



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.003048/2001-31

Representante: Associação Neo TV e outras

Advogados: Fernando de Oliveira Marques, João Sarti Júnior, Vicente Bagnoli e outros

Representadas: Globosat Programadora Ltda e Globo Comunicações e Participações Ltda

Advogados: Simone Lahorgue Nunes, José Américo Pereira dos Santos Buentes, José Carlos Benjó e outros

Relator: Conselheiro **Paulo Furquim de Azevedo**

RELATÓRIO

1. REPRESENTAÇÃO

A Associação Neo TV, doravante “Neo TV” (614 TVC Interior S.A., 614 TVG Guarulhos S.A., 614 TVH Vale S.A., 614 TVP Vale S.A., 614 TVT Vale S.A., Antenas Comunitárias de Cambes S/C Ltda, Cabos Serviços de Telecomunicações Ltda, Cabovisão Telecomunicações Ltda, Canbrás TVA Cabo Ltda, CCS-Camburiú Cable System Telecomunicações, Jea Comunicações Ltda, MMDSC Comunicações S.A., Multicabo Televisão Ltda, Ribas & Busnadiogo Ltda, RTV Serviços Telecomunicações Ltda, Sercomtel S.A. - Telecomunicações, Sidy’s Comunicações Ltda, Sunrise Telecomunicações Ltda, Supercabo Caratinga Ltda, Tecsat Vídeo Ltda, Telecomunicações Nordeste Ltda, Teleserv S.A., TV a Cabo Campo Mourão Ltda, TV a Cabo Divinópolis Ltda, TV a Cabo São Luiz Ltda, TV Alphaville Sistema de Televisão por Assinatura Ltda, TV Cabo São Paulo Ltda, TV Filmes Belém Serviços de Telecomunicações Ltda, TV Filme Brasília Serviços de Telecomunicações Ltda, TV Filme Goiânia Serviços de Telecomunicações Ltda, TV Filme Sistemas Ltda, TV Show Brasil S.A., TV Filme Cabo de Uberlândia Ltda, TV Filme Cabo Minas Gerais Ltda, TVA Sistema de Televisão S.A., TVA Sul Paraná Ltda e TVC Vale Ltda) protocolizou, em 11/5/2001, representação com pedido de adoção de Medida Preventiva contra **Globosat Programadora Ltda** (“Globosat”) e **Globo Comunicações e Participações Ltda** (“Globopar”), em razão de supostas práticas anticoncorrenciais capituladas no art. 20, II e IV, c/c art. 21, IV, V, VI, XII e XIII, da Lei nº 8.884/94.

PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.003048/2001-31

A Globosat, empresa programadora, licenciadora e distribuidora de programação para televisão por assinatura, é detentora dos direitos de distribuição do canal esportivo Sportv e de alguns outros canais, tais como Multishow, GNT, GloboNews, Premiere Sports, Premiere Shows, Telecine, Sexy Hot, etc. Essa representada, assim como a Globopar, fazem parte das Organizações Globo, o maior grupo de mídia do país, que atua em televisão aberta, televisão fechada (em todas as tecnologias disponíveis – MMDS/microondas, cabo e satélite/DTH), rádio, jornais, revistas e internet. Para tanto, o grupo possui participação acionária em empreendimentos que envolvem, entre outros, a TV Globo Ltda (rede de televisão aberta), a Net Serviços de Comunicação S.A. (antiga Globo Cabo, detentora de diversos operadores de TV por assinatura), a Sky Brasil Serviços Ltda (antiga Net Sat/Sky, operadora de televisão via satélite/DTH), a Net Brasil (que negocia a compra de programação com fornecedores de todo o mundo e fornece programação para Net Serviços e Sky).

A Globopar, por sua vez, controla a TV Globo e sua estrutura de produção, além de, direta ou indiretamente, várias subsidiárias do grupo nas áreas de televisão por assinatura (como a Globosat, a Net Serviços, a Net Brasil e a Sky Brasil Serviços Ltda), de publicação, de internet e de gravadoras de discos.

A Neo TV, da qual é sócia a Tevecap S/A (“TVA”), empresa ligada ao Grupo Abril, tem como principal premissa a aquisição para seus associados, de forma centralizada, de programação para televisão por assinatura, no intuito de obter ganhos de escala.

Esta representante alegou que as citadas componentes das Organizações Globo foram privilegiadas pelo regime regulatório adotado pelo Brasil, de acordo com o qual: (i) as emissoras de TV aberta podem ser operadoras de TV por assinatura; (ii) as programadoras de canais de TV por assinatura podem permitir que determinado sistema transmita seu canal e outros não, com critérios de exclusividade geralmente por praça (territorial) ou por tecnologia (via satélite, por exemplo); (iii) as operadoras não têm permissão para impor exclusividade territorial.

Segundo a representação, a possibilidade de atuação em ambos os mercados, de TV aberta e fechada, trouxe *ab initio* uma vantagem competitiva para os agentes que já possuíam equipamentos e pessoal alocado para produção em função das operações em TV aberta, além de maior abertura para negociação com fornecedores de eventos. Ao contrário do que ocorreu nos

PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.003048/2001-31

Estados Unidos, essa liberdade teria gerado, aqui, concentração de mercado e, conseqüentemente, problemas concorrenciais.

Diante desse cenário, concluiu a representante que as Organizações Globo puderam usar seu poderio econômico e vantagens estruturais para aquisição de conteúdo exclusivo e de direitos à exibição de diversos programas televisivos, assim como de eventos esportivos, em especial os futebolísticos, para TV por assinatura. Em vista desse privilégio, teriam obtido o controle da distribuição de programação em todas as modalidades existentes de transmissão, por meio da Rede Globo (TV aberta), da TV a cabo e do sistema MMDS (sob a marca Net) e do DTH (sob a marca Sky), comprometendo seriamente a competitividade, em total prejuízo ao mercado e ao consumidor.

Para destacar essa alegada posição dominante assumida pelo grupo da Globo, a denunciante informou que, à época da representação, 48,9% do mercado de serviço de DTH era fornecido pela Sky e que a Net Serviços já despontava como a maior empresa de transmissão a cabo do Brasil, com 1,47 milhão de assinantes, 78% dos cabos e 47% de todos os consumidores de TV paga. Ressaltou, ainda, que o domínio incluía a televisão aberta, representado pela audiência de 50% dos telespectadores e 70% do faturamento dos anúncios comerciais para essa modalidade de mídia em todo o território nacional.

O amparo dessa realidade permitiu, segundo a Neo TV, que a Globosat restringisse o acesso do canal Sportv e, indiretamente, dos eventos esportivos nele transmitidos com respaldo da detenção dos respectivos direitos de transmissão, apenas a operadoras de TV por assinatura a ela coligadas, franqueadas ou afiliadas, seja pela Net ou pela Sky, e de forma limitada à negociação de um pacote de canais. Isso representaria, portanto, a recusa em negociar com as demais operadoras a distribuição daquele produto.

A gravidade da recusa de livre comercialização do Sportv, tal como declarado, decorreria da insubstituíbilidade desse canal no mercado de televisão paga, considerado pela representante como insumo essencial, ou verdadeira *essential facility*, em razão dos eventos exclusivos nele transmitidos. Como agravante, ainda foi citada a aquisição do ESPN Brasil pela Globosat, em outubro de 2000, o maior concorrente do Sportv, o que haveria minado as possibilidades de competição no setor.

PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.003048/2001-31

No entender da denunciante, portanto, a Globosat, em virtude da inexistência de qualquer impedimento legal, pôde cercear ao seu bel prazer as informações esportivas (principalmente futebolísticas) única e exclusivamente aos seus canais, porque detém um incontestável monopólio, adquirido do controle do licenciamento para transmissão de jogos e campeonatos. Para ela, essa seria a única justificativa, inclusive, à existência e ao sustento do sistema *pay-per-view* (pacote seletivo de programação cobrado à parte, exclusivamente oferecido aos assinantes da TV paga). E esse quadro, encenado na representação como ataque à livre iniciativa, à livre concorrência, à função social da propriedade e ao direito ao livre acesso à informação e aos bens culturais, não resultaria de processo natural, muito menos de vantagem competitiva aferida por pura eficiência, mas por condições privilegiadas na competição, poderio econômico e sucessivos processos de concentração econômica.

Nesse sentido, alegando a existência de práticas abusivas contra ordem econômica, disciplinadas no art. 21, IV, V, VI, XII, XIII, c/c art. 20, II e IV da Lei nº 8.884/94, e observando a especial importância que o esporte, notadamente o futebol, representa para o consumidor brasileiro de TV por assinatura, a representante solicitou a aplicação de Medida Preventiva para: licenciamento do canal Sportv aos operadores independentes filiados a Globosat/Net Brasil e a todos e quaisquer operadores de TV por assinatura com interesse em contratar tal licença, em bases justas de mercado; e manutenção do licenciamento dos canais ESPN, sem o esvaziamento de seus conteúdos.

2. INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Em 31 de agosto de 2001, o Secretário de Direito Econômico, no Despacho nº 799 (fl. 1310), acolheu manifestação do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) e decidiu instaurar o presente processo administrativo para apuração de infrações descritas nos incisos II e IV do art. 20 da Lei nº 8.884/94, relacionadas às condutas listadas no art. 21, incisos IV, V, VI, XII e XIII da mesma lei, quais sejam: limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente e adquirente de bens ou serviços; impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo; discriminar adquirentes de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; e recusar a venda de bens ou a prestação de serviços dentro das condições

de pagamento normais aos usos e costumes comerciais. Nesse mesmo despacho também foi negado o pedido de Medida Preventiva.

3. DEFESAS

A Globopar (fls. 1360-1369) preliminarmente contestou sua inclusão no pólo passivo do processo, alegando ser apenas sócia da Globosat, e observou a inépcia da representação, que não teria lhe imputado nenhuma conduta anticoncorrencial, assim como nada lhe requerido.

No mérito, sustentou a licitude da negativa no fornecimento de programação, definindo-a como exercício da autonomia da vontade, suprimindo-lhe de qualquer conotação jurídica de eliminação da concorrência. Definiu a exclusividade como um mecanismo amplamente utilizados no mercado brasileiro e, ao final, requereu sua exclusão da representação e o arquivamento do presente processo administrativo.

Às fls. 1379-1417, a Globosat, por sua vez, ressaltou que a negativa das representadas em fornecer a programação deveria ser vista à luz do princípio da livre iniciativa e que a recusa descrita seria lícita por constituir exercício da autonomia da vontade, a menos que demonstrada existência de prejuízo efetivo à concorrência, o que, acrescentou, não teria ocorrido no caso. Frisou, ainda, que as vinculações contratuais de exclusividade não constituiriam prática abusiva, como supostamente reconhecido na legislação brasileira, européia e na norte-americana, e que todas elas recorreriam ao crivo da regra da razão antes da apreciação de eventual sentido anticoncorrencial.

Em seqüência, foi enfocado na defesa da representada que o conceito de bem ou serviço como estrutura essencial, tal como esposado na acusação, poderia abrir espaço a comportamentos oportunistas (*free-riding*) e que a obrigação de negociar só existiria quando verificado ser o ativo ou insumo indispensável à participação em determinado mercado. Para tanto, seria necessário diferenciar ativos essenciais e ativos que tão-somente aumentariam a competitividade do agente.

Não obstante isso, destacou a Globosat que a recusa de negociação ou imposição de exclusividade nas vendas não objetivaram nem tiveram por efeito o domínio de mercado

relevante de bens ou serviços, apenas representaram uma estratégia comercial respaldada pela lógica de competição no mercado e pela busca de maior eficiência econômica. O tratamento de tal estratégia como conduta abusiva, em seu entender, não poderia prescindir de evidências que a relacionasse à eliminação de todos ou da maioria dos competidores, tal como imperativo na jurisprudência internacional.

A representada ainda desconsiderou a tese salientada na representação de que o canal Sportv constituiria verdadeira *essential facility*, em especial porque a negativa de sua negociação não impediu o surgimento de um grande número de novas operadoras e nem a continuidade dos serviços das distribuidoras de televisão por assinatura já presentes no mercado. Em adição, porque tanto canais especializados em outros gêneros (filmes, documentário, variedades, etc), como canais especializados em esportes disponíveis a quaisquer operadoras, poderiam, segundo ela, servir como produtos substitutos ao Sportv. Por último, porque as concorrentes continuam competindo regularmente no mercado e estariam, inclusive, em franca expansão.

A Globosat alegou que seu acordo com a Net Brasil (que seria uma negociadora e empacotadora de canais) apresentaria uma racionalidade econômica e que o reconhecimento das eficiências daí advindas favoreceriam posteriores parcerias entre empresa e programadoras. Também ressaltou não possuir poder de mercado, uma vez que, segundo ela, há liberdade à entrada de outros concorrentes, da produção de conteúdo até a distribuição de programação, motivo pelo qual defendeu seu direito de decidir sobre as condições de venda do seu produto.

Quanto ao reflexo das operações envolvendo a aquisição dos canais ESPN, a representada declarou que não haveria porque temer a descontinuidade do licenciamento, em especial porque o próprio contrato submetido aos órgãos brasileiros de defesa da concorrência expressamente dispôs que os referidos canais deverão ter a distribuição mais ampla possível.

Por fim, a requereu o arquivamento do processo, com a declaração de improcedência dos pedidos da representante e a denegação da Medida Preventiva.

4. TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

Às fls. 2602-2603, a Globosat apresentou petição manifestando interesse em buscar uma solução conjunta com a representante e pôr bom termo ao processo. Diante disso, em 7 de outubro de 2005, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) considerou a possibilidade da implementação de um Termo de Compromisso de Cessação (TCC), ressaltando (fl. 2619):

“Assim, a SDE, tendo em vista o propósito da representada na busca efetiva de uma solução consensual do problema concorrencial trazido na denúncia, a eliminação do ônus da instrução deste processo para a SDE, a efetividade imediata inerente a soluções negociadas, com eliminação de possibilidade de recursos administrativos e judiciais e, por fim, a possibilidade de criação conjunta de soluções detalhadas para o problema cuja implementação unilateral por esta SDE não seria viável, entende-se que a negociação do TCC atende à conveniência desta Secretaria, em seu exercício tutelar da livre concorrência e dos direitos dos consumidores, e também da Administração Pública, na busca de soluções mais eficientes para os conflitos postos para sua apreciação.”

Várias reuniões foram então realizadas entre as interessadas e a SDE, mas como não chegaram a um acordo, foi dado seguimento ao processo.

5. NOTAS TÉCNICAS

5.1. SEAE

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), às fls. 1776-1914, iniciou sua análise com a divisão dos mercados relevantes, na dimensão do produto, em mercados de origem e mercado alvo. Para tanto, considerou que os canais de esportes representariam uma categoria à parte na montagem de pacotes para televisão por assinatura, por serem cruciais ao sucesso de uma operadora na manutenção e conquista de clientes. Enfatizou, ainda, que tais produtos não seriam substituíveis por canais de outros gêneros, assim como os com foco em eventos nacionais não seriam substituíveis por aqueles voltados a eventos internacionais.

Em função disso, delimitou como mercados de origem: (i) comercialização de canais esportivos com foco em eventos esportivos nacionais para o mercado de televisão por assinatura; (ii) aquisição de direitos de transmissão de torneios regulares de futebol “nacional”

(que se realizariam anualmente e com participação de times nacionais) para televisão por assinatura, e de aquisição de direitos de transmissão de outros eventos esportivos para televisão por assinatura. O mercado alvo, por sua vez, foi definido como o de distribuição de serviços de televisão paga, nas tecnologias cabo, MMDS e DTH.

Quanto à dimensão geográfica, ambos os mercados relevantes de origem foram identificados como sendo de âmbito nacional. O mercado alvo, entretanto, em razão da limitação do leque de escolhas dos consumidores em relação às tecnologias de distribuição de sinais no Brasil (cabo, MMDS e DTH), nos aspectos técnico e regulatório, foi definido como local, entendendo-se como tal as áreas territoriais dos municípios. Isso porque o alcance é limitado, normalmente a um município, para os sinais de cabo e MMDS, serviços de TV por assinatura adquiridos por concessões públicas; e nacional para a transmissão DTH, sujeita à permissão pública.

Nos mercados relevantes de origem, a Secretaria detectou condições para exercício de poder de mercado por parte da Globosat, em função de sua posição dominante ou participação próxima a 100%, delimitada pelo domínio dos principais canais de esporte: Sportv e ESPN Brasil. O canal Bandsports, que seria, segundo a nota técnica, o único concorrente destes, por não possuir como estratégia a aquisição de direitos de transmissão dos principais eventos esportivos nacionais, não representaria, de acordo com a avaliação feita, obstáculo à liderança da representada. Para a SEAE, tanto no mercado de aquisição de direitos de transmissão de torneios regulares de futebol nacional para TV por assinatura, quanto no de aquisição de direitos de transmissão de outros eventos esportivos, a Globosat deteria posição monopsônica, sendo a única adquirente desses direitos no Brasil.

Em relação ao mercado relevante alvo, verificou que, em 2002, 61% do mercado nacional de TV paga era detido pelo grupo Net Brasil (Net Serviços, afiliadas Net Brasil e Sky), bem como que esse grupo estaria presente em 495 municípios do Brasil, ou seja, em 54,6% do total de domicílios do país. Por outro lado, apenas 45,4% deles seriam servidos exclusivamente por DTH. Nesta tecnologia, a participação de mercado da Sky abrangia, aproximadamente, 61% no território nacional. A partir das informações retratadas, a Secretaria concluiu existir possibilidade de utilização de poder de mercado para práticas anticoncorrenciais.

Evidenciado isso, iniciou uma avaliação sobre a probabilidade de exercício de poder da representada nos mercados de origem e logo descartou as importações como forma de inibição de tal exercício, uma vez que canais esportivos internacionais não foram considerados substitutos do Sportv e do ESPN Brasil. Inferiu a SEAE que esses dois canais, como representantes do próprio mercado, igualmente representariam o monopólio da Globosat e, por isso, não haveria efetividade da rivalidade como forma de impossibilitar o exercício de poder da empresa.

Seguindo essa linha, foram avaliadas as condições de entrada no mercado de novos canais esportivos “nacionais”, identificadas pela Secretaria as seguintes barreiras: custos irre recuperáveis relevantes, relacionados principalmente, mas não somente, a gastos com publicidade e promoção; acesso aos direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais, dificultado pelas cláusulas de exclusividade existentes nos contratos dos principais eventos adquiridos pela Globosat e pelas *english clauses*; acordos de exclusividade de distribuição dos canais Globosat entre esta e a Net Brasil, fazendo com que os canais esportivos nacionais concorrentes do Sportv e do ESPN Brasil tenham dificuldade em alcançar uma distribuição mínima que viabilize a sua entrada no país; grau de verticalização do mercado de TV paga, com as Organizações Globo participando de todas as etapas da “cadeia de produção” de forma dominante; compra conjunta de direitos de transmissão de eventos esportivos para diversas janelas de exibição (TV aberta, TV paga, *pay-per-view*).

Em relação à probabilidade da entrada, a análise concluiu pela dificuldade de acesso aos mercados de origem, tendo em conta principalmente os resultados líquidos negativos obtidos pelos canais Sportv e ESPN Brasil e as oportunidades de venda existentes no mercado.

Quanto à suficiência da entrada, a Secretaria julgou improvável que um novo canal esportivo *premium*, sem garantia de distribuição pelas operadoras filiadas da Net Brasil, pudesse entrar nesse segmento e reduzir a probabilidade de exercício do poder de mercado da Globosat. Para exemplificar, citou a entrada do canal Bandsports em 2002, que não foi suficiente para minimizar o poder do Sportv e do ESPN Brasil, exatamente porque seus clientes não o vêem como um substituto adequado desses canais, em especial por não possuir direitos de transmissão dos principais torneios de futebol com participação de times nacionais.

PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.003048/2001-31

No que tange, portanto, ao mercado brasileiro de canais esportivos nacionais para TV por assinatura, tendo em vista os argumentos traçados, concluiu a SEAE que a Globosat, detentora de posição dominante, não apenas pode exercer seu poder de mercado, como possui elevada probabilidade de, efetivamente, abusar de sua posição.

Da mesma forma, no mercado de origem de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais para TV por assinatura, a entrada também não foi considerada fácil pela Secretaria, ou seja, tempestiva, provável e suficiente. Entre as barreiras, afora as já citadas, ressaltou a força das Organizações Globo na aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos e os contratos de exclusividade e de longo prazo negociados para distribuição em suas plataformas de TV aberta e paga, grande parte com a inclusão de *english clauses*.

A SEAE afirmou, ainda, que as poucas entradas de concorrentes da Net Brasil não foram suficientes para reduzir significativamente o poder de mercado detido por ela no território brasileiro e que, no geral, o mercado de serviços de TV por assinatura estaria estagnado, haja vista o número reduzido de concessões efetivadas pela ANATEL.

Concluído pela probabilidade de exercício de poder de mercado por parte da representada, decorrente de uma posição quase monopolista nos mercados de origem e de posição monopsônica no mercado alvo, a Secretaria passou à análise da conduta, a fim de confirmar se poderia ser considerada abusiva. Segundo constatou, tais posições dominantes não teriam sido alcançadas exclusivamente pelo critério da eficiência, mas em razão principalmente da alavancagem do poder de mercado adquirido pela Globosat nos segmentos de aquisição de direitos esportivos e de canais esportivos *premium* para o mercado *downstream*, qual seja, o de prestação de serviços de TV por assinatura. Por sua vez, esse poder haveria resultado de negociações conjuntas entre TV aberta e fechada para obtenção de direitos de transmissão de eventos esportivos, de modo a tornar a capacidade de barganha das Organizações Globo incomparável.

De acordo com a nota técnica ora descrita, a exclusividade do canal Sportv e, em especial, de programação esportiva *premium*, acaba por afetar de forma negativa o ambiente concorrencial no setor. Diferente do que ocorreria com canais de filmes e de jornalismo que, assim como os de esportes, são considerados pela jurisprudência internacional como *pay tv drivers*, ou seja, orientadores da escolha de determinada operadora pelo assinante, a livre

concorrência restaria afetada apenas na esfera de canais esportivos e de programação esportiva *premium*. Isso porque a Globosat, por meio do Sportv e do sistema *pay-per-view*, concentraria toda a demanda no mercado relevante, gerando desequilíbrio concorrencial e prejuízos ao consumidor final. A importância desses itens, para a SEAE, estaria refletida na própria propaganda da Net e da Sky, pois ambas destacam o caráter exclusivo de suas transmissões esportivas, e até mesmo pelo sucesso das vendas pelo sistema *pay-per-view*. Por essa razão, indicou haver o risco de a TV aberta transmitir cada vez menos jogos, em privilégio da TV paga, estratégia que jamais poderia interessar ao consumidor.

Em contraposição, a Globosat alegou que a comercialização centralizada dos canais possibilita a obtenção de uma série de eficiências, como a otimização dos recursos, com redução de custos e melhoria da qualidade do sinal distribuído pelas operadoras afiliadas; a viabilização de ações conjuntas e recíprocas de *marketing* e de divulgação, permitida pelo modelo de parceria adotado entre canais e operadoras; a padronização e otimização do uso dos espaços publicitários, resultante da coordenação entre as operadoras e responsável pela exposição mais eficiente aos anunciantes.

A Secretaria, entretanto, entendeu que as eficiências alegadas não foram suficientemente detalhadas ou demonstradas pelas representadas e observou que grande parte delas deriva do modelo de negócios adotado pelas Organizações Globo, e não da recusa em negociar o Sportv. Além disso, argüiu que as cláusulas constantes dos contratos de distribuição de programação firmados entre a Globosat e a Net Brasil traduziriam uma recusa em negociar, sem objetivos de alcance das eficiências alegadas, mas sim da pura conquista de *market share*, bem como sua manutenção, em detrimento da competição do setor e, conseqüentemente, dos consumidores atuais e potenciais desses serviços. Dessa realidade, não avistou qualquer favorecimento capaz de neutralizar os efeitos líquidos negativo causados ao bem-estar social.

Para corroborar esse entendimento, a SEAE destacou que a própria redução da oferta de jogos dos principais eventos esportivos nacionais pelo Sportv, proporcionalmente ao aumento das transmissões via *pay-per-view* e das vendas por esse sistema, por si só demonstrariam a ineficiência derivada do modelo de exclusividade imposto pela Globosat, de modo a eliminar qualquer outro possível benefício que viesse a justificar tal conduta. Como exemplo da prejudicialidade ao consumidor, lembrou que até o final da década de 90, quando

havia competição entre o Sportv e o ESPN Brasil, todos os assinantes de TV paga no Brasil tinham acesso aos principais eventos esportivos e podiam escolher livremente por sua operadora de preferência.

Pelos motivos aqui brevemente expostos, a Secretaria concluiu que a política de exclusividade pode servir ao propósito de garantir o domínio de mercado e de evitar que outros concorrentes consigam se expandir no mercado, de modo a causar efeitos anticoncorrenciais. Desta forma, considerou que a Globosat e, subsidiariamente, a Globopar (por esta possuir influência dominante e/ou relevante sobre a Net Brasil, a Net Serviços, a TV Globo e a Sky Brasil Ltda, empresas que participam, direta ou indiretamente, da conduta imputada àquela), infringiram os incisos IV, V, VI, XII e XIII do art. 21, ao possibilitarem os efeitos dos incisos I, II e IV do art. 20, e recomendou ao CADE:

- i. aplicação das penalidades cabíveis;
- ii. determinação da publicação de extrato da decisão condenatória em jornal de grande circulação;
- iii. determinação de comercialização do canal Sportv, por cinco anos, em bases não discriminatórias e sem exclusividade, com qualquer operadora de TV por assinatura ou “associação de operadoras”;
- iv. determinação de quebra de todas as cláusulas de exclusividade dos contratos relacionados ao futebol profissional brasileiro atualmente em vigor para as janelas de exibição TV por assinatura e *pay-per-view*, e também de todas as cláusulas de renovação privilegiada (*english clauses*);
- v. proibição à Globosat de adquirir, por cinco anos, com exclusividade e com cláusulas de renovação privilegiada, qualquer direito de transmissão de eventos esportivos relacionados ao futebol profissional brasileiro para as janelas de exibição TV por assinatura e *pay-per-view*;
- vi. limitação a dois anos dos contratos de transmissão dos eventos citados no item anterior;
- vii. proibição de inclusão de cláusulas de renovação privilegiada em qualquer contrato de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos,

sem limite de prazo, para as janelas de exibição de TV por assinatura e *pay-per-view*, além da determinação de quebra dessas cláusulas em todos os contratos dessa natureza atualmente em vigor.

5.2. SDE

A Secretaria de Direito Econômico (SDE), às fls. 2818-2870, definiu o mercado relevante de origem, de acordo com os dados obtidos na instrução da SEAE, como o de comercialização de canais especializados em programação esportiva nacional para TV por assinatura, na dimensão geográfica nacional. Desconsiderou em seu parecer, entretanto, o mercado de aquisição de direitos de transmissão, por ultrapassar o objeto do presente processo e porque condutas especificamente relacionadas a essa questão estão sendo investigadas em autos próprios.

Em relação ao mercado relevante alvo, a SDE acompanhou integralmente a definição da SEAE, nas dimensões produto e geográfica. Também o fez em relação à conclusão pela probabilidade de exercício de poder de mercado por parte das representadas, considerando a supremacia do Sportv sobre os demais canais de programação esportiva nacional, as significativa barreiras à entrada e o descarte das importações.

Quanto aos efeitos da exclusividade do Sportv e do sistema *pay-per-view*, a SDE observou que, face à interdependência entre os assinantes do serviço de TV por assinatura, de um lado, e dos programadores de canais, de outro, um maior número de assinantes em uma operadora tenderia a atrair mais programadores para essa via de distribuição, em um modelo circular capaz de provocar dependência por parte dos assinantes e de produtores de conteúdo em relação a uma única operadora. Essa realidade, aliada aos elevados custos de mudança para os consumidores acessarem programação de outra operadora de que ainda não são clientes, tornaria, segundo a Secretaria, a comercialização das programações consideradas *pay-tv drivers*, de forma exclusiva, como possivelmente prejudicial aos consumidores.

Em análise de dados estatísticos trazidos aos autos, a SDE notou que os principais consumidores atuais e potenciais de serviços de TV paga seriam os homens adultos (acima de 25 anos), que responderiam por, respectivamente, 71% (homens) e 89% (adultos) da titularidade

desses serviços. Citou, ainda, que os homens representariam 74% da audiência de programação esportiva transmitida em TV por assinatura e que, para eles, pacotes com falhas nesse tipo de programação tendem a ser considerados incompletos.

Além dessa inferência sobre a importância dos canais esportivos para o principal grupo consumidor em TV paga, a SDE ainda lembrou que, de acordo com o Ibope, em julho de 2003 o Sportv foi considerado como o terceiro canal fundamental para a manutenção da assinatura, atrás da Rede Telecine e da Globonews. De acordo com a mesma pesquisa, para os assinantes do sistema TVA, ou seja, para os que não dispunham daquele canal, o Sportv ficou mais bem posicionado em relação aos outros dois retrocitados.

No entender da Secretaria, que separou TV aberta e fechada como setores complementares, principalmente pelas diferenças de tipos de programação e de qualidade, os canais jornalísticos e de filmes possuiriam substitutos. O contrário ocorreria com os canais esportivos, que formariam com aqueles o conjunto mais assistido, porque no que tange à programação esportiva não existiria concorrência efetiva capaz de corrigir a exclusividade imposta do canal Sportv.

A SDE destacou que, mesmo com as exigências analisadas, a evolução das bases de assinantes da Net e de suas concorrentes em diversos municípios demonstraria o crescimento das operadoras ligadas às representadas e a queda das concorrentes. No geral, as participações de mercado das operadoras relacionadas ao sistema Sky/Net, conforme dados expostos pela Secretaria, viriam crescendo, em detrimento das prestadoras do serviço de TV por assinatura associadas a Neo TV. Tal fato foi considerado uma demonstração de que a ausência da programação esportiva nacional na grade de canais das concorrentes, em adição à relevância do canal Sportv e do sistema *pay-per-view*, em especial para jogos do campeonato brasileiro de futebol, estaria trazendo efeitos anticoncorrenciais ao mercado.

Na modalidade de serviços de TV paga via satélite, ou DTH, constou na argumentação da SDE que a Directv manteve seu percentual de participação de mercado e que sua concorrente, a Sky, passou de 12 para 20% entre junho 1998 e setembro de 2003.

Assim, avistados os efeitos prejudiciais, a Secretaria passou a descartar as alegações de eficiência. Quanto à idéia de garantia do canal como forma de distribuição e

escoamento das produções da Globosat, argumentou que, como esta empresa já faz parte de estrutura empresarial verticalizada, a exclusividade do Sportv e do *pay-per-view* seria desnecessária. Quanto à alegação de garantia do retorno dos investimentos feitos no canal e da valorização do mesmo, acrescentou que a estratégia natural de grande parte das programadoras independentes tem sido de abertura dos sinais a todas as operadoras com desejo de exibi-lo, no intuito de obter lucratividade por meio do alcance da maior base possível de assinantes.

Com isso, concluiu que a exclusividade em favor das operadoras ligadas ao grupo Sky/Net teria o condão de causar impactos anticoncorrenciais no mercado de prestação de serviços de TV paga, com prejuízos efetivos aos consumidores. Entendeu, portanto, que a Globosat deveria ser obrigada a comercializar os canais Sportv e Sportv 2, assim como o sistema *pay-per-view* (canais *premiere* esportes), em condições não-discriminatórias, a todas as operadoras de TV por assinatura, a fim de restabelecer o equilíbrio concorrencial do mercado. Para contratação desses canais, sugeriu os seguintes parâmetros, aplicáveis por igual a terceiros e às operadoras afiliadas a Net:

- i. grau de penetração da programação na base de assinantes da operadora de TV por assinatura;
- ii. volume de assinantes pagantes dos canais Globosat constante da base da operadora de TV por assinatura;
- iii. forma de empacotamento, assim entendida como o conjunto de canais agrupados em camadas em função de seu preço final aos assinantes e taxa de penetração;
- iv. prazo de duração do contrato;
- v. posicionamento do canal no *line-up* da operadora;
- vi. custos de entrega da programação, assim entendido como o valor despendido pela programadora para distribuição do sinal audiovisual às operadoras;
- vii. risco de crédito;
- viii. forma de pagamento;
- ix. custos relativos à tecnologia empregada.

Por fim, a SDE sugeriu a exclusão da Globopar do pólo passivo e a condenação da Globosat, em virtude das infrações previstas no art. 20, II e IV, c/c art. 21, IV, V, VI, XII e XIII, ambos da Lei nº 8.884/94.

6. OUTROS DOCUMENTOS DE DEFESA

Após a juntada do parecer da SEAE ao processo e aberto prazo para produção de provas, a Globosat, às fls. 2181/2208, apresentou algumas considerações, argumentando em síntese que:

- a SEAE analisou o processo administrativo como se fosse um ato de concentração, ou seja, sem provar, *in concreto*, que houve infração contratual, recomendando a condenação com base na mera possibilidade de abuso de poder econômico;
- a comprovação da conduta como anticompetitiva seria absolutamente necessária, ao revés da exigência de mera possibilidade de abuso, a fim de impedir a punição de condutas *per se* no ordenamento brasileiro e a exclusão do princípio da razoabilidade;
- a investigação de outras relações (como a de programadoras e os detentores originários de direitos de transmissão de filmes, esportes, etc) estaria interferindo no objeto de diverso processo administrativo, uma vez tratar o presente única e exclusivamente de investigação acerca da forma como é negociado o canal Sportv;
- a ausência do Sportv no *mix* de canais da TVA e da Directv não haveria inviabilizado a concorrência, visto não ter alterado, nos últimos anos, as participações no mercado das operadoras que dispõem e das que não dispõem do canal;
- o fato de a TVA ter conseguido crescer oito vezes mais que a Net em um período de cinco anos em uma praça importante como a de São Paulo demonstraria não ter havido eliminação de concorrência;
- as operadoras do sistema Net possuiriam menor número de assinantes que as concorrentes em localidades diversas e em apenas algumas cidades haveria uma liderança das mesmas, bastante fraca;

- o canal Sportv não poderia ser considerado fundamental, apenas uma vantagem competitiva, uma vez que no mercado de TV por assinatura seria o pacote o responsável por seduzir o consumidor e, ainda, que existiria substitutibilidade entre diferentes canais, inclusive de gêneros distintos, para a composição do *mix* de cada operadora, de acordo com os diferentes gostos do consumidor;

- os canais esportivos não estariam em primeiro lugar na lista dos mais assistidos pelos consumidores atuais de TV por assinatura e que, entre os consumidores potenciais, o tipo de programação assistida não incluiria, em primeiro lugar, as transmissões esportivas;

- a liberdade de escolha seria afetada se todos os canais apresentassem a mesma programação ou se todas as operadoras apresentassem os mesmos canais;

- os precedentes estrangeiros pouca valia trariam às autoridades brasileiras, em razão das características muito díspares dos mercados: nos EUA existiria, por força de lei, monopólio local nas operações terrestres (cabo e MMDS); na Europa, quase não se transmitiriam jogos de futebol na TV aberta, ao contrário do Brasil, em que o futebol na televisão por assinatura teria importância muito menor em relação à Europa, porque os mais importantes jogos seriam veiculados pela TV aberta;

- não haveria necessidade de se avaliar eficiências, porque a conduta investigada não configuraria abuso de poder econômico ou qualquer prática anticoncorrencial.

Em sequência, às fls. 2213-2260, foi juntado pela Globosat parecer do Prof. Celso Fernandes Campilongo. Ele argumentou ser perfeitamente lícito, desde que as liberdades econômicas (livre iniciativa, liberdade de contratar e livre concorrência) não fossem afetadas, causar dano aos concorrentes. Ponderou como ilícito, entretanto, a atitude de valer-se de representação sobre conduta em um determinado mercado – exclusividades na aquisição de canais que integram pacotes – para tentar, por via transversa, intervir em comportamentos oriundos de outro mercado – o de venda de direitos televisivos com exclusividade. De acordo com sua análise, o foco central do problema exposto pela representante seria o mercado de venda de direitos televisivos, recaindo o pedido sobre o sinal do Sportv por mera contingência.

Em relação à manifestação da SEAE sobre o caso, o professor ressaltou que a Secretaria deveria ter verificado qual o impacto da exclusividade de um canal-chave na concorrência entre pacotes, e não o impacto desta exclusividade na suposta competição entre canais rivais substitutos. Para ele, não importaria a apreciação da substituíbilidade entre canais, mas sim a substituíbilidade entre conjunto de canais, pois aquela seria útil para verificar a competitividade dos *players*, não para identificar práticas lesivas à concorrência. Considerou, inclusive, que as exclusividades dos “canais temáticos” constituiriam - na segmentação do mercado a partir da simples constatação da existência de canais com gêneros diversos e com pesos competitivos distintos - ilícitos *per se*.

Na definição de submercado empreendida pela SEAE, conforme explanou, “comercialização de programas esportivos” teria, no máximo, uma função didática, já que não pautada em sólidos critérios microeconômicos que justificassem a sua existência. A definição de mercado mais restrito só faria sentido, de acordo com ele, em se tratando da venda de direitos sobre transmissão de eventos esportivos, só que o presente processo não alcançaria os protagonistas desses eventos e nem a relação travada entre eles e os compradores de direitos de transmissão.

Acrescentou o parecerista que, se a SEAE reconheceu ao menos a existência de indícios de concorrência entre programadores, ainda que não tão claros tais indícios, caberia afirmar que existe séria possibilidade de desenvolvimento de uma alternativa competitiva ao Sportv pelos atuais programadores que não oferecem canais de esportes.

Segundo sua análise, os efeitos de equalização entre os conjuntos de canais de cada pacote concorrente, provocados pela liberação compulsória do sinal do Sportv ou de qualquer outro canal, seriam deletérios aos clubes organizadores. Isso porque passariam a oferecer um produto menos valioso aos programadores e operadores televisivos, que perderiam o estímulo competitivo da diferenciação dos itens ofertados. Também o seria aos assinantes e consumidores da TV fechada interessados em competições futebolísticas, visto que, com menores receitas, as equipes e os torneios tenderiam ao enfraquecimento.

O compartilhamento, para o professor, impactaria negativamente a receita do canal Sportv, comprometendo sua própria capacidade de investir na melhora de sua

programação, de modo que, com o tempo, o canal perderia a sua razão de existir e as operadoras restariam obrigadas a investir em novos canais-chave temáticos para atrair outras assinaturas.

Afora isso, notou que a obrigatoriedade de contratar, de forma discriminatória, criaria a certeza, para o operador rival, de que não mais precisaria investir em novos canais esportivos para rivalizar com seu concorrente. Essa obrigatoriedade do fornecimento do canal importaria o fim do desejado equilíbrio no mercado de TV por assinatura. Em vistas dessas conseqüências, afirmou que a solução da SEAE ignorou o fato de que as eficiências geradas pelo não-compartilhamento seriam superiores aos custos decorrentes do compartilhamento.

De acordo com sua exposição, a exclusividade traria efeitos pró-competitivos, como admitido em diversas normativas antitruste, acirrar a competição entre programadoras e operadoras e, para a Globosat, permitiria minimizar riscos, melhorar a qualidade e garantir o valor de seu produto. Representaria, assim, uma estratégia de comercialização, distribuição e planejamento de investimentos. Ademais, as exclusividades agiriam como pólo de atração de novos canais e como garantia de que os canais atuais gozem dos frutos dos seus investimentos, por estarem protegidos, naquele empreendimento, da presença de concorrentes. Em seu entender, pela natureza jurídica das relações travadas entre operador e programador, a cláusula de exclusividade poderia, inclusive, ser considerada como uma convenção de não-concorrência, a valer enquanto existente a parceria.

O professor ainda argumentou que, com a decisão de impor fim à exclusividade, o canal Sportv passaria a ter o status de *public utility*, requerendo-se o seu compartilhamento e a regulação do seu preço. No entanto, destacou que a definição dos *standards* para precificação seria tarefa que extrapolaria o âmbito concorrencial, uma vez não se tratar o direito antitruste de regulador. Nesse ponto, frisou que existe clara diferença entre adjudicação da concorrência e política regulatória anticoncorrencial, pautada na elaboração de regras prévias, visando à implementação de competição nos mercados. A adjudicação da concorrência não poderia, para ele, prescindir da análise dos efeitos anticompetitivos de determinada conduta, por isso a necessidade de que fosse demonstrado o impacto anticoncorrencial da exclusividade no mercado de TV por assinatura.

7. ALEGAÇÕES FINAIS

A representada Globopar apresentou alegações finais (fls. 2874-2879), enfocando que, durante todo o andamento do processo, as suposições de possíveis práticas anticoncorrenciais atribuíveis a ela não foram comprovadas e que o relatório da investigações realizadas em sede do presente feito não apontaram absolutamente nenhum elemento que pudesse caracterizar a empresa como partícipe ou co-partícipe da prática sob exame.

Destacou, ainda, que somente a partir de agosto de 2005 passou a ter alguma atividade operacional, pois até então não produzia insumos de programação de TV por assinatura, tampouco adquiria direitos sobre eventos esportivos ou cedia tais direitos a empresas do sistema Net ou a quaisquer outras.

A Globosat, por seu turno, em sede de alegações finais (fls. 2792-2817) argumentou em suma que:

- a nota técnica da SDE, ao analisar a prática denominada *pay-per-view*, teria ultrapassado os limites demarcados no despacho instaurador do processo administrativo, ferindo os princípios da ampla defesa e do contraditório;
- a SDE estaria extrapolando o objeto do processo ao mencionar o acervo dos direitos esportivos detidos pela Globosat e transmitidos pela Sportv, confundindo o canal e os eventos de esporte nele veiculados;
- haveria contradição entre concordar em negociar um TCC e, encerradas as negociações sem um resultado satisfatório, declarar concluída a instrução, à míngua de qualquer nova diligência ou elemento juntado aos autos, e sugerir a condenação;
- não existiria qualquer dado de mercado a dar suporte à suposição de que algum canal atualmente disponibilizado pelo mercado brasileiro poderia ser considerado essencial, pelo contrário, as pesquisas feitas com os consumidores mostrariam que as preferências individuais estariam distribuídas entre inúmeros canais, mas nenhum desses, apesar de importantes, chegaria a ser indispensável;
- os canais de TV aberta, apesar de não serem especializados, também atenderiam, e muito bem, a necessidade dos assinantes no que tange à programação esportiva e,

portanto, uma definição de mercado relevante que os desconsiderassem representaria uma falha gravíssima;

- os “direitos esportivos” seriam de titularidade dos organizadores do evento e não do canal, de forma que, se hoje o Sportv transmite os jogos de determinado campeonato, amanhã poderia ser outro canal diferente, razão pela qual o interesse gerado por tais eventos não se traduziria em poder de mercado do canal;

- o simples fato de existirem praças nas quais a operadora que não dispõe do Sportv ter mostrado um desempenho melhor, já seria indicativo de que o referido canal não se enquadraria como essencial, tampouco determinante na dinâmica competitiva entre as operadoras;

- nas praças onde o desempenho da operadora credenciada ao sistema Net teria sido melhor, caberia considerar que (a) tiveram crescimentos percentuais significativos justamente porque partiram de uma base sem assinantes; (b) em muitas praças a base de assinantes das operadoras associadas à Neo TV seria, numericamente, muito maior do que a base das credenciadas ao sistema Net; (c) uma parte significativa da base dessas operadoras seria composta por assinantes de pacotes que não incluiriam o Sportv; e (d) a diferença entre as curvas de crescimento da base de assinante não seria suficientemente díspare a ponto de permitir a conclusão de que uma delas estaria sendo, mesmo ao longo termo, excluída do mercado;

- na análise da SDE não teria sido levada em conta a concorrência exercida pelas operadoras satelitais, influenciando diretamente o desempenho das operadoras terrestres;

- o espaço deixado nas operadoras associadas à Neo TV em decorrência da exclusividade dos canais Globosat teria tornado-se um estímulo fundamental a que a Bandeirantes criasse os canais Bandnews e Bandsports para concorrer, respectivamente, com os canais Globonews e Sportv, de modo a fomentar a concorrência e a gerar bem-estar aos consumidores.

Diante do exposto, a Globosat requereu o arquivamento do processo.

Em seu parecer, a SDE teceu algumas considerações sobre essas alegações finais, destacando, a princípio, que a inclusão do canal *pay-per-view* teria caráter instrumental, de garantia da eficácia da investigação, e que não faria sentido limitar a imposição de licenciamento

ao Sportv, sabendo-se que a representada detém outros canais esportivos, por meio dos quais ela já transmite parcela considerável de seu acervo de eventos esportivos e para os quais poderia remanejar aqueles atualmente transmitidos pelo Sportv.

Sobre a menção feita à suposta transposição do objeto do processo, a Secretaria destacou que a referência aos direitos esportivos detidos pela Globosat e transmitidos pelo Sportv representaria apenas uma constatação do fato de que tal canal desfruta de um conteúdo superior e diferenciado em relação a seus concorrentes.

Ainda esclareceu que a declaração da conveniência da celebração do TCC teria sido apenas o reconhecimento de que, àquela ocasião, se tratava de uma alternativa vantajosa para a conclusão do caso, e não a constatação da insuficiência incontornável da instrução processual até então levada a cabo.

Quanto à sugestão de ampliação do mercado relevante, a SDE a desconsiderou, visto que nenhum canal esportivo poderia oferecer efetiva concorrência ao Sportv e porque a inclusão de diversos canais não esportivos ignoraria as preferências dos assinantes pela variação de programação e a importância dada aos mesmos por canais esportivos.

A Secretaria também voltou a destacar que o conteúdo transmitido pela TV fechada seria diferente – complementar – ao oferecido pela TV aberta, descartando a idéia de programação concorrente entre eles, razão pela qual considerou os canais esportivos como chamarizes de assinantes.

Em adição, a SDE observou que na concorrência voltada à comercialização dos canais de TV paga, a opção entre asadoras para os potenciais assinantes interessados em programação não esportiva seria mais flexível, enquanto que, para os potenciais consumidores interessados em esportes, restariam como única escolha asadoras ligadas ao sistema Net/Sky.

Sobre a análise da evolução da base de assinantes dasadoras por município, verificou a Secretaria que, até mesmo naquelas praças cuidadosamente selecionadas pela representada para supostamente demonstrar a ausência de efeitos anticoncorrenciais decorrentes da exclusividade de seus canais desportivos, poderia ser observado um padrão de elevação de poder de mercado dasadoras Net, então recém-entrantes nessas praças. Como conclusão de

toda essa avaliação, a SDE manifestou-se pela manutenção da sugestão de condenação anteriormente esposada. Também ressaltou que a ilegitimidade passiva da Globopar deveria ser acatada, uma vez não identificada nenhuma conduta que pudesse ser diretamente atribuída a ela.

8. REQUERIMENTO DE MEDIDA PREVENTIVA

Em anexo aos autos deste processo, consta pedido de Medida Preventiva impetrado pela Neo TV neste Conselho, em 12/2/2006, considerando os termos do art. 9º, IV, da Lei nº 8.884/94. Neste documento, a impetrante solicitou a determinação, em regime de urgência, dos seguintes itens: imediata cessação da exigência de exclusividade para distribuição dos canais Sportv, Sportv 2 e Premiere Esportes (*pay-per-view*); imediata liberação desses mesmos canais, de forma individual, ou seja, independente da aquisição de outros conteúdos não portadores de relevância concorrencial; ajustamento do preço ao final do processo administrativo e observância do sistema de repartição de receitas, ou *revenue share*, no que tange ao *pay-per-view*.

9. DEMAIS PEÇAS JUNTADAS AOS AUTOS

A Neo TV, na data de 17/1/2006, protocolizou petição (fls. 2936-2941) requerendo a conexão destes autos com os Atos de Concentração nºs. 53500.002423/2003 e 53500.029160/2004, ambos de relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, o que foi denegado por meio do Despacho Gab PFA nº 005/2006.

Em 6/3/2006, a representante apresentou Pedido de Reconsideração (fls. 3001-3053) referente à decisão sobre o mérito da conexão, enviado à manifestação da ProCADE.

Na seqüência, foi promovida uma diligência conjunta em São Paulo, relativa ao presente processo e aos atos de concentração citados, realizada durante os dias 9 e 10 de março de 2006. O relatório dessa diligência foi anexado os autos, assim como todos os documentos então distribuídos, em volume confidencial.

PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.003048/2001-31

Às fls. 3110-3140, consta requerimento da Neo TV para determinação de preferência na análise e decisão deste processo administrativo em detrimento dos atos de concentração que, em seu entender, a ele seriam conexos.

Como resposta à solicitação constante do Ofício nº 0913/2006/CADE, a Globosat apresentou documentação com especificações sobre os contratos vigentes que firmou sobre direitos de transmissão do campeonato brasileiro e de campeonatos regionais.

No dia 8/5/2006, a mesma representada (fls. 3239-3240) declarou nos autos que não detém nem nunca deteve participação societária, tampouco qualquer tipo de ingerência no canal ESPN Brasil, que, segundo ela, deve ser tido como efetivo rival e concorrente do Sportv.

A Neo TV, na data de 11/5/2006, apresentou comentários a respeito do parecer da Procuradoria-Geral do CADE. Nessa peça, argumentou que o problema concorrencial, no caso, estaria limitado apenas ao mercado alvo, ou seja, de distribuição de conteúdo esportivo concorrencialmente relevante para televisões por assinatura. No mesmo sentido, ressaltou que, face aos estritos limites materiais jurídico-econômicos do presente processo, não caberia estendê-lo ao mercado de aquisição de direitos para cobertura/captação de eventos esportivos, já acobertados em autos distintos.

Na seqüência, destacou que a quebra da exclusividade na aquisição de conteúdo e a eliminação das cláusulas de renovação privilegiada nos contratos de aquisição de direitos sobre eventos esportivos ultrapassaria os limites do universo material do processo em estudo e representaria intervenção abrupta em toda a cadeia industrial. Como resultado, previu a desestruturação de relações contratuais construídas em todos os níveis dessa cadeia, advinda de solução de difícil implementação e que poderia trazer mais crise no segmento de TV paga.

A Neo TV ainda alegou que o simples acesso aos sinais dos jogos estaria fadada à inefetividade no curto prazo, em razão de sua inviabilidade prática e contextual, principalmente no tocante à fixação de preços para comercialização. Por outro lado, frisou que a imposição de venda de pacote de canais, incluídos alguns sem conteúdos concorrencialmente relevantes, implicaria verdadeira compra casada.

Em vistas disso, delimitou alternativa que julgou mais adequada à solução do feito, sugerindo ao Conselho, observado o princípio da intervenção mínima, a imposição de

liberação total do acesso aos sinais dos canais Sportv, Sportv 2 e Premiere Esportes (*pay-per-view*) a qualquer operadora. Segundo a representante, para tal solução haveria total ausência de impedimentos de ordem técnica ou editorial, razão por que a considerou um remédio efetivo e juridicamente válido para o mercado de TVs por assinatura, suficiente e apta a obstaculizar a conduta anticoncorrencial das representadas.

10. PARECER DA PROCADE

A Procuradoria-Geral do CADE (ProCADE), às fls. 3153-3189, aderiu à delimitação de mercado relevante proposta pela SEAE, assim como às suas considerações a respeito da condição monopolista da Globosat, que teria sido adquirida pela garantia da exclusividade constante nos contratos de aquisição dos direitos de transmissão dos principais eventos desportivos nacionais, notadamente o futebol. Este foi tido como o gargalo para o desenvolvimento dos demais agentes no segmento de TV por assinatura.

Segundo concluiu, a reunião em uma única estrutura do Sportv e do ESPN Brasil impossibilitaria a qualquer outro agente do mercado contestar o poder da representada, com isso gerando-lhe escala melhor, situação tecnológica mais vantajosa e alocação de recursos mais eficiente, bem como impossibilitando qualquer tentativa de reação dos eventuais concorrentes.

Essa benéfica posição, no entender da ProCADE, resultaria da detenção, por parte da Globosat, de direitos e condições de negociações favorecidas. Dentre eles, citou as cláusulas contratuais de renovação privilegiada, que prolongariam incentivos à adoção de manobras para o favorecimento de suas associadas, redundando em perda de bem-estar social.

O diferencial competitivo atribuído pela exclusividade não seria, conforme descreveu, fruto de algo que a representada tenha efetivamente criado, decorrente de sua eficiência natural como agente econômico. Pelo contrário, haveria surgido de artifícios contratuais reforçados pela verticalização e por subsídios cruzados entre recursos provenientes da TV aberta para utilização na TV por assinatura.

A ProCADE então notou que a SEAE e a SDE, embora convergentes sobre a existência de infração concorrencial, discordaram com relação à melhor solução cabível. Por um lado, a SEAE sugeriu a venda compulsória do canal Sportv, por outro, a SDE preferiu indicar a

venda do “pacote Globosat”. Esta última foi apontada pela Procuradoria como a melhor alternativa, na medida em que: (i) a estratégia de comercialização (tanto dos canais em si como do espaço publicitário) leva em consideração o pacote de canais; (ii) não há notícia nos autos de que a Globosat comercializa os canais de conteúdo esportivo *a la carte* o que, além de dificultar a precificação, estabeleceria assimetria de condições de competição entre as afiliadas Net e as demais concorrentes.

Não obstante isso, lembrou que, se todas as operadoras de TV por assinatura pudessem compulsoriamente adquirir o pacote Globosat, quaisquer iniciativas de geração de conteúdo esportivo independente do Grupo Globo estariam irremediavelmente fadadas ao fracasso, solidificando o monopólio do grupo nesse setor. Sendo assim, entendeu conveniente a determinação de comercialização compulsória, pelo prazo de 2 (dois) anos, do sinal dos jogos de futebol a empresas geradoras de conteúdo para TV paga. Destacou, ainda, que o arbitramento do preço, caso as partes não cheguem a uma composição amigável, poderia ser feito pelo CADE.

Importa salientar que, pelo termo sinal, referiu-se às imagens televisivas dos jogos de futebol nacional captadas com exclusividade pela Globosat, a serem transmitidos pelos canais dessa programadora, sem locução, reportagem ou efeitos áudio-visuais de qualquer tipo, à semelhança do que ocorre nas transmissões dos jogos da copa do mundo.

Afora o exposto, recomendou a proibição das *english clauses* e a redução do prazo de contratação de direitos de transmissão exclusiva de jogos de futebol de 5 (cinco) para 2 (dois) anos. Em seqüência, pela condenação resultante de conduta infrativa delimitada pelos art. 20, I, II e IV, c/c 21, IV, V, VI, XII e XII, indicou também como penalização:

- aplicação de multa de 30% do faturamento verificado no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo (arts. 23 e 27 da Lei nº 8.884/94, c/c art. 11 da Lei nº 9.021/95);

- publicação, em meia página e às expensas do infrator, nos três jornais de grande circulação nacional (“O Estado de São Paulo”, “Folha de São Paulo” e “O Globo”), de extrato da decisão condenatória, cujo teor deve ser definido no voto vencedor, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas (art. 24, I, da Lei nº 8.884/94);

PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.003048/2001-31

- proibição de contratar com instituições financeiras oficiais, por prazo de 5 (cinco) anos;
- inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (art. 24, III, da Lei nº 8.884/94) e;
- recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido às representadas parcelamento de tributos federais por elas devidos e para que sejam cancelados, totalmente, incentivos fiscais e subsídios públicos (art. 24, IV, “b”, da Lei nº 8.884/94).

A Procuradoria opinou ainda pela manutenção da Globopar no pólo passivo, por se tratar de empresa que, direta ou indiretamente, controla as integrantes do Grupo Globo atuantes nos mercados de geração de conteúdo e operação de TV por assinatura. Conforme verificou, a Globosat, isoladamente, na condição de programadora, não tem interesse econômico em alavancar a participação das empresas do grupo no mercado de serviços de TV paga, de modo que a conduta somente faz sentido considerando-se a unidade empresarial das duas atividades verticalizadas sob o controle comum da Globopar.

11. PARECER DO MPF

O processo foi enviado ao Ministério Público Federal (MPF), em 7/4/2006. Analisadas as informações constantes dos autos (fl. 3237v), o i. procurador preferiu manifestar-se oralmente, na audiência de julgamento dessa demanda.

12. NOVO PEDIDO DE TCC

Em nova petição, de fls. 3241-3243, a Globosat oficializou seu interesse na celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC), nos moldes previstos no art. 53 da Lei nº 8.884/94.

Convém destacar, em tempo, que, no dia 16/5/2006, foi encaminhado memorando a todos os membros do Conselho, no intuito de informá-los sobre a referida petição. Com a presença dos demais Conselheiros e do Procurador-Geral do CADE, será recebida a proposta da representada em reunião previamente agendada, em razão da qual será decidida a conveniência

PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.003048/2001-31

de retirar este processo administrativo da pauta da 373ª Sessão Ordinária de Julgamento ou, do contrário, de submeter ao Plenário, como preliminar de mérito, a sugestão de acordo porventura formulada.

É o relatório.

Brasília, 24 de maio de 2006.

PAULO FURQUIM DE AZEVEDO
Conselheiro