

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES

MESTRADO EM DIREITO

A REGULAÇÃO PRO-CONCORRENCIAL DO SETOR TELEVISIVO –
ANÁLISE DO SEGMENTO DE TRANSMISSÃO ESPORTIVA

Sérgio Lourenço Bezerra Ferreira Reis

ORIENTADOR

Professor Dr. João Marcelo de Lima Assafim

Rio de Janeiro
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES

MESTRADO EM DIREITO

A REGULAÇÃO PRO-CONCORRENCIAL DO SETOR TELEVISIVO –
ANÁLISE DO SEGMENTO DE TRANSMISSÃO ESPORTIVA

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito, área de Direito Econômico e Desenvolvimento, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor João Marcelo de Lima Assafim

Rio de Janeiro
2009

REIS, Sérgio L. B. F.

Título: A Regulação Pro-Concorrencial do Setor Televisivo –
Análise do segmento de Transmissão Esportiva. Sérgio
Lourenço Bezerra Ferreira Reis. Rio de Janeiro. Universidade
Cândido Mendes, Mestrado em Direito, 2009.

Xi, 130p, il 31 cm

Orientador: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim

Referências Bibliográficas, f. 146-150

1. direitos de transmissão 2. concorrência 3. televisão.

“El lector apasionado tiene cuatro libros sobre la mesa. Los cuatro por leer.”

Quim Monzó

“I fell in love with football as I was later to fall in love with women: suddenly, inexplicably, uncritically, giving no thought to the pain or disruption it would bring with it.”

Nick Hornby

Dedico este trabalho
a Deus, o começo, o fim e o meio
ao Pedro, minha inspiração
a Alessandra, minha amada
a minha mãe, Leda, pelo apoio incondicional
aos meus irmãos, Luciana e Tarcísio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, sem ele nada seria possível.

Agradeço ao meu filho, Pedro, por todo dia me lembrar que o mundo cabe em um sorriso. A Alessandra, minha esposa e amada cúmplice nesse projeto maluco chamado de vida. A minha mãe, Leda, que sempre me apoiou e esteve ao meu lado. A minha irmã, Luciana, por me ouvir bastante. Ao meu irmão, Tarcísio, pela inspiração acadêmica. A meus avós, Rachel, Auda, Lourenço e Bezerra, que semearam com carinho seus jardins. Aos meus familiares, tios, primos, afilhados, sobrinhos, cunhados e concunhados, por todas as palavras de apoio.

Agradeço ao meu orientador, Professor João Marcelo Assafim, pela orientação também na vida e pela amizade desde os tempos de Compostela. Minha gratidão também ao Professor Luis Fernando Schuartz, um amigo que nos deixou cedo demais.

Agradeço aos meus amigos, uns mais presentes, uns mais distantes, outros que são guardados na lembrança, mas todos devidamente guardados do lado esquerdo do peito, em especial, Ronaldo, Deborah, Rodrigo, Seize, Casé, Rafael, Ana, Evandro, André, Rogério, Raquel e Lais. Aos meus colegas da ANCINE, Selmo Kaufmann, Marcos Tavolari, Carla de Mônaco, Gabriel Stuckert e Vinícius Portela pelo apoio e pelos debates. Agradeço, por fim, ao Diretor Mário Diamante e a ANCINE pelo apoio institucional.

RESUMO:

A concessão de serviços de transmissão de televisão no Brasil tem uma estrutura jurídica e regulatória peculiar em relação a outros setores regulados da economia brasileira, assim como em relação aos modelos adotados em outros países. O sistema legal adotado no Brasil não contém ferramentas específicas para o planejamento e controle de estruturas voltadas à concorrência no setor de televisão. Desta forma, o único controle aplicável no Brasil é o realizado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que goza de imperfeições uma vez que está limitado ao controle de condutas anticoncorrenciais *ex-post* quando se tratar de conduta que afronte a lei antitruste e somente é *ex-ante* nas hipóteses de uma fusão ou aquisição. Neste contexto, o segmento de direitos de transmissão esportivos é bastante relevante tendo em vista o significativo impacto que este possui na audiência televisiva, assim como na possibilidade de concorrência neste segmento. Este trabalho pretende levantar questões relativas ao tema e propor soluções baseadas em uma política pro-concorrencial.

Palavras-chave: televisão. concorrência. direitos de transmissão

TELEVISION TRANSMISSION IN BRAZIL – AN ANALYSIS OF THE SPORTS TRANSMISSION RIGHTS SEGMENT

ABSTRACT:

The concession of television services in Brazil has a very peculiar structure regarding its legal and regulatory aspects, compared to other areas of the Brazilian economy which are regulated, as well as to the regulatory models adopted in other countries. The legal system adopted in Brazil does not contemplate a specific planning and control of the structures with a focus on competition regarding the television segment. Therefore, the only control applicable in Brazil is the one made by the Brazilian Antitrust authorities which is not perfect since it is basically *ex-post* when there is an effective infringement of the antitrust law and *ex-ante* only when there is a merge or acquisition. In this scenario, the sports transmissions rights segment is very important since it has a significant impact on television audience as well as on competition on the television transmission segment. This text intends to raise questions on this matter and draft solutions based on pro-competition values.

Key-Words: television. competition. transmission rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - A TELEVISÃO NO BRASIL	13
1. ASPECTOS RELATIVOS À RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS NO BRASIL	13
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFETOS A TELEVISÃO	17
3. O REGIME DE CONCESSÃO DE TELEVISÃO E O PODER LEGISLATIVO	33
CAPÍTULO II – AS TRANSMISSÕES ESPORTIVAS	38
1. A TRANSMISSÃO TELEVISIVA DE EVENTOS ESPORTIVOS	38
2. A COMERCIALIZAÇÃO DOS DIREITOS DE TRANSMISSÃO	44
3. OS CASOS BRASILEIROS ENVOLVENDO DIREITOS DE TRANSMISSÃO	56
CAPÍTULO III – A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	71
1. A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA	71
2. A EXPERIÊNCIA BRITÂNICA	78
3. A EXPERIÊNCIA MEXICANA	81
4. A EXPERIÊNCIA ESPANHOLA	83
5. A EXPERIÊNCIA ALEMÃ	91
CAPÍTULO IV – A QUESTÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO ANTITRUSTE	96
1. AS DUAS VERTENTES DO DIREITO ANTITRUSTE	96
2. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	103
3. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AOS MONOPÓLIOS E OLIGOPÓLIOS	109
CAPÍTULO V – A REGULAÇÃO PRO-CONCORRENCIAL	116
1. REGULAÇÃO E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE	116
2. PLURALIDADE DE FONTES	120
3. A REGULAÇÃO PRO-CONCORRENCIAL	128
CONCLUSÃO	139
BIBLIOGRAFIA	146

INTRODUÇÃO

Este trabalho intitulado “A Regulação Pro-Concorrencial do Setor Televisivo – Análise do segmento de Transmissão Esportiva” está relacionado à proposta de pesquisa do Programa de Mestrado de Direito da Universidade Cândido Mendes e a área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, mais especificamente, na linha de pesquisa Regulação, Concorrência, Inovação e Desenvolvimento. No atual momento, temos que o avanço democrático do país e de suas instituições possibilitou um significativo crescimento econômico, em diversos setores foi concretizada uma modernização sem precedentes. Esta pesquisa tem aderência a proposta do programa tendo em vista a sua busca por estabelecer critérios para uma gestão mais eficiente e equilibrada da radiodifusão de sons e imagens, tema de extrema relevância para o desenvolvimento do Brasil, desenvolvimento econômico posto que se trata de um setor produtivo muito relevante, como também desenvolvimento social por se tratar de um meio de acesso à informação e de exercício da liberdade de expressão. Desta forma, a idéia de usar instrumentos da regulação, principalmente de uma regulação voltada a estimular a concorrência, é muito importante para um avanço nesta área.

Desta forma, numa visão mais tradicional da liberdade de expressão tem-se que este é um direito do cidadão, que em nenhuma hipótese pode ser relativizado dada a sua importância. No entanto, parte da doutrina critica tal direito absoluto, trazendo a idéia de que em certos momentos tal liberdade deve ser ponderada em relação a outros direitos e princípios. É citado, como exemplo, o fato de um cidadão não ter direito de gritar “FOGO” em um teatro cheio. Tal exercício da liberdade de expressão acarretaria pânico, senão o caos. A apresentação teria que parar, pessoas se machucariam, o corpo de bombeiros iria se mobilizar, e assim por diante. Desta forma, temos que considerar o direito à liberdade de expressão como um direito da maior relevância, que custou muito caro a diversas gerações, que em certos casos pagaram com a vida pelo direito de se manifestar livremente. Mas, ao mesmo tempo, precisamos considerar que existem os direitos de terceiros, o interesse coletivo e a adoção de um modelo político-social liberal, que tem como um de seus principais valores o da livre iniciativa e concorrência.

O presente trabalho versa sobre a possibilidade de elaboração de um modelo de regulação pró-concorrencial, que atenda aos diversos interesses sociais e, ao mesmo tempo, estabeleça estímulos à competição no setor de televisão, mais especificamente, no que diz respeito às transmissões de eventos esportivos.

As concessões de serviços de radiodifusão no Brasil, que incluem além do rádio, a televisão, têm uma estrutura jurídica e regulatória peculiar em relação a outros setores regulados, assim como em relação aos modelos adotados em outros países. Cabe destacar três aspectos que conferem a tal setor uma natureza *sui generis*, se comparado a certos serviços concedidos e setores regulados da economia brasileira. Em primeiro lugar, a normatização deste setor possui significativa proteção constitucional¹, acompanhado, todavia, de um tratamento legal rarefeito e ultrapassado². Diverso, portanto, da maioria dos setores regulados, que não possuem sequer menção constitucional e as normas legais e infra-legais existentes acabam por estabelecer os princípios cabíveis e os marcos regulatórios. Como segundo aspecto, constata-se que o acompanhamento do setor quebra o paradigma nacional de vinculação ao Poder Executivo, situação presente nas mais variadas atividades que operam em regime de concessão na esfera federal. Na radiodifusão existe significativa participação do Poder Legislativo, inclusive através do Conselho de Comunicação Social³. Por fim, como terceiro aspecto, apesar das características e da relevância do setor de radiodifusão para um país de proporções continentais e de grande diversidade cultural, no Brasil houve a opção por uma regulação simplista e restrita a aspectos técnicos, evitando-se conferir a um ente regulador poderes para atuar em questões que dizem respeito ao atendimento das demandas sociais e constitucionais, assim como à concorrência. Tal modelo é bastante diverso do adotado em outros países, incluindo alguns de tradição liberal, tais como os EUA e a Inglaterra, divergindo também do modelo adotado em certos mercados regulados brasileiros.

