de TV Aberta, conquistada pela maior eficiência, pelo investimento, pela busca de programações que atendam ao desejo dos consumidores. A posição de destaque é sustentada através da busca de conteúdo de qualidade superior que garanta audiência diferenciada em relação aos concorrentes.

Obviamente, se essa posição de destaque no mercado for usada de forma perniciosa à concorrência, estaria se configurando o abuso da posição dominante, previsto no artigo 20 da lei 8.884. A lei garante que a posição dominante conquistada pela maior eficiência não constitui infração à ordem econômica, mas não permite o abuso dessa posição dominante.

Entretanto, no presente caso, o abuso da posição dominante só poderia ocorrer caso o mercado de TV Aberta fosse definido como o Mercado de Origem da conduta anticompetitiva. Entretanto, como foi mencionado, o segmento de TV Aberta é apenas um dos que compõem o mercado de “insumos” para a operação de distribuição por DTH. Dessa maneira, não se pode concluir que a Rede Globo detém posição dominante nesse mercado, razão pela qual não poderia abusar de algo que não possui. Além disso, o abuso ficaria caracterizado se a posição dominante fosse usada para afastar concorrentes em qualquer mercado. Essa hipótese, entretanto, também não pode ser demonstrada, uma vez que a tese discutível da essencialidade do sinal da Globo na competição no mercado de DTH não se confirmou pelos dados disponíveis.

Finalmente, mesmo que o conteúdo da programação da Globo fosse capaz de conceder posição competitiva privilegiada à SKY, a pergunta imediata a ser feita seria se a DirecTV estaria impedida de produzir ou contratar conteúdo de igual natureza. Se a DirecTV puder produzir, financiar ou contratar conteúdo competitivo, inclusive de redes de TV Abertas, a autoridade anti-

truste não poderia tecnicamente exigir o acesso do sinal da Globo por um concorrente do grupo no mercado de DTH, **mesmo que esse sinal fosse fator relevante de competitividade, o que já foi demonstrado que não é.** No caso em tela parece evidente que o grupo controlador da DirecTV tem suficientes recursos, competência e qualificação para concorrer com o grupo Globo, produzindo conteúdo de igual qualidade. É isso que demonstra a relativa estabilidade na evolução das participações de mercado de ambas as empresas.

Nessas condições de competição o consumidor seria beneficiado pela busca da DirecTV por melhores programações. Na busca por melhores posições no mercado o concorrente investe em qualidade e preços, aumentando o leque de opções do consumidor. Ao buscar a competição com o grupo Globo, o Grupo Hughes abre para o consumidor uma guerra que apenas o beneficia, buscando novas e melhores oportunidades de mercado, com melhor atendimento ao consumidor, preços de equipamentos mais baixos, novos produtos, novos e melhores programas, por ele produzido ou contratado.

De outra maneira, se a decisão da autoridade antitruste fosse a de determinar a abertura do sinal da Globo ao concorrente, a competição estaria terminada, igualada, desestimulada. Não teria o grupo Hughes qualquer estímulo à melhorar seu produto. Tampouco faria isso a Globo, uma vez estabelecido que qualquer vantagem competitiva seria concedida ao concorrente. Nesse sentido, uma interpretação equivocada da autoridade antitruste seria eminentemente anticoncorrencial, embora aparentemente tivesse a função de igualar a competição.

O problema é que a competição é justamente um processo de diferenciação que não pode ser desestimulado pela autoridade antitruste. É na busca pela diferenciação dentro de um processo competitivo que reside o benefício para a coletividade. Igualar a competição significa desestimular a busca da diferenciação, com claros prejuízos para a eficiência econômica e o bem-estar da coletividade.

5.3. Da Possibilidade de a Representada Obter o Insumo Alternativamente

O pleito da DirecTV de acessar o sinal da Globo significa na verdade ter acesso à programação da emissora brasileira, ao conteúdo de sua programação, obtido através da contratação de equipamentos, elenco e capital intelectual. Isso se alcança com investimento, com aptidão para a concorrência. Da programação também constam eventos cujos direitos de transmissão foram adqui-

ridos pela Rede Globo, como esportes, shows, festas populares, para os quais o mercado encontra-se aberto, razão pela qual também poderão ser adquiridos no futuro por concorrentes da Globo.

A DirecTV, que busca o direito de distribuir o conteúdo da Rede Globo, é parte da Hughes Electronics — uma subsidiária da General Motors, que conta com um elevado grau de verticalização nas suas atividades. A Hughes fatura cerca de US\$ 7,3 bilhões anuais, tendo no último exercício registrado lucro líquido de cerca de US\$ 0,81 bilhões. Sua subsidiária DirecTV é o maior provedor de serviços de DTH nas Américas. Dessa maneira, é evidente que o grupo detém capacitação suficiente para produzir/contratar conteúdo de alto nível para competir em iguais condições. De fato, os dados disponíveis indicam que a Representante já dispõe de canais consagrados internacionalmente, alguns dos quais com exclusividade, como é o caso da HBO e da Disney, sendo certo que pode, querendo, investir em outros canais com programações variadas.

Assim, o sinal da Globo não é uma infraestrutura básica que não pode ser reproduzida, como uma linha férrea. Também não é um insumo inacessível para seus concorrentes no mercado alvo. A pretensão da DirecTV de ter o conteúdo da Globo mediante as mesmas condições oferecidas à SKY, empresa do mesmo grupo econômico, implica, em verdade, uma forma de participar dos investimentos realizados pela Globo na produção de seu conteúdo. A realização de investimentos pesados no mesmo sentido por parte do grupo Hughes é não apenas factível, como extremamente desejável e benéfico para a concorrência, para a eficiência econômica e para o bem-estar da coletividade.

Não sendo uma *essential facility*, sendo um produto que pode ser produzido pela DirecTV, não sendo sequer um insumo fundamental para concorrência, uma determinação da autoridade antitruste para a cessão compulsória é absolutamente anticoncorrencial, desestimulando o investimento e a inovação tanto da Globo quanto da DirecTV. Podendo a DirecTV investir e produzir programas para competir no mercado de DTH, deve ser incentivada a fazê-lo, proporcionando mais alternativas ao consumidor.

6. CONCLUSÃO

A análise econômica do mercado de distribuição de programação de TV Fechada via satélite (DTH) permite concluir que a tentativa de dominação desse mercado por parte das Representadas, a partir da recusa de acesso ao sinal da sua TV Aberta, é impraticável. Essa conclusão baseia-se no que se segue:

1. A Rede Globo detém posição dominante no mercado de TV Aberta, seja qual for o critério de mensuração. Entretanto, os operadores de DTH compõem sua programação com um grande número de canais e programas, na sua ampla maioria canais tais como HBO, ESPN, Discovery, CNN, canais de compra, etc., além de programação e eventos avulsos e do *pay-per-view*. Desse modo, os canais de TV aberta correspondem a uma pequena parte das opções de programação utilizadas como "insumos" da atividade de TV por assinatura via satélite. Portanto, embora não haja dados disponíveis com as participações no mercado de "insumos" de DTH, é lícito supor que dentro desse leque de opções a Rede Globo, através do seu canal de TV Aberta, não detém posição dominante.

Nesse sentido, tanto o parecer da ANATEL – que concluiu pela inexistência de infração à ordem econômica na conduta das Representadas -, quanto o voto do Conselheiro-relator – que concluiu pela existência de conduta anticompetitiva -, confundiram a participação de mercado da Globo na TV Aberta com a sua participação como fornecedora de insumo para o mercado de DTH, que claramente não é composto apenas pela oferta de canais da TV Aberta.

É forçoso concluir, portanto, que *a Rede Globo não detém posição dominante no mercado de "insumos" de DTH, o que já é suficiente para descaracterizar a recusa de venda como infração à ordem econômica*, como foi visto ao longo do presente parecer.

2. O acesso compulsório só poderia ser determinado pela autoridade antitruste caso o sinal da Globo fosse fundamental para a competição, a ponto de sem ele a competição não ser possível. Porém, *os dados analisados indicam que o sinal da Globo não é fundamental na competição no mercado de DTH, razão pela qual não pode ser instrumento de dominação*. Entre os fatores determinantes da competitividade no setor estão certamente a disponibilidade de capital a baixo custo, por ser a indústria intensiva em capital, além dos fatores elencados pela ANATEL, como "investimentos em publicidade, política de preços, eficiência da estrutura de vendas, oferta de promoções, disponibilidade de canais especializados em conteúdos determinados, etc.". Nesse sentido, é possível afirmar que a DirecTV possui vantagens competitivas em relação à SKY, especialmente no que diz respeito ao acesso ao fator de produção básico – capital.

A análise da evolução das vendas da SKY indica que estas não foram afetadas pela disponibilização do sinal da Globo, como já foi comentado. A relativa estabilidade da participação da DirecTV no mercado mesmo sem o

sinal da Globo é outro forte indício da não essencialidade da Globo na competição, bem como o crescimento das vendas da Tecsat⁵⁴. Finalmente, pesquisa elaborada pelo DataFolha também permite concluir que a disponibilidade do sinal da Globo na programação da SKY não é fonte de diferenciação fundamental por parte do consumidor. Pesquisa com conclusão contrária contratada pela Representante consta dos autos, mas a impossibilidade de acesso à metodologia e ao banco de dados impede sua utilização para efeito de análise.

Assim, os dados disponíveis não indicam que a negativa de acesso ao sinal da Globo tenha produzido efeitos perniciosos sobre a competição no mercado de DTH.

3. A competição no mercado de DTH conta com outros elementos de maior peso que o sinal de um único canal aberto, sendo escala/capital e programação diferenciada dois desses elementos. Nesse sentido, o grupo econômico que controla a DirecTV tem aptidão, recursos e tecnologia suficientes para produzir e/ou contratar conteúdo de qualidade diferenciada para ser ofertado no mercado – numa ação que busca aumentar sua participação no mercado mas que propicia ganhos de bem-estar para o consumidor. Desse modo, **não é possível afirmar que DirecTV e outros concorrentes no mercado de DTH não possam acessar insumos de maneira competitiva, o que por si só já elimina a obrigatoriedade da Rede Globo conceder o acesso ao seu sinal.**

Como ressalta Ernest Gellhorn⁵⁵, a aplicação da doutrina da *essential facility* deve satisfazer a condição de que o acesso ao bem deve ser realmente essencial **e não meramente conveniente ou menos dispendioso.** DirecTV, entretanto, é capaz de produzir, financiar ou contratar programação competitiva a qualquer momento, inclusive nas redes de TV Abertas. Basta para isso determinação para competir e decisão de investimentos. O consumidor será o grande beneficiário dessa decisão. Nessas condições, exigir o acesso da DirecTV ao sinal da Globo é anticompetitivo ao desestimular o investimento e a busca pela diferenciação tanto no mercado de DTH (onde gastos da DirecTV para melhor competir seriam desestimulados) quanto no de TV Aberta (com desestímulos ao investimento da Rede Globo).

⁵⁴ Informações recentes dão conta de que a Tecsat enfrenta problemas econômico-financeiros no momento. Isso, no entanto, não compromete a conclusão de que seu crescimento no mercado sem o sinal da Globo é evidência de que o crescimento das suas vendas encontra explicação em outros fatores.

⁵⁵ Obra já citada.

É importante ressaltar que diante dessas conclusões, **pouco importante, do ponto de vista antitruste, as razões para a negativa da Globo em permitir o acesso do sinal da sua TV Aberta para a DirecTV, uma vez que isso não prejudica a concorrência**, ou seja, não possibilita a dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

Porém, do ponto de vista do parecerista, **a Rede Globo, ao disponibilizar o sinal do seu canal de TV Aberta apenas para a SKY, empresa do mesmo grupo, busca conceder a esta alguma diferenciação num mercado no qual compete em desvantagem em alguns aspectos importantes**. Como foi mencionado, o mercado de DTH caracteriza-se como capital-intensivo. É evidente que DirecTV tem acesso a capital a custo mais baixo do que a empresa brasileira, o que lhe confere desde logo grande vantagem competitiva. Ademais, o acesso à programação diferenciada é o que leva o consumidor a fazer a assinatura de uma TV Fechada. Nesse quesito - programação diferenciada - a DirecTV também tem inegável vantagem, contando na sua carteira com canais consagrados internacionalmente, alguns dos quais com exclusividade, como é o caso da HBO e da Disney.

Assim, a empresa brasileira usa a programação gerada pela Rede Globo, **com conteúdo brasileiro**, como fator de diferenciação, um instrumento de competição. Como exaustivamente comentado, os dados evidenciam que esse não é um insumo essencial para a concorrência, uma vez que a Globo não detém posição dominante no seu fornecimento e que os demais operadores no mercado de DTH podem competir eficientemente sem ele, como vem ocorrendo, até porque a programação da Globo já está disponível na TV Aberta. Porém, para a empresa brasileira é certamente um item a mais de diferenciação do qual ela não deseja nem pode abrir mão, diante das dificuldades em concorrer num mercado com as características já analisadas.

Finalmente, cabe considerar o **direito do produtor de controlar os elos da cadeia de distribuição do resultado do seu trabalho**. Como já longamente sedimentado na jurisprudência brasileira e internacional, a concessão de exclusividade na distribuição de um produto, desde que não prejudique a concorrência, como no presente caso, é um direito do produtor.

Em 19 de abril de 2001.

RUY SANTACRUZ

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol. / n.º
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação 'extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul	8- 3
Andrade, Maria Cecília	A Política da Concorrência e a Organização Mundial Do Comércio	8-5
Araújo Jr, José Tavares de	Trade transparency and competition: FTAA and CER	8- 3
Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis	Integração Regional e Política de Concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bandeira de Mello, Celso Antonio	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
Barrionuevo, Arthur	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Beltrame, Priscila Akemi; Lacerda, Eduardo Modena	Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano	8-4
Benjô, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bogo, Jorge	Privatizaciones y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Castañeda, Gabriel	The mexican experience on antitrust	3-6
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
Conrath, Craig W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	4-6
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Coutinho, Paulo C.	Prolegômenos da economia da defesa da concorrência	8-4
Cunha, Ricardo Thomazinho	A aplicação do acordo antidumping no Brasil	7-5
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
<i>Dias, José Carlos Vaz</i>	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do inpi no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art.	3-8

	54, da lei 8884/94,	
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder Econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: O desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro	O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8- 3
Faria ,Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Faria, Werter	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Joint Ventures: o Consórcio de Empresas no Direito Brasileiro	8-5
Ferraz, Tercio Sampaio	Discrecionabilidade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 Considerações sobre o tipo penal	8- 3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10

Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Granado, Shalom Eintoss	Doutrina do Elo Verde: A importância do direito ambiental para o direito da concorrência	5-8
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
<i>Klajmic, Magali</i>	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 -1997	4-6
Londoño, Alfonso Miranda	El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones	4-6
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Michel G. Cowie		
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6
Mattos, César	Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação	8-4
Mello, Maria Tereza Leopardi	Defesa da concorrência no setor elétrico	6-5
Meziat, Armando	A defesa comercial no brasil	3-8
Meziat, Armando	A Defesa Comercial no Brasil	4-6
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter -But it Does	4-6

OECD	Suggested Issues for Discussion III SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	Leilões ou Regulação? Onde está o monopolista?	8- 3
Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pereira, Maria João C.	A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico	6-5
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Rainer Geiger	Opening Statement ao III SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Reale, Miguel e Reale Jr.	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Rivière Martí, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Wald, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A. C.	Requerentes	Vol./n.º
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf Gmbh (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração Nº16/94 -Grupo Gerdau - Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinós Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfertil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle Gmbh e Cofap	5-8
08012.002740/98-02	Sherwin Willianmas do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8

135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9
08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
08012.001501/98-01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	5-9
188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasil S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçímicos da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chemical Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequila e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccaim Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Compac e Innova	7-1
29/95	Caraíba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2

08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Products	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
PARECER	SEAE – AMBEV	7-3
PARECER	SDE – AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n.º
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox	2-1

	do Brasil Ltda.	
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A - Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceep	3-11
40/92	Refrio Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio e Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1

156/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitan De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panflor Ind. alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exitó	6-2
08000.001504/95-48	M P dde SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/99	DIRECT X GLOBO	8-6

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol./n.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Quimio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Iris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2

Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de	6-4

Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO N.º 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avançados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4

PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA N.º 39, DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policu - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

“Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”	1-3
<i>"Dumping e Concorrência Externa"</i>	1-3
<i>"Concorrência no Mercosul"</i>	1-3
<i>"Concentração Econômica e a Resolução -1 do Cade"</i>	3-1
<i>II Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	3-6
<i>V Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	7-4
<i>Wordkshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000</i>	7-7
<i>VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência</i>	8-1

I CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA PRÊMIO IBRAC - ESSO

1.º	Paolo Zupo Mazzucato	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
2.º	Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
3.º	Tomás Junqueira de Camargo	O Comércio Eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial	8-2
4.º	Giovani Ribeiro Loss	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo	8-2

		CADE	
5.º	Ricardo Noronha Ingles de Sousa	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
6.º	Cintia Gonzaga Alves	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
7.º	Antonio Carlos Machado de Andrade	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
8.º	Denis Alves Guimarães	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em Prol das Eficiências	8-2
9.º	Lucas Machado Lira	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
10.º	Tatiana Lins Cruz	Defesa da Concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais	8-2
10.º	Diego Goulart de Oliveira Viana	Globalização e Abertura Econômica X Regulamentação de Mercado	8-2

Apoio:



www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br