¹ Neste sentido, cabe menção ao artigo 220 e seguintes da CRFB/88.

² Faz-se mister mencionar a Lei No. 4.717 de 27 de agosto de 1962.

³ Conforme o artigo 224 da CRFB/88.

Em vista do exposto, observa-se que no Brasil não existe um instrumento regulatório do setor que permita um planejamento e controle das estruturas de mercado de radiodifusão voltadas para a concorrência. Na sistemática atual, somente há um controle da concorrência no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), composto pela Secretaria de Direito Econômico (“SDE”), do Ministério da Justiça, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”), do Ministério da Fazenda e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”). Tal sistema tem por finalidade realizar um controle preventivo no que diz respeito a fusões, aquisições e operações e um controle repressivo de eventuais condutas que tenham por finalidade criar distorções da concorrência. O SBDC tem atuado em diversas oportunidades, cabendo destaque para a análise da operação de aquisição da DirecTV pela Sky⁴, o trabalho realizado pela SEAE na operação envolvendo a ESPN Brasil e a Globosat⁵ e, mais recentemente, o parecer elaborado pela SDE tratando de condutas anti-concorrenciais afetas ao Clube dos Treze, a TV Globo e a Globo Comunicações e Participações S.A., em relação aos direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro⁶.

Ademais, é importante ressaltar, que em se tratando de direitos de transmissão, trabalha-se com a idéia de um “bem”, cuja escassez lhe permite aferir um maior valor de mercado. Ou seja, em regra, para o detentor dos direitos sobre uma competição é mais lucrativo fornecer uma licença de transmissão exclusiva para um canal de televisão do que para mais de um canal. Um canal de televisão com direitos de exclusividade tende a possuir uma vantagem competitiva significativa em relação aos seus concorrentes e a posição dominante acaba se tornando parte do valor atribuído à licença de transmissão. Para citar um exemplo, a transmissão exclusiva de jogos do Campeonato Brasileiro de Futebol garante ao titular deste direito uma vantagem frente aos concorrentes, no que diz respeito aos telespectadores, e, conseqüentemente, também em relação ao mercado publicitário, que remunera as atividades dos canais de televisão privados do Brasil. Desta forma, a hipótese de haver somente um canal transmitindo tais jogos permite que

⁴ Operação Sky/Directv – Ato de Concentração No. 53500.000753/2005 - Relator Luis Carlos Delorme Prado (CADE).

⁵ Apesar de tal processo administrativo ter perdido o objeto por conta da desistência das partes de concluir a operação, tal parecer analisa pontos relevantes em relação ao mercado de transmissões esportivas. Processo Administrativo N.º 08012.005864/2000-07 (SEAE/MF)

⁶ Processo Administrativo No. 08012.006504/97-11 (SDE/MJ)

sejam auferidos lucros decorrentes de tal programação, como também da vantagem de liderança perante os anunciantes, por deter audiência maior que a dos outros canais de televisão.

Tem-se, portanto, um cenário no qual a exclusividade poderá gerar um poder de mercado excessivo para o detentor da licença, com a possibilidade de tal poder ser utilizado de forma abusiva, e, por conseguinte, ocasionar um desequilíbrio prejudicial para a livre concorrência. No entanto, a perspectiva de intervenção estatal no mercado deve ser pesadamente avaliada, pois versaria sobre direitos de natureza privada, e, dependendo da forma de intromissão, existe o risco de inviabilizar um modelo de negócio, ou, até mesmo, uma atividade esportiva que dependa significativamente de recursos da comercialização de direitos de transmissão. Por outro lado, não pode ser ignorado o fato de que as concessões de exploração dos serviços de radiodifusão de sons e imagens são um serviço público, que é prestado por agentes privados sendo relevante que tais concessionários atendam ao interesse público que lhe é afeto.

De forma tangencial será abordado o tratamento dado a questão em outros ordenamentos, que trazem perguntas e respostas muito pertinentes. No modelo norte-americano, por exemplo, busca-se uma pluralidade de fontes de informação e de meios de comunicação, sem desassociar a questão das eficiências de mercado. O próprio mercado televisivo e os titulares dos direitos de exploração acabaram por atingir um eventual equilíbrio. Outro exemplo seria o modelo inglês, voltado à publicidade das informações relativas aos direitos de transmissão, objetivando diminuir eventuais assimetrias de informação, como uma forma de estimular a concorrência. Desta forma, pretende-se neste trabalho realizar a análise de pontos relevantes da experiência internacional, que podem auxiliar na criação de um modelo brasileiro.

Por fim, este trabalho abordará a perspectiva da regulação no setor de televisão, abordando especificamente o interesse público relacionado a questão e a possibilidade da adoção de um modelo pro-concorrencial, tendo em vista que o atual modelo que envolve o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não possui instrumentos ou competência normativa para estabelecer uma política pública de regulação voltada à

concorrência em tal setor. Concluindo, tem-se por finalidade estabelecer um estudo levantando e analisando aspectos relevantes para uma eventual regulação pró-concorrencial do setor de televisão, focando especificamente no mercado de transmissões esportivas.

CAPÍTULO I – A TELEVISÃO NO BRASIL

1. Aspectos relativos à Radiodifusão de Sons e Imagens no Brasil

A televisão em sua origem foi uma criação coletiva envolvendo a contribuição de diversos inventores em que, cada um, de uma forma própria, contribuiu para se alcançar um resultado final. A televisão pode ser considerada como uma das grandes invenções da década de 20, por vislumbrar a possibilidade de transmissão e de recepção de sons e imagens de uma forma nova. O envio das ondas de transmissão permitiu um dinamismo na difusão da informação, que antes estava restrito ao rádio, e, conseqüentemente, limitado à forma sonora de difusão. E serviu como um revolucionário meio de comunicação de massa. Houve também grande impacto, pois tal inovação permitiu a ampliação do acesso a obras audiovisuais que anteriormente tinham a exibição restrita a locais, tais como cinemas, que demandam significativa infraestrutura e tem uma relativa limitação de acesso ao público.

Com o início da exploração comercial na década de 30, através da transmissão do sinal de televisão em redes locais na Europa e nos Estados Unidos da América, e, num segundo momento, com a geração e transmissão de sinal em países periféricos como o Brasil, houve a apropriação de um formato televisivo muito próximo ao dos meios de expressão existentes na época, principalmente o rádio, havendo influência de outras formas como o cinema e o teatro. Em comparação à realidade atual havia pontos negativos como a limitação de acesso aos aparelhos de televisão, uma vez que, se comparado aos tempos atuais, os custos dos aparelhos eram bastante altos. A programação tinha pouca diversidade e era veiculada em alguns poucos canais de televisão, sendo que o número de horas de programação era bem limitado.

No caso brasileiro, especificamente, a TV aberta surgiu na década de 50, mais especificamente no dia 18 de setembro de 1950, com o início das operações da TV Tupi em São Paulo. Em 1952 surge a TV Paulista e em 1953 a TV Record. Somente em 1956 passa a haver a interiorização da televisão e se iniciam as transmissões

vespertinas⁷. Passando para os anos 60, nesta década houve significativas inovações como a introdução do “videotape”, que se tratava de uma cópia, mas sem edição de programas. Por exemplo, partidas de futebol que eram transmitidas ao vivo no rádio eram posteriormente transmitidas na televisão utilizando-se o videotape. Cabe destacar também, que o videotape passou a permitir a reprodução/duplicação (copiagem, no jargão técnico da área de produção audiovisual) e, conseqüentemente, o início da comercialização de conteúdo entre as emissoras.

Na década de 70 houve a popularização dos aparelhos televisores na Europa e na América do Norte, fato que posteriormente também veio a ocorrer no Brasil. Houve também a expansão dos canais e da grade de programação. A popularização e a diminuição dos custos relativos as novas tecnologias permitiu uma ampliação dos tipos de programas veiculados. Ainda na década de 70, cabe destacar o fato de que logo em seu início houve um marco importante para a transmissão televisiva, a Copa do Mundo de 1970, que foi o primeiro evento esportivo de grande porte a ser televisionado ao vivo para a maior parte do mundo.

Num momento posterior, surge a TV a cabo, que inicialmente tinha por fundamento permitir a transmissão do sinal em áreas montanhosas, mas que ao longo do tempo se tornou uma opção de transmissão de programação com um maior número de canais e diversidade de conteúdo, criando um novo modelo de negócio afeto a radiodifusão. No Brasil, a TV por assinatura tem o início de suas operações em 1993. Além de alguns canais nacionais, são introduzidos também alguns canais internacionais (CNN, Discovery, HBO, Fox, Warner, Sony, etc.). Atualmente, estima-se que aproximadamente 16% da população tenha acesso à TV a cabo. Constata-se também que tais empresas internacionais não tiveram capacidade para competir diretamente com a TV aberta em relação a público/audiência, e, conseqüentemente, na participação do conjunto das receitas publicitárias.

⁷ PORTELA, Vinicius Alves. “Fundamentos da Atividade Cinematográfica e Audiovisual”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 64.

Um ponto relevante relacionado à TV à cabo e as transmissões esportivas é que esta modalidade de difusão de conteúdo criou um novo segmento para as transmissões de esportes, visto que a ampliação do número de canais abriu a possibilidade da criação de programação voltada para públicos e perfis mais específicos, como os especializados em esportes⁸. Complementarmente, tais canais criaram uma demanda por eventos esportivos, ou seja, iniciaram a transmissão televisiva de alguns esportes que antes somente eram assistidos no local de sua realização. Um ponto que será aprofundado mais adiante diz respeito ao fato de que a transmissão esportiva criou um meio de desenvolvimento tanto dos canais de televisão, como também das atividades esportivas que de certa forma tinham sua renda limitada aos ingressos. E com as transmissões televisivas puderam ampliar significativamente seu público, sua renda e criar novos modelos de negócio.

Delineando as tendências para a televisão⁹, de uma forma bastante superficial tendo em vista que este não é o escopo do presente trabalho, há uma perspectiva de mudança significativa nos três principais elos de sua cadeia produtiva. Inicialmente, no campo da produção, existe uma tendência relacionada à ampliação da diversidade de programação. Tal diversidade é um efeito das novas tecnologias que diminuíram e diminuirão, significativamente, os custos de produção das obras audiovisuais. No que diz respeito à difusão, também existe uma diminuição de custos afeta às novas tecnologias. Em primeiro lugar, cabe destacar a adoção do modelo de televisão digital, que tende a permitir uma ampliação do número de canais de transmissão e melhora na qualidade de sinal, permitindo o acesso à TV aberta com boa qualidade de som e imagem nos mais diversos pontos do território nacional. Em segundo lugar, cabe

⁸ Cabe referência a formação da ESPN, Inc. que teve suas operações iniciadas em 1979, dirigidas especificamente para a transmissão de eventos esportivos de interesse do público norte-americano. Ao longo do tempo, tal empresa cresceu significativamente e hoje está presente em cerca de 200 países do mundo, incluindo o Brasil e transmite programação em 16 línguas.

⁹ Destaca-se a força da televisão, principalmente da TV aberta, no Brasil frente a outros meios que ainda estão em ascensão pelo IBGE.

Fonte: IBGE - Pesquisa relativa ao acesso à internet e a telefonia móvel para uso pessoal. Análise dos Resultados. Acessado em 17 de março de 2009 no endereço: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/acesoainternet/default.shtm>.

A TV aberta está presente em 95,2% dos municípios brasileiros, conforme dados do IBGE. O mercado faz uma estimativa de 60 milhões de aparelhos em funcionamento nos lares do país e considerada uma média de 1,4 televisor por domicílio. Tais dados permitem demonstrar a força da TV aberta e da televisão em geral, como meio de comunicação de massa.

menção ao uso da internet como meio de difusão, assim como a convergência dos meios de comunicação através da internet. Se antes havia uma precisa divisão entre os meios de comunicação, atualmente existem ambientes onde tais meios se encontram e interagem de tal forma que se torna cada vez mais difícil diferenciá-los. Esta dificuldade característica tende a ser bastante incrementada nos aspectos jurídicos, tendo em vista que diferentes meios possuem diversas formas de regulação e de regulamentação. Desta forma, em um mesmo portal da internet podem existir notícias escritas, rádios de diferentes países e imagens trazidas das mais diversas fontes e a tendência é ficar cada vez mais difícil definir precisamente qual meio de comunicação se está utilizando. E, ainda, dentro da idéia de internet, tem-se que esta pode servir como um meio de acesso a repositórios de obras audiovisuais, o crescimento de *sites* como o You Tube¹⁰ servem para demonstrar que a internet pode ser um meio bastante eficiente.

Complementarmente, o custo será cada vez menor de produção e comercialização de aparelhos televisores, o que permite uma significativa ampliação de quantidade, e, conseqüentemente, do acesso à TV aberta. Neste contexto, se antigamente uma televisão custava praticamente o valor de um carro, hoje em dia a queda de preço cria uma tendência à aquisição de mais de um televisor por classes com maior poder aquisitivo. E as classes menos privilegiadas passam a ter capacidade de adquirir um equipamento e acesso ao conteúdo audiovisual. Poucas tecnologias tiveram um amadurecimento comercial tal como a de aparelhos televisores, recentemente. Cabe ainda destacar que a convergência entre meios de difusão permite também a ampliação de meios de exibição do conteúdo, em outras palavras, se antes era necessária uma televisão para se ter acesso, atualmente computadores, celulares e outros instrumentos permitem assistir ao conteúdo disponível. A facilitação do acesso serve como uma forma de atrair as mais diversas audiências.

No que diz respeito especificamente às transmissões esportivas, vislumbra-se que a diminuição dos custos de produção e de transmissão facilita a inserção de novas modalidades e ligas esportivas. Além do mais, as novas tecnologias que estão sendo

¹⁰ Este serviço é acessado através do sítio www.youtube.com.

desenvolvidas permitem uma melhoria das transmissões esportivas de forma a torná-las cada vez mais atrativas para o público. Em certos momentos até mesmo mecanismos que permitem a interatividade da audiência são utilizados para que o expectador deixe de ser um agente passivo. Cabe ainda destacar que a ampliação dos meios de difusão permite atingir públicos cada vez mais diversificados e em diferentes lugares. Em termos práticos, se um evento não é transmitido na televisão de seu país, ele pode vir a ser assistido pela internet, ou ainda, através do celular, no transporte a caminho de casa.

Estas questões acerca das novas tecnologias não fazem parte do escopo deste trabalho, mas servem como uma reflexão acerca dos desafios de delimitação jurídica de certos fenômenos que começam a ter repercussões econômicas significativas. Se atualmente certos institutos jurídicos já se mostram desatualizados, com o dinamismo tecnológico atual, passa a se tornar necessária a busca de conceitos jurídicos compatíveis com a nova realidade. Destaca-se, ainda, que tais avanços tenderão a criar uma mudança significativa na forma como os direitos de transmissão são licenciados.

Portanto, para concluir este ponto, cabe ressaltar que o cenário para a radiodifusão de sons e imagens é bastante positivo, considerando a perspectiva de ampliação e diversificação do conteúdo e das formas de distribuição. Em paralelo, existe o aumento do número de televisores e de formas de acesso ao conteúdo. Por outro lado, o modelo brasileiro acabou por ser concentrador, deixando de lado a diversidade cultural, a pluralidade de agentes e a efetiva concorrência.

2. Princípios Constitucionais afetos à Radiodifusão

No item anterior foi feita uma análise geral da evolução da radiodifusão ao longo do tempo e foram debatidos diversos pontos que versam sobre o objeto deste trabalho. Neste momento, cabe iniciar o aprofundamento dos aspectos jurídicos afetos à radiodifusão, principalmente no que diz respeito à transmissão de sons e imagens. Dentro deste contexto, cabe destacar que uma das funções da norma é ser uma ferramenta estruturadora da sociedade e das diversas relações que ocorrem em seu interior. Nos mais diversos momentos o elaborador da norma terá que interpretar os

fenômenos sociais e trazê-los para dentro do sistema legal, caso exista um interesse coletivo afeto ao tema.

No caso da comunicação esta era originalmente, até a antiguidade, feita de forma restrita, como nas hipóteses de um discurso em praça pública, ou praticamente individual, como em uma carta. Com a evolução tecnológica, em um primeiro momento buscou-se a reprodutibilidade, da grafia, dos sons e posteriormente das imagens, e, em um momento posterior, buscou-se a difusão de tais conteúdos de forma ampla. Se antes as manifestações dos indivíduos eram realizadas de forma restrita, com a evolução dos meios de comunicação certas manifestações passaram a ser amplificadas. Com certos meios de comunicação, *e.g.*, o jornal, o rádio e, finalmente, a televisão, a comunicação se amplia de tal forma que passa a alcançar um número cada vez maior de pessoas. As denominações “comunicação social” e “comunicação de massa” trazem a idéia de que se trata de formas de comunicação capazes de alcançar um número muito grande de indivíduos. Conteúdo que os alcança de forma rápida, ou até mesmo, imediata. Neste sentido cabe mencionar a lição do Professor Alexandre Ditzel Faraco:

Os meios de comunicação de massa em regra apresentam uma abrangência e alcance maior do que qualquer outra forma de divulgação de informações. Por serem previamente percebidos pelos cidadãos como fontes de informações (e também de entretenimento), tendem a atrair uma atenção que outras alternativas não conseguiriam.

E segue o professor:

Em síntese, o espaço público de diálogo e interação numa democracia complexa está significativamente baseado nos meios de comunicação social de massa, os quais viabilizam o acesso a informações de forma coerente e organizada, permitem uma disseminação de idéias e visões de mundo com

uma abrangência que, em geral, não tem como ser replicada através de outros processos de comunicação, além de possibilitar o desenvolvimento de um referencial comum que agrega pessoas sem qualquer espécie de vínculo ou relação.¹¹

Esta capacidade de comunicar-se com um grande número de cidadãos desperta um interesse coletivo na matéria, associado a noção de que diversos direitos fundamentais terão relação com tais instrumentos, como o direito a informação e a liberdade de expressão, daí a importância em trazer tal setor para dentro do ordenamento jurídico^{12 13}.

Dentro da idéia de normatização de um setor ou de uma atividade, cabe menção a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“CRFB/88”). Esta norma que ocupa a posição mais alta na hierarquia normativa brasileira, tem dentro de suas várias funções a de estabelecer direitos e obrigações que dizem respeito ao Estado brasileiro, assim como a seus integrantes. São uma exteriorização da vontade do titular do poder constituinte originário, os cidadãos brasileiros, que através de seus mandatários elaboraram a norma.

A nossa Constituição possui diversas peculiaridades, a principal delas foi a busca da elaboração de uma Constituição Cidadã, um verdadeiro rompimento com o modelo de Estado Totalitário anterior. Desta forma, uma das características da atual Carta Magna é que os mais diversos grupos da sociedade estão representados. Serviu, também, para normatizar os mais variados setores¹⁴ e assuntos, muitos dos quais não eram tradicionalmente normatizados em sede constitucional.

¹¹ FARACO, Alexandre Ditzel. “Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação – Rádio, Televisão e Internet”. Editora Fórum, 2009. p. 37 e 39.

¹² No sentido do abordado neste parágrafo, cabe menção a lição dos professores Mike Feintuck e Mike Varney: “The centrality of the media to democracy, as the primary information source, cannot be overemphasised, and the very fact that democracy requires citizens to be informed if they are to act effectively as citizens, serves as a *prima facie* justification for regulation within a democratic context.” FEINTUCK, Mike, VARNEY, Mike. “Media Regulation, Public Interest and the Law”. Edinburgo, Grã-Bretanha: Edinburgh University Press, 2006. p.5.

¹³ Ao longo deste trabalho, haverá um ponto específico onde será tratado o interesse público afeto a comunicação de massa, mais especificamente no que diz respeito a diversidade de fontes. O interesse público também servirá de fundamento para tratar-se da idéia de necessidade de instrumentos de regulação do setor.

¹⁴ Neste sentido, cabe reproduzir as palavras do professor Luis Roberto Barroso e da professora Ana Paula Barcellos: “A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova

Neste contexto, enquanto alguns setores tiveram uma menção pontual na Constituição, ou sequer foram mencionados, os meios de comunicação em massa, e, mais especificamente a televisão, foram objeto de significativo tratamento constitucional. Entendemos que tal tratamento amplo está associado ao movimento de ruptura em relação ao *status quo* anterior, posto que o regime totalitário anterior não hesitou em usar os meios de comunicação de massa a seu favor, seja na propaganda e na difusão de valores a favor do regime, seja através da censura nua e crua de fundamentação jurídica anti-democrática. Desta forma, na elaboração de uma Constituição democrática buscou-se reescrever os princípios e regras aplicáveis ao tema.

Um primeiro princípio, considerado regra geral em relação ao setor de comunicação social é o direito à liberdade de expressão e à livre manifestação do pensamento em nosso Estado Democrático de Direito, na forma do artigo 5º, incisos IV e IX, da CRFB/88. Um segundo princípio basilar é o do direito à informação¹⁵, denominado também, direito de acesso à informação, postulado no artigo 5º, inciso XIV, da CRFB/88. Tal valor democrático é norteador das diversas questões afetas a

história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente.”

BARROSO, Luis Roberto, BARCELLOS, Ana Paula de. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”. Revista de Direito da Procuradoria da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2003. p. 64.

¹⁵ Importante registrar o trabalho da Dra. Rosane Heineck Schmitt, no qual é demonstrado que o direito à informação deve ser complementado pela noção de direito à informação verdadeira. A seguir reproduzimos parte relevante neste sentido: “Há quem diga que nossa Constituição não assegura o direito de ser informado de forma plena, ou seja, que não haja o direito de ser informado adequada e verdadeiramente pelos meios de comunicação porque só haveria este dever para os órgãos públicos (inciso XXXIII, art. 5º). Pedimos vênias, no entanto, para discordar dos doutos entendimentos em contrário porque entendemos existir, efetivamente, no texto constitucional, a obrigação de fornecer informação que deve ser correta, verdadeira, consoante se depreende do inciso XIV do art. 5º da CF, quando assegura a todos o acesso à informação, vedando a notícia falsa, punida através do direito de resposta e à indenização por dano material e/ou moral à violação da intimidade, honra e imagem das pessoas, assegurados nos incisos V e X do art. 5º da CF.”. Em outra parte do trabalho a Dra. Rosane complementa: “Os órgão de comunicação têm, portanto, não só o direito como o dever de informar, devendo exercer essa incumbência, contudo, respeitando a verdade, o que significa que o cidadão, e toda a sociedade, têm direito à informação verdadeira.”. Complementamos a lição acima observando que alguns meios de comunicação de massa são concessões de serviços públicos e mais do que nunca devem observar aos princípios afetos a função social da propriedade, dentre as quais se inclui a noção de veracidade.

SCHMITT, Rosane Heineck. “Direito à Informação – Liberdade de Imprensa x Direito à Privacidade” em A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 219 e 220.

comunicação social, tratando-se de um direito subjetivo do cidadão de ser informado e ter acesso as mais variadas fontes de informação sobre os mais diversos assuntos.

A liberdade de expressão de certa forma complementa o direito à informação. De um lado tem-se o direito de emitir um determinado conteúdo, informação e opinião¹⁶. De outro lado, de forma complementar, tem-se o direito da outra parte de ter acesso às informações emitidas. Não se tem uma livre circulação de idéias se um dos direitos não está presente ou se não existe uma liberdade plena no exercício de tais direitos, ou seja, se não há liberdade para se expressar ou se não existe a possibilidade ter acesso às informações¹⁷. Em última instância, se um dos objetos deste trabalho é buscar mecanismos pro-concorrenciais no setor de televisão, deve-se atentar para o fato de que a ampliação da concorrência tende, dentre outras coisas, a ampliar os espaços onde os mais diversos agentes podem exercer a sua liberdade de expressão, assim como meios de garantir uma amplitude e diversidade da informação que será passível de acesso.

Acerca da liberdade de expressão, o professor Gustavo Binjenbojm¹⁸ explicita que tal direito tem ao mesmo tempo uma dimensão defensiva e uma dimensão protetiva, exigindo-se uma atuação estatal, para que tais dimensões fiquem devidamente equilibradas num ambiente social. Em seu trabalho aponta também duas teorias norte-americanas sobre a liberdade de expressão. A primeira é a teoria libertária, focada na figura do autor da mensagem. Tal teoria estabelece que as garantias da Primeira

¹⁶ O Professor Ricardo Lobo Torres vai além deste conceito e em um de seus trabalhos, ao abordar cidadania e certo aspecto da liberdade expõe: “A liberdade ‘para’ encontra sucedâneo na idéia de *condições para a liberdade*, que são as garantias mínimas exigidas para que se possa florescer a liberdade. De nada adianta ser titular da liberdade de expressão se não se possui a educação mínima para a manifestação de idéias”.

TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” em Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 239-376, organizador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 258.

¹⁷ Esta interpretação segue na linha do que o Professor Posner considera como uma perspectiva moral da liberdade de expressão, conforme segue: (...) “the moral approach, in which freedom of speech is valued as a corollary to or implication of a proper moral conception of persons, for example that they are to be regarded as self-directing beings and therefore should be entitled both to express their ideas and opinions and to receive any ideas or opinions that might facilitate their realizing their potential as free, rational choosers”. Oportunamente, na parte relativa a pluralidade de fontes, abordaremos a visão instrumental da liberdade de expressão do professor.

POSNER, Richard A. “Frontiers of Legal Theory”. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 2004. p. 62-63.

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. “Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa”. Revista de Direito da Procuradoria da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Páginas 67 a 90. Rio de Janeiro, 2003.

Emenda da Constituição Norte-Americana visam a proteger a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento de forma a que não existam interferências externas. A liberdade de expressão é vista como uma emanção da personalidade individual a ser defendida da intervenção estatal. A segunda teoria é denominada teoria democrática, que constata na Primeira Emenda um instrumento de auto-governo, a liberdade de expressão deve ser um instrumento que permita que os cidadãos sejam livremente informados sobre assuntos de interesse geral, e, deste modo, aptos a formar sua própria convicção pessoal. Nesta teoria, o destinatário da mensagem ocupa posição primordial no que diz respeito à liberdade de expressão. Em vista do exposto anteriormente, entendemos que a CRFB/88 incorporou em seu texto as duas teorias, apesar de dar mais ênfase à teoria libertária em vista da constante repetição dos princípios desta teoria ao longo do texto constitucional.

A seguir, iremos analisar de forma sistemática, não exaustiva, o disposto nos artigos 220 a 224 da CRFB/88. A idéia desta análise é estabelecer uma visão geral das questões relativas a televisão reguladas em sede constitucional. Ao longo do trabalho aprofundaremos certos pontos que tenham uma maior afinidade com o foco do estudo.

Título VIII Da Ordem Social

Capítulo V Da Comunicação Social

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Numa análise rápida, observa-se que o artigo 220, no *caput* e em seus parágrafos 1º e 2º, privilegiam a liberdade de expressão, já mencionada anteriormente neste capítulo e que tem um tratamento de destaque no artigo 5º, posto se tratar de um direito fundamental. Tal característica é enfatizada expressamente neste capítulo da Constituição, que trata da Comunicação Social. Os parágrafos 1º e 2º buscam reforçar tais liberdades e direitos, seja no que diz respeito à liberdade de imprensa, essencial para a livre circulação da informação, desde que não seja ofensiva a outros direitos constitucionais, assim como à vedação da censura, forma de limitação da circulação da informação que foi adotada durante o regime totalitário brasileiro e que deixou grandes cicatrizes na sociedade brasileira.

No que diz respeito ao parágrafo 3º, do artigo 220, este dispositivo tem natureza de uma norma de organização que estipula que os temas de seus respectivos incisos serão tratados em sede de lei federal, ou, em outras palavras, retira dos estados membros e dos municípios a capacidade de legislar com o objetivo de limitar os direitos do *caput* do artigo 220. Um importante exemplo de tal limitação é o instituto da classificação indicativa¹⁹. Em relação ao parágrafo 4º, do artigo 220, este trata de uma limitação da liberdade de expressão fundada em questões de saúde pública. Este assunto foge do tema deste trabalho, cabendo registrar que há discussão acerca da possibilidade da regulação ser realizada no âmbito de uma agência reguladora, no caso a ANVISA –

¹⁹ REIS, Sergio L. B. F. “Notas acerca da Portaria No. 264/07 do Ministério da Justiça: regular conteúdo é censura?”. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p.201-217, abr./jun. 2008.

Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que teria a atribuição de regular com base nos dispositivos constitucionais e legais existentes²⁰.

Temos ainda o parágrafo 5º, do artigo 220, que trata de uma vedação expressa aos monopólios e oligopólios nos meios de comunicação em massa. Dada a sua essencialidade para este trabalho, este dispositivo será tratado em um capítulo específico e abordado de forma tangencial em outros diversos momentos.

Em relação ao parágrafo 6º é relevante observar que há um tratamento específico para veículos impressos, com característica bastante liberal no sentido de não criar impedimentos para a livre circulação de material impressos, fato este que historicamente serviu como um meio de censura. No entanto, dada a sua especificidade tecnológica, a difusão de sons e a de sons e imagens não pode gozar de tal tratamento, uma vez que o espectro magnético através do qual são transmitidos os mais diversos sinais de telecomunicações é um bem finito. Além disto, a liberalização do uso espectro poderia gerar sinais de rádio trocados e interferências. Por exemplo, o sinal de uma rádio comercial poderia interferir nos sinais de rádio da navegação aérea, ou o sinal de um canal de televisão poderia atrapalhar o sinal de outro canal de forma que nenhum deles consiga ser assistido. Por este e por outros motivos, é essencial a regulação do uso do espectro magnético, assim como a necessidade de autorização no uso do mais diversos aparelhos de telecomunicação.

Seguindo, abaixo analisaremos o artigo 221, abaixo reproduzido:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

- I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

²⁰ Neste ponto, cabe mencionar o trabalho “A competência da ANVISA para regulamentar a publicidade” de autoria do Promotor de Justiça Vidal Serrano Junior e da Dra. Isabella Vieira Machado Henriques. Disponível em <http://www.criancaeconsumo.org.br/downloads/0507/Artigo_competncia_ANVISA.pdf> Acesso em: 18 de agosto de 2009.

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Este dispositivo constitucional é bastante rico por tratar de princípios que deverão nortear a democratização do conteúdo a ser transmitido pelos canais de televisão, ao mesmo tempo em que deixa clara a finalidade da televisão atingir um fim público tanto nas hipóteses em que há exploração direta do serviço pelo Estado, como quando adotado o regime de concessão. Tal dispositivo pode ser compreendido como uma norma programática, que tem como característica uma baixa densidade normativa, ou seja, são normas abertas que possuem um conteúdo abstrato, muito próximo aos princípios. Estas normas estabelecem primordialmente os fins a serem alcançados, o norte que o Constituinte entendia que a sociedade brasileira deveria seguir para em dado momento atingir os ideais democráticos e sociais do texto constitucional. Este dispositivo não estabelece a forma como tal fim deve ser atingido e possui aplicação mediata. Desta forma, para que tal norma seja concretizada é necessária uma regulamentação pelo legislador no sentido de estabelecer instrumentos para que o disposto no texto constitucional não fique somente no abstrato, ou pior, venha a se tornar letra morta ao ser ignorada pelos agentes do mercado. Ao longo deste trabalho iremos estabelecer a idéia de um órgão, mais especificamente, uma agência reguladora independente, que tenha atribuições para regular o setor de televisão buscando estimular uma efetiva concorrência. Esta agência poderia também ter por atribuição a concretização de tais princípios constitucionais desde que munida das devidas competências em lei.

Apesar de muitos dos efeitos da norma constitucional programática dependerem de outros instrumentos para sua concretização, cabe observar que tal norma produz efeitos imediatos em relação a três pontos, quais sejam, a não recepção de normas anteriores à Constituição que sejam materialmente incompatíveis. Em segundo lugar, o referido dispositivo pode gerar a inconstitucionalidade de leis posteriores à Constituição que sejam com ela incompatíveis, formal ou materialmente. E como terceiro ponto, tais dispositivos podem servir como limitação para outras regras constitucionais²¹.

²¹ Cabe menção ao exemplo trazido pela Dra. Rosane Heineck Schmitt reproduzido a seguir: “ (...) tem-se o limite implícito ou imanente, consignado no inciso IV do art. 221, quando determina ao rádio e à televisão obediência, dentre outros princípios, aos de respeito aos *valores éticos e sociais da pessoa e da*

Passamos agora a análise do artigo 222, reproduzido a seguir:

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

§ 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º.

§ 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional.

Observando o caput e os parágrafos 1º e 2º do artigo 222, constata-se que tais dispositivos são focados na questão da propriedade dos meios de comunicação de massa. Neste momento, mais uma vez, cabe uma análise voltada ao momento de elaboração da Constituição de 1988 e ao modelo econômico adotado naquela época. O Brasil tinha uma economia na qual a intervenção do Estado era bastante intensa, intervenção esta que ocorria de forma indireta, como, por exemplo, o estabelecimento de preços por câmaras setoriais e também de forma direta através das empresas estatais atuantes nos mais diversos setores da economia. Com a democratização e o sopro de

família. Para estes, como já se disse, não há uma norma constitucional ou legal que regule o que se deve admitir a título de restrição, devendo sua origem ser procurada de forma mais ampla, com fundamento em ensinamentos doutrinários onde se encontram justificativas como as dos ‘limites imanentes da ordem social’ e ‘limites eticamente imanentes’, alertando-se quanto aos riscos de sua utilização indiscriminada e extensiva, que pode levar à própria anulação da garantia primordial objetivada pela Constituição: liberdade de informação – proibição de censura.”

SCHMITT, Rosane Heineck. “Direito à Informação – Liberdade de Imprensa x Direito à Privacidade” em A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 214-215.

ventos liberais havia o receio de que fosse implantado um modelo no qual houvesse uma significativa perda da participação nacional na indústria ou um caos econômico. Desta forma, ao mesmo tempo em que o texto constitucional estipulava preceitos de cunho liberal, de outro lado estabeleceu uma significativa proteção a certos setores da economia. Em alguns casos trazia menção direta ao monopólio estatal, como no caso do petróleo e das telecomunicações, e, em outros casos, estipulava limitações ao capital e a atuação de estrangeiros, como, por exemplo, no caso do setor de transporte aquaviário. Ao longo do tempo, certas restrições foram sendo flexibilizadas, tendo havido o fim do monopólio da exploração e do refino do petróleo, do monopólio das telecomunicações e significativa alteração nos dispositivos constitucionais afetos à navegação de cabotagem²².

Em relação ao setor de comunicação social, mais especificamente em relação à radiodifusão, o legislador optou por restringir a propriedade de tais meios aos brasileiros. Dada a importância deste setor e do receio de que a eventual entrada de agentes estrangeiros pudesse trazer distorções econômicas e culturais, houve uma opção em restringir a propriedade de tais meios de comunicação de massa aos brasileiros. Por motivos variados que não serão tratados no âmbito deste trabalho pois acarretaria uma significativa mudança de foco, em 2002 o artigo 222 sofreu significativa alteração através da Emenda Constitucional No. 36, de 28 de maio de 2002, que permitiu a aquisição de participações nas empresas jornalísticas e radiodifusoras de sons e imagens por empresas estrangeiras, limitadas a 30% e devendo manter a responsabilidade editorial e pela programação na mão de brasileiros. Rapidamente, ainda em 2002, foi promulgada a Lei No. 10.610/02 que dispõe sobre a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão.

Com a devida *venia*, em nossa opinião o tema da propriedade e da participação estrangeiras nos meios de comunicação de massa teria sido melhor tratado em uma esfera técnica, no âmbito de um eventual regulador independente do setor. Entendemos que seria necessário avaliar sobre um prisma técnico e não político, as eventuais vantagens e desvantagens que haveria na abertura de certos setores de forma pontual e

²² Neste ponto, cabe referência à Emenda Constitucional No. 7, de 15 de agosto de 1995 que alterou a redação do disposto no parágrafo único do artigo 178 da CRFB/88.

específica, evitando-se criar regras gerais semi-rígidas, tais como as regras constitucionais nesta questão. Ademais, na dinâmica empresarial atual as estruturas societárias podem se tornar bastante complexas, complexas mesmo a ponto de distorcer o percentual disposto na Constituição. Também cabe observar que certas empresas atuantes no setor de telecomunicações já possuem significativa participação de capital estrangeiro, inclusive algumas que atuam na distribuição de conteúdo, como distribuidoras de TV à Cabo e as empresas de DTH (modalidade de distribuição por satélite).

Seguindo, passamos a analisar o artigo 223, abaixo reproduzido:

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, §§ 2º e 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º A não-renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§ 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

No que diz respeito ao *caput* do artigo 223 fora atribuída função genérica ao Poder Executivo. Até o momento não existem regras claras estabelecidas no âmbito do Poder Executivo, presumivelmente no Ministério das Comunicações, em relação às aquisições de concessões dos serviços de radiodifusão televisiva. Existe mais uma publicação *pro forma* de concessões prorrogadas do que uma regulação efetiva, que dentre outras coisas permita com que novos agentes atuem nesse mercado. A falta de observação das premissas democráticas ligadas à regulação servem como mais um argumento a favor do estabelecimento de uma agência reguladora independente com atribuições para regular e fiscalizar o setor de radiodifusão. De acordo com uma das premissas deste trabalho, eventuais procedimentos de concessão, permissão e autorização, ou de

renovação de tais contratos, deverão ser imbuídos da idéia de regulação pro-concorrencial, ou seja, tais relações deverão conter instrumentos para uma atuação que estimule a concorrência no setor, assim como para o cumprimento de uma função pública. Ao longo deste trabalho será aprofundada a noção de regulação pro-concorrencial do setor.

Ainda no *caput* do artigo 223, foram estabelecidos três regimes para o setor, *i.e.*, o privado, o público e estatal. Neste ponto, entendemos que a televisão é um serviço público²³, podendo variar a forma como será explorado. Poderá ser a explorado sob o regime privado, público ou estatal. Para distinguir entre a noção de público e estatal, entendemos que público serão aqueles serviços explorados não diretamente pelo Estado, mas delegados à exploração por entidades da administração indireta, como, por exemplo, fundações, como a Fundação Padre Anchieta, responsável pela TV Cultura, ou ainda em forma de empresa pública, como é o caso da EBC – Empresa Brasileira de Comunicação, criada pela lei e que administra a TV Brasil. No caso da exploração estatal, teríamos a hipótese de órgãos de uma determinada estrutura do Estado responsáveis pela gestão do canal, como, por exemplo, a TV Justiça, sendo esta vinculada a um determinado órgão do Poder Judiciário. O importante é enfatizar que independente do regime, a exploração de um serviço público presume a observância do atendimento a certas finalidades coletivas e a preservação do interesse público em sua gestão.

Um ponto que merece destaque é a relação da concessão desta modalidade de serviço público com o Poder Legislativo. A Constituição não deixa clara qual é a finalidade da supervisão pelo Legislativo Federal e o motivo pela qual será necessária a atuação deste Poder nas hipóteses de não prorrogação das concessões. Este tema, dada a sua importância, será tratado de forma mais profunda em capítulo específico.

²³ Neste sentido, cabe menção a lição do Professor e Ministro Eros Grau: “A Constituição, como se vê, confere tratamento especial a essa atividade [radiodifusão sonora e de sons e imagens], que, entre nós, é atividade de serviço público”. GRAU, Eros Roberto. “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”. 9ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 124.

Nesta oportunidade cabe ainda observar o prazo de 15 (quinze) anos estabelecido no parágrafo 5º, do artigo 223 para as concessões de televisão. Tal prazo é bem amplo e dá margem a diversos abusos, considerando que não existe uma efetiva fiscalização do setor. Seria mais adequado estabelecer prazos mais curtos, 5 (cinco) anos, por exemplo. Tais concessões seriam acompanhadas de contrapartidas mais específicas e pontuais, como a ampliação da cobertura do sinal de transmissão em determinado percentual ou a inserção de programação regional numa determinada proporção e assim por diante. Haveria uma atuação específica direcionada a cada um dos concessionários, que envolveria a atuação cotidiana deste. Mas principalmente o foco seria o momento de prorrogação da concessão no qual seria feita uma prestação de contas em relação ao serviço público prestado. Conforme o caso, a concessão poderia continuar a ser de titularidade daquele concessionário, observadas metas atualizadas para um próximo período de 5 anos, ou a concessão não seria prorrogada por motivos fundamentados e haveria uma nova licitação para que interessados em prestar aquele serviço se manifestassem. Haveria, também, uma regulação geral que envolvesse todos os agentes do mercado. A atividade regulatória teria uma natureza de norma, enquanto a análise de um ato de concessão ou prorrogação estaria mais próximo a um contrato, com deveres e obrigações mais específicos a cada uma das relações estabelecidas com o poder público.

Art. 224. Para os efeitos do disposto neste Capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

A questão relativa a órgãos auxiliares do Poder Legislativo sempre é uma questão delicada, posto que dentro da estrutura do Congresso Nacional, tanto no Senado, como na Câmara Federal, existe quadro de pessoal adequado para dar suporte técnico a decisões dos congressistas e às diversas comissões do congresso, tanto as permanentes como as temporárias. Ademais, a principal atribuição do Congresso Nacional é a atividade legislativa, visto que são responsáveis pela produção de normas legais, o que encerra o processo de criação, modificação e revogação das espécies normativas, na forma dos artigos 59 a 69 da CRFB/88²⁴. Desta forma, a criação de um novo órgão de assessoria, em âmbito constitucional, é passível de críticas, pois foge às atividades

²⁴ MORAES, Guilherme Pena. “Direito Constitucional – Teoria do Estado”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 112

primordiais estabelecidas pela Constituição ao Poder Legislativo. Esta função é eminentemente administrativa.

Cabe destacar que não são todos os órgãos auxiliares do Poder Legislativo que são passíveis de críticas. Existem outros que fazem sentido dentro de uma sistemática constitucional e são elogiados por seu trabalho, como, por exemplo, o Tribunal de Contas da União. Este órgão goza de significativa autonomia²⁵ e tem por objetivo fiscalizar os gastos realizados com recursos federais e auxiliar o Poder Legislativo na análise de tais contas.

Em relação especificamente ao Conselho de Comunicação Social, previsto no dispositivo acima reproduzido e instituído através da Lei No. 8.389/91, constata-se que este órgão tem atribuições basicamente consultivas²⁶, não tendo atribuições regulatórias. Este conselho possui uma composição muito ampla²⁷. E se a amplitude confere diversidade de perfis, ao mesmo tempo cria dificuldades para o encaminhamento dos trabalhos e análise das questões que são de sua atribuição. Ainda sobre a composição do conselho, cabem diversas críticas a neutralidade que lhe seria necessária²⁸. Um ponto também criticável diz respeito a utilização de mandatos fixos que teriam por finalidade conferir uma certa autonomia. Ora, se tal órgão tem atribuições consultivas é desnecessário conferir autonomia aos seus membros através de mandatos, o que difere de uma hipótese onde os conselheiros tivessem atribuição regulatória. Por fim, a maior crítica diz respeito ao fato de que o Conselho não está cumprindo suas funções de forma

²⁵ Tal órgão goza de tanta autonomia que chega a ser tratado por alguns acadêmicos como um eventual “Quarto Poder” dentro do sistema republicano tendo em vista os artigos 70 a 74 da CRFB/88. A título de curiosidade, cabe mencionar que também existe significativa posição doutrinária considerando o Ministério Público como um “Quarto Poder”.

²⁶ Conforme o artigo 2º, caput, da Lei No. 8.389/91.

²⁷ Na forma do artigo 4º da Lei No. 8.389/91, o conselho é composto por treze membros, mais os respectivos suplentes.

²⁸ Em trabalho bastante interessante tem-se uma análise da primeira e segunda composição do Conselho demonstrando que a sua composição não é tão neutra como deveria ser, havendo significativa captura da parte dos grandes agentes do mercado. No artigo também são analisados outros pontos interessantes e algumas críticas ao Conselho.

BRITTOS, Valério Cruz. NAZÁRIO, Paola Madeira. SIMÕES, Denis Gerson. “Conselho de Comunicação Social: possibilidades e limites”. UNIREVISTA - Vol. 1, nº 3 - julho 2006. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

satisfatória²⁹, o que acaba lhe trazendo um descrédito perante toda a sociedade. Desta forma, caberia a sua substituição por um agente regulador independente que poderia ter também as atribuições consultivas do conselho, além daquelas conferidas em seu respectivo marco regulatório. Em capítulo específico será tratada a questão do agente regulador.

Por fim, é importante observar que os meios de comunicação de massa também têm uma relevância no que diz respeito à cultura, principalmente no que diz respeito à difusão. Tal fato é explicitado no inciso II, do artigo 221, anteriormente mencionado, sendo também tratado na parte da Constituição que versa sobre cultura. Desta forma, tendo em vista que a pretensão deste capítulo é tratar dos princípios constitucionais afetos ao tema, abaixo reproduzimos parte que consideramos relevantes dos artigos 215 e 216 da CRFB/88:

Título VIII
Da Ordem Social

Capítulo III
Da Educação, da Cultura e do Desporto

Seção II
Da Cultura

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

(...)

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

- I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
- II - produção, promoção e difusão de bens culturais;
- IV - democratização do acesso aos bens de cultura;
- V - valorização da diversidade étnica e regional.

²⁹ Esta também é a opinião do Professor Gustavo Binbenbojm em outros temas afetos ao Conselho de Comunicação Social e dos estudiosos do setor de comunicação social, Valério Cruz Brittos, Paola Madeira Nazário e Denis Gerson Simões em seu respectivo artigo. BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit. p. 20 e BRITTOS, Valério Cruz. NAZÁRIO, Paola Madeira. SIMÕES, Denis Gerson. Ob. Cit.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Estas disposições programáticas são afetas diretamente à área de cultura, mas que paralelamente dizem respeito à comunicação social, posto que os meios de comunicação são um relevante instrumento para alcance dos objetivos de difusão, valorização e democratização do acesso aos bens culturais nacionais, muitos dos quais são imateriais, tais como músicas, filmes e documentários. Em outras palavras, os meios de comunicação social devem ser mais um instrumento para a concretização das normas programáticas relativas à cultura.

Na parte da Constituição relativa ao Desporto, não há dispositivos que caibam menção nesta oportunidade.

3. O Regime de Concessão de Televisão e o Poder Legislativo

Neste momento, iremos tratar da segunda peculiaridade da regulação da radiodifusão no sistema brasileiro, qual seja, a sua especificidade em relação ao regime geral das concessões e sua relação ao poder legislativo. O poder concedente, no âmbito do direito administrativo, diz respeito a quem tem capacidade legal para conceder um determinado serviço ou a exploração de um bem público com base em critérios político-constitucionais. Observada a premissa de que somente pode delegar/conceder alguma serviço público se o ente for detentor/titular deste serviço público³⁰.

³⁰ Apesar de não fazer parte do escopo deste trabalho, a título exemplificativo cabe observar que apesar de aparentemente simples, a titularidade de serviços públicos em certos casos gera significativa polêmica como a que diz respeito a titularidade de exploração do saneamento básico. Para maiores informações, ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. "Direito Administrativo das Concessões". 5ª. edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 289 e seguintes.

A lei de concessões e permissões da prestação de serviços públicos, Lei No. 8.987/95, que regulamenta os preceitos estabelecidos no artigo 175 da CRFB/88, ao introduzir o tema poder concedente foca na questão do ente com capacidade para conceder, conforme regras constitucionais³¹, quais sejam: a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. Em regra, observada a prática, constata-se que tal poder de conceder fica afeto ao poder executivo que como gestor e executor das políticas públicas acaba sendo o responsável por operacionalizar tais delegações. Desta forma, diversos setores, regulados ou não, tiveram a sua exploração concedida a iniciativa privada através de procedimento estruturado no âmbito do poder executivo, federal, estadual, distrital ou municipal.

Neste contexto, o setor de radiodifusão é uma grande exceção por três motivos. Em primeiro lugar existe uma menção legal explícita expondo a não aplicabilidade da Lei de Concessões e Permissões da Prestação de Serviços Públicos, Lei No. 8.987/95, em seu artigo 41³², no que diz respeito as concessões, permissões e autorizações de serviços de radiodifusão. Ora, tem-se uma lei nacional³³ que se aplica a todos os entes que compõem o Estado brasileiro, ou seja, possui uma abrangência bastante significativa se comparada a outras normas que são restritas ao âmbito federal. Buscava-se criar uma norma geral e ampla que pudesse estabelecer princípios para os mais diversos setores, indo dos transportes terrestres até a energia elétrica. Quando tal lei trata como uma exceção o setor de radiodifusão, uma concessão um tanto quanto relevante como observado anteriormente, tal medida acabando prejudicando o próprio setor pois gera uma instabilidade posto que certos conceitos estabelecidos na lei geral de concessões tendem a evoluir doutrinariamente e jurisprudencialmente, de forma que o estabelecimento de um sistema hermético tende a prejudicar o amadurecimento do próprio setor. Alguns institutos tais como audiências públicas, fiscalização e

³¹ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

³² Art. 41. O disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

³³ Neste ponto, cabe expor a diferença entre uma lei federal e uma lei nacional. A lei federal teria seu campo de aplicação restrito ao âmbito da União Federal. Por outro lado, a lei nacional tem seu campo de aplicação mais amplo ao vincular todos os entes que compõe o Estado brasileiro, ou seja, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, principalmente no que diz respeito aos princípios gerais.

publicidade dos termos de concessão e assim por diante tenderiam a amadurecer o setor de radiodifusão e ao mesmo tempo gerar uma maior previsibilidade, o que eventualmente tenderia a gerar um saudável incentivo a competição no setor.

Um segundo aspecto, diz respeito ao fato de que no artigo 175 da CRFB/88 há um tratamento dado ao gênero concessão e permissão e a própria Constituição estabelece princípios que devem ser dispostos em lei. A exceção expressa ao serviço de radiodifusão prevista no artigo 41, da Lei No. 8.987/95, deixa uma dúvida, qual seja, já que a lei geral não se aplica, qual a lei que deverá dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação e das condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão, dos direitos dos usuários, da obrigação de manter serviços adequados, e até mesmo de uma eventual política tarifária. Princípios estabelecidos constitucionalmente aplicáveis a todas as concessões e permissões. Observada a Lei No. 4.117/62 – Lei de Telecomunicações - constata-se que tal lei não trata de tais temas de forma suficiente. Tal aspecto gera uma certa instabilidade jurídica que tende a afastar novos entrantes, e, conseqüentemente, também pode ser tida como prejudicial a concorrência.

Como um terceiro aspecto observa-se a relação de supervisão do legislativo das questões afetas aos serviços de radiodifusão. Tal aspecto dada a sua complexidade terá que ser tratado de forma um pouco mais profunda do que os motivos anteriores. Como um primeiro detalhe cabe observar que conforme os dispositivos 223 e 224 da CRFB/88 estabelecem que tal supervisão tem um fundamento constitucional. A opção pelo poder legislativo gera um certo exotismo posto que não ocorre com nenhum dos outros serviços públicos concedidos e foge do rol das atribuições de tal poder, quais sejam, a atribuição legislativa³⁴, representativa, fiscalizatória e investigatória.

³⁴ Entendemos que a atribuição legislativa tende a ser a principal do poder legislativo. Por conta de sua clareza, cabe destacar a definição do professor Guilherme Peña – (...) “o Congresso Nacional é titular de atribuição legislativa, visto que os órgãos legislativos são responsáveis pela produção de normas legais, que encerra o processo de criação, modificação e revogação das espécies normativas, em consonância com os arts. 59 *usque* 69, todos da CRFB.” MORAES, Guilherme Peña. “Direito Constitucional – Teoria do Estado”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 112.

Como fundamento para tal excentricidade do sistema brasileiro, cabe analisar a questão sob uma perspectiva histórica, observando-se que o cenário político no qual se deu a elaboração da Constituição de 1988 foi o de um contraponto ao regime autoritário que deteve o poder por décadas. Tal regime totalitário tinha conhecimento da força dos meios de comunicação de massa e não hesitou em censurar e usar tais meios como um instrumento do regime de exceção. Desta forma, uma constituinte fundamentada pelos mais diversos princípios democráticos tinha receio de conferir a titularidade dos meios de radiodifusão a um poder executivo que há pouco tempo tinha feito um uso abusivo que gerou feridas ainda mal cicatrizadas na sociedade brasileira. A opção pelo poder legislativo estaria relacionada a perspectiva de uma concretização de valores democráticos e plurais afetos a diversidade do poder legislativo, ou seja, tal o poder inerente a comunicação de massa estaria sob a supervisão dos representantes do povo que compõem o poder legislativo, e, por conseguinte, o poder que está na mão de muitos, não está na mão de ninguém e o risco de abuso seria atenuado.

No entanto, é necessário uma ressalva à pretensão dos constituintes quando da elaboração da Constituição em vigor, respeitada a dificuldade no exercício de previsões para o futuro. O modelo desenhado naquele momento simplesmente não deu certo ao longo do tempo. O poder legislativo ao supervisionar o setor de radiodifusão não conseguiu torná-lo mais moderno, eficiente e competitivo, praticamente tendo mantido o modelo anterior que vigorava no regime totalitário. Os motivos podem ser dos mais variados, indo desde a intensa demanda afim as atribuições legislativas até ao fato de que existem congressistas cujas famílias são titulares de concessões de tv ou rádio, não havendo interesse numa alteração do *status quo*. Por outro lado, a onda democrática que atingiu o país, também se abateu sob o Poder Executivo, o que nos leva cada vez mais a ter um governo pautado por valores democráticos e que tem buscado nas mais variadas oportunidades eliminar resquícios de autoritarismo em suas normas e práticas. Neste contexto, cabe destacar a concretização de políticas públicas nos mais diversos setores da parte do poder executivo que ao longo dos anos conferiu significativa agilidade, dinamismo e competitividade aos mais diversos mercados. Apesar de termos evoluído, ainda existem problemas que devem ser tratados, destacando-se num ambiente

democrático o relevante papel desempenhado pela mídia, pelo Ministério Público, pelo Judiciário, pelos Tribunais de Contas, dentre outros.

Desta forma, tem-se que é cabível uma interpretação para a opção constitucional de se conferir poderes de supervisão das concessões dos serviços de radiodifusão ao poder legislativo. No entanto, *maxima data venia*, entendemos que tal posição deve ser revista buscando o bem da sociedade brasileira, tal capacidade deveria ser atribuída ao poder executivo, mais especificamente a um agente administrativo com uma blindagem que o permita gerir políticas públicas afetas a um serviço público extremamente relevante como são os serviços de radiodifusão. Neste sentido, vislumbramos a hipótese de tal poder estar no âmbito de uma agência reguladora.

Na hipótese de atuar como um agente supervisor e gestor das políticas públicas afetas aos serviços de radiodifusão ter-se-ia uma quinta atribuição da parte de tal poder, qual seja, a regulatória, que por si só demanda significativa expertise posto a especificidade e relevância do setor.

CAPÍTULO II – A TRANSMISSÃO ESPORTIVA

1. A Transmissão Televisiva de Eventos Esportivos

As transmissões esportivas gozam de certas peculiaridades em relação ao gênero, transmissão televisiva. Inicialmente, a transmissão televisiva caracteriza-se como o sinal de radiodifusão transmitido de um ponto emissor e que alcança diversos pontos receptores ao mesmo tempo. O conteúdo transmitido pode variar significativamente do jornalismo à programação infantil e à telenovela. Desta forma, existe um gênero, que é a transmissão televisiva, e uma espécie, a transmissão esportiva, que será abordada ao longo do presente trabalho. Destaca-se que o tema pode ser analisado sob duas perspectivas, a da televisão e a da entidade organizadora da atividade esportiva. Em primeiro lugar analisaremos sob a ótica da televisão, em seguida faremos uma rápida abordagem através da perspectiva da entidade desportiva.

O esporte desperta grandes paixões e emoções, seja a torcida pelo seu time ou pelos atletas de seu país, nas diversas modalidades de esportes. É fácil constatar que os mais variados eventos esportivos assumiram ao longo do tempo significativa relevância social, e, conseqüentemente, mercadológica³⁵. Como um evento esportivo acontece em um momento específico, existem várias barreiras que limitam a audiência de tal evento. Estas barreiras podem dizer respeito à limitação da quantidade de público, ao valor do ingresso, ao local de realização do evento e até mesmo acerca do simples desconhecimento de determinada modalidade esportiva. Com a transmissão televisiva existe uma significativa ampliação do público, passando de uma escala de milhares de espectadores para uma escala de milhões de telespectadores³⁶.

³⁵ No aspecto mercadológico, importante registrar o crescimento europeu dos rendimentos associados ao futebol – “According to Deloitte, an accounting firm which publishes an annual review of the sport’s finances, total revenues of the “big five” European leagues rose to €7.1 billion (\$11.3 billion) in 2006-07 from €2.5 billion in 1996-97. Most of the increase came from broadcasting.” Revista The Economist, edição de 31 de julho de 2008, The Business of Sport.

³⁶ Neste ponto destacamos a seguinte notícia da empresa especializada em pesquisas Nielsen: “A questão do horário, adiantado oito horas em relação a Greenwich, não foi suficiente para afastar os telespectadores da Olimpíada de Pequim, realizada entre agosto e setembro deste ano. De acordo com a Nielsen, 4,7

As transmissões esportivas tendem a atrair um grande público. Nos EUA, em 2007, de forma surpreendente, houve uma audiência maior para o “Sunday Night Football” do que para a entrega da premiação do “Golden Globe Awards”³⁷. Estas premiações tendem a atrair um grande público por conta da quantidade de celebridades envolvidas e por se tratar de um evento que goza de ampla divulgação. No entanto, neste dia específico, a rivalidade entre dois times de futebol americano atraiu uma parcela bastante significativa dos telespectadores norte-americanos. A transmissão de eventos como a Copa do Mundo e as Olimpíadas atraem uma audiência na esfera dos bilhões de espectadores³⁸. Jogos da seleção brasileira de futebol na Copa do Mundo praticamente param o país, reunindo todos ao redor de televisores para assistir tais partidas.

Outro aspecto é que o evento esportivo é único. Somente há uma final de Copa do Mundo de 1994 acontecendo em um certo momento e lugar, por exemplo. Em regra, o espectador deseja assistir ao evento no momento em que ele ocorre, o que poderia servir de base para uma caracterização do bem, cuja escassez pode trazer significativas

bilhões de pessoas em todo o mundo assistiram aos jogos em algum momento, registrando a maior audiência de um evento global na história.

Além dos jogos de Pequim, outros eventos esportivos registraram médias históricas em termos de audiência. A 42ª edição do Super Bowl (final da liga de futebol americano, realizada entre New York Giants e New England Patriots), realizada no último 23 de janeiro, teve 97 milhões de telespectadores, a maior registrada neste esporte. (...).

As finais da NBA (Associação Americana de Basquetebol) entre Boston Celtics e Los Angeles Lakers, com média de 14,9 milhões de telespectadores, e os jogos decisivos entre Pittsburgh Penguins e Detroit Red Wings, pela liga americana de hóquei no gelo (NHL), com audiência de 2,5 milhões, foram as maiores audiências destes esportes nos últimos cinco anos. A final do tradicional torneio de Wimbledon, entre Rafael Nadal e Roger Federer, que foi vista via TV por 5,2 milhões de pessoas, registrou a maior audiência do tênis nos últimos oito anos.

Para Eliane Dal Colleto, gerente de Comunicação da Nielsen Brasil, além de os esportes atraírem milhares de (tele)espectadores naturalmente, alguns eventos deste ano trouxeram momentos memoráveis (...).

Hiperlink: http://www.br.nielsen.com/news/ano_dos_esportes.shtml, acessado em 03 de abril de 2008.

³⁷ Conforme informação do site Variety de 17 de setembro de 2007. Tal tendência tende a se firmar ao longo do tempo. Hiperlink:

http://www.variety.com/awardcentral_article/VR1117972097.html?nav=news&categoryid=1983&cs=1.

Acessado em 03 de abril de 2009.

³⁸ Cabe reproduzir o observado por Leonard Mogel em seu livro: “Sports broadcasting is global. In 1990, one huge international event, soccer’s World Cup final, was beamed to 167 countries and drew a huge audience of 1.06 billion. In terms of telecasts, the 2000 Summer Olympics in Sidney holds the ratings record, with an audience of 3.7 billion”. Cabe ainda complementar que em nossa opinião achamos bastante provável que tais números tenham aumentado na última Copa do Mundo e na Olimpíadas de 2008, em Pequim.

MOGEL, Leonard. “This Business of Broadcasting”. Nova Iorque, EUA: Watson-Guptill Publications, 2004. p. 133.

alterações no mercado e que não admite a substituição. Portanto, diferente de outras obras audiovisuais, como filmes, que possuem diversas “janelas”³⁹ de exibição, ou de outros programas televisivos, que são previamente gravados e levados ao ar em uma determinada ordem, como seriados, novelas, programas de entrevista, etc., no caso da transmissão esportiva existe a prevalência pelos programas com transmissão ao vivo. O pesquisador Leonard Mogel⁴⁰ aponta para o fato de que os diversos canais de televisão possuem uma divisão específica para a parte de esportes. Para o sucesso das transmissões esportivas é preciso concluir os arranjos contratuais com os titulares dos direitos de transmissão com grande antecedência. E depois seguir com o planejamento, comercializar o espaço publicitário, contratar pessoal e organizar toda a infra-estrutura, para que seja realizada a devida cobertura dos eventos. A título exemplificativo, ele menciona a organização, planejamento e antecedência necessários para a cobertura de um evento como as Olimpíadas de Verão.

Desta forma, considera-se a transmissão de eventos esportivos como um significativo meio de atrair audiência para um determinado canal de televisão. Cabe registrar que o modelo de negócio da TV aberta tem como principal receita a publicidade exibida ao longo da programação. Seguindo tal raciocínio chega-se à conclusão lógica de que quanto maior a audiência, maior será o número de pessoas que serão atingidas por uma publicidade veiculada. E quanto maior o número de pessoas expostas a uma propaganda, mais o canal poderá cobrar pela exibição de uma obra publicitária e quanto maior a receita de um canal maior será a capacidade de investimento. Por conseguinte, o capital investido em grande monta tende a trazer uma melhoria na qualidade da programação como um todo e até mesmo para adquirir outras licenças de modalidades esportivas. Esta lógica, aparentemente simples, acarreta outras repercussões, algumas das quais serão tratadas no corpo deste trabalho.

³⁹ Por janelas de exibição de filmes entende-se que existem diversos momentos para a exploração comercial da obra. Tal ciclo normalmente se inicia com a apresentação em salas de cinema, depois passa ao home-video e video *on demand*, passando para o *pay-per-view*, canais *premium* de TV à cabo e por fim chega a TV aberta. No caso das transmissões esportivas não existe esta exploração de janelas, mas tão somente um eventual “reprise”, que serve mais para completar a grande de programação do que para atrair telespectadores.

⁴⁰ MOGEL, Leonard. Ob. Cit. p. 46-47.

Em análise com viés mercadológico, o professor Spekman⁴¹ estabelece que na história da televisão a transmissão de esportes é valorizada por conta de três motivos: 1) a programação esportiva serve como um veículo para atrair anunciantes e um meio de atrair público para outros programas do canal de televisão (por exemplo, através da divulgação de outros programas do canal); 2) a transmissão de programas esportivos atrai principalmente um público masculino, alvo difícil de ser alcançado pela publicidade e tal especificidade acaba justificando um acréscimo significativo no valor pago pelo espaço publicitário; 3) por, fim, em se tratando da entrada de novos agentes no mercado televisivo, a transmissão de eventos esportivos tende a ser uma forma de atrair público para a programação de um novo canal, fortalecendo, ainda, a sua identidade. No setor de televisão, tais bens intangíveis são denominados de benefícios complementares (“ancillary benefits”).

Abordando mais especificamente o mercado brasileiro, as transmissões esportivas gozam de significativa relevância para o público, mantendo a mesma tendência observada em outros países. Isto está associado à concentração de mercado já existente por conta do poder da Rede Globo, o que gera significativas distorções concorrenciais, a seguir oportunamente tratado.

Sob a perspectiva do esporte, ou, mais especificamente, das entidades organizadoras das modalidades desportivas⁴², verificamos que as espécies de modalidades profissionais⁴³ têm como principais fontes de receita os patrocínios diretos associados aos mais diversos agentes do mercado, que desejam veicular suas marcas associadas à

⁴¹ SPEKMAN, Robert E. “NBC Sports: The Major League Baseball Television Rights Decision”. Darden Case No. UVA-M-0691. University of Virginia - Darden Graduate School of Business Administration. Charlottesville, VA, EUA: University of Virginia Darden School Foundation, 2004.

⁴² Como exemplo nacionais de tais entidades temos a CBF – Confederação Brasileira de Futebol, o Clube dos Treze, também relacionado ao futebol, a CBV – Confederação Brasileira de Voleibol, a CBB – Confederação Brasileira de Basquetebol, a CBA – Confederação Brasileira de Atletismo. Cabe observar que existem federações no âmbito estadual como a Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro e a Federação de Voleibol do Estado do Rio de Janeiro, assim como organizações que atuam na esfera internacional, como é o caso da FIFA, com sede em Zurique, na Suíça e a FIBA, no basquetebol.

⁴³ Por uma questão de ordem prática, não abordaremos neste momento as ligas esportivas amadoras. Também não trataremos de eventuais investimentos feitos pelo Estado nas práticas desportivas, que é focado em políticas públicas e sociais cuja fundamentação pode variar bastante, desde políticas públicas afetas à educação até as políticas públicas de geração de emprego e renda. De qualquer forma, cabe observar que tais investimentos em diversos momentos são essenciais para as diversas modalidades esportivas.

determinadas atividades. Como receita complementar há renda gerada pelo acesso que o público tem àquela modalidade, através da compra de ingressos, transmissão por rádio e televisão e, ainda, incipiente, a transmissão pela internet.

A título exemplificativo citamos o nascimento de esportes como o beisebol nos EUA, que era originalmente praticado de forma amadora nos finais de semana. E ao final de cada jogo circulava, literalmente, pelo público um chapéu para arrecadar um pequena verba, que remunerava a manutenção do local onde se realizavam as partidas e, eventualmente, as despesas com a alimentação dos jogadores. Na segunda-feira após os jogos os atletas voltavam às suas respectivas atividades profissionais.

Ao longo do tempo alguns esportes foram se profissionalizando, ampliando a sua divulgação e, oportunamente, a transmissão como um todo. Como exemplo de tal crescimento, cabe mencionar que as três principais redes de televisão norte-americanas, ABC, CBS e NBC, em 1970, transmitiram cerca de 800 horas de eventos esportivos ao vivo. Em 1980, com o advento da tv à cabo houve um significativo incremento do número de horas de eventos esportivos transmitidos ao vivo, que atingiu 1.700 horas. Em 2003, foram transmitidos mais de 5.000 horas de eventos esportivos ao vivo, sem incluir programação local ou regional de interesse de um público mais específico.

No Brasil o nascimento do futebol está associado ao britânico Charles Miller, que o introduziu à alta burguesia da época. Com o passar do tempo as modalidades esportivas ganharam uma dimensão maior, com características de atividade profissional, na qual os atletas e outros envolvidos começaram a obter o seu sustento diretamente dela. Este profissionalismo somente ocorreu com a presença de dois elementos essenciais, já mencionados anteriormente, quais sejam, o público e os patrocinadores, gerando, por conseguinte, uma receita significativa. Isto porque os patrocinadores não existem sem público. E a receita decorrente do patrocínio, se corretamente utilizada, pode servir como um instrumento para a ampliação do público, acarretando inevitavelmente o incremento da renda proveniente de uma determinada modalidade.

A transmissão esportiva, portanto, está diretamente relacionada ao binômio público e patrocinadores. Por um lado, não há mais restrição ao público presencial. Complementarmente, os patrocinadores passam a ter uma veiculação maior de suas marcas, independente da que vimos anteriormente afeta à publicidade na televisão. A veiculação de marcas inclui bancos, fabricantes de carros, de produtos alimentícios, fabricantes de medicamentos e empresas de celulares, que têm interesse em divulgar ou fortalecer suas marcas perante certos públicos. E também fabricantes de produtos desportivos, que vendem, diretamente, aquele produto identificado por sua marca, como camisas de times e seleções de futebol; ou indiretamente, através do atleta amador que adquire produtos esportivos para a sua prática pessoal, como, por exemplo, calçados desportivos, raquetes ou camisas de secagem rápida para a prática da atividade.

Portanto, sob a perspectiva do esporte é importante ampliar a sua base de público. Num primeiro momento, a ampliação serve para profissionalizar a modalidade, mas em um segundo momento visa fortalecer a prática da modalidade e até mesmo criar eventos esportivos que têm a áurea de um grande espetáculo⁴⁴. Ademais, a ampliação da receita permite investir em infra-estrutura, novos talentos e diversos modelos de negócio, assim por diante. Partindo-se da premissa de que o público é um bem que tende à escassez, a capacidade de atrair público sempre será um aspecto relevante⁴⁵.

⁴⁴ Sobre o tema, importante fazer menção ao Sr. Rooner Arledge, que foi um dos pioneiros da transmissão esportiva. Ele iniciou a sua carreira em 1960 na rede norte-americana ABC, onde trabalhou até a sua morte em 2000, tendo participado de nada menos do que dez coberturas olímpicas. Rooner Arledge introduziu técnicas como o “slow motion” (câmera lenta), o “stop action” e o replay instantâneo, assim como o uso de câmeras dentro da água e dentro de carros de corrida. Foi também o pioneiro no uso de “closes” e “extreme close-ups” para obter as expressões de atletas e técnicos em campo. Enfim, são exemplos de técnicas que fizeram as transmissões esportivas se tornarem verdadeiros espetáculos. MOGEL, Leonard. “This Business of Broadcasting”. Nova Iorque, EUA: Watson-Guption Publications, 2004. p.136.

⁴⁵ Curioso é o modelo norte-americano, em que as principais modalidades esportivas têm suas temporadas com um calendário não colidente, de forma a evitar uma concorrência predatória (concorrência por público, espaço nos meios de comunicação, etc.). Desta forma, as finais da temporada de basquetebol da NBA acontecem antes do início da temporada do futebol americano da NFL e apesar de concomitante com a temporada de beisebol da MLB, não são os principais momentos da liga de beisebol. Tal modelo consolidado, por outro lado, dificulta o espaço para ligas de outros esportes como o futebol (“soccer”, no inglês norte-americano). No Brasil existe dificuldade para as modalidades esportivas diversas do futebol ganharem espaço na tv aberta. Um dos motivos estaria associado à impossibilidade de ter um espaço no calendário, considerando que a temporada de futebol se inicia no final de janeiro com os campeonatos estaduais e vai até o começo de dezembro.

Em vista do exposto, é relevante considerar que a relação entre a televisão e as modalidades esportivas gera para ambas um proveito. Para a televisão, pela capacidade dos esportes conseguirem gerar uma audiência, e, conseqüentemente, ocupação e valorização do espaço publicitário. Por outro lado, as modalidades esportivas precisam da televisão como um meio para difusão e manutenção e ampliação de seu respectivo público, o que influencia na capacidade de manter e atrair novos patrocinadores para a modalidade, como conseqüência. Infelizmente, existem desequilíbrios em diversas relações neste setor, seja entre as empresas de radiodifusão na aquisição dos direitos, seja entre as empresas de radiodifusão e os titulares dos direitos de imagem e transmissão das modalidades esportivas. Tais desequilíbrios não tendem a ser pró-competitivos e a gerar ganho de bem estar social, como a seguir demonstraremos.

2. A Comercialização dos Direitos de Transmissão

Anteriormente, neste capítulo, foi estabelecida uma visão geral do segmento de transmissões esportivas e sua relevância para a televisão. O segmento de esportes, que deve ser considerado como entretenimento, tem significativa importância na arrecadação de recursos publicitários para toda a cadeia envolvida na televisão, tanto na espécie fechada e aberta. Os rendimentos derivados desta veiculação no âmbito da televisão servem para fortalecer a posição de mercado dos agentes, remunerar sócios e investidores das empresas, investir em novos equipamentos, que serão compartilhados por outras áreas da empresa, como, por exemplo, equipamentos de transmissão de alta tecnologia, e assim por diante. Em algumas hipóteses estas receitas podem servir até mesmo para subsidiar outros setores da empresa radiodifusora, que não sejam por si só lucrativos, mas são relevantes como instrumento formador de opinião, como o setor de jornalismo. Ou, ainda, em projetos que tendem a não ser lucrativos ou são muito arriscados, como, por exemplo, produção de minisséries artísticas com viés autoral. Desta forma, é muito importante para as empresas de televisão, no momento da aquisição dos direitos de transmissão esportiva, estabelecer bases na referida negociação que lhe permitam auferir um rendimento significativo, tanto para pagar os custos⁴⁶

⁴⁶ Para os pesquisadores Massimo Motta e Michele Polo os custos das empresas de TV são primordialmente custos fixos, ou seja, não há um aumento de custo associado a inclusão de mais um espectador. Por sua vez, os custos fixos podem ser divididos em dois tipos, associados a questões

associados à operação de um canal de televisão, com também obter um lucro que remunere o capital investido no canal.

Por outro lado, para a representante das entidades esportivas que pretende comercializar os direitos de transmissão de um determinado evento, deve-se observar que a receita proveniente tende a ser uma das principais receitas de seus associados. É essencial que as entidades mantenham a capacidade de investir e ampliar a sua estrutura, em sentido amplo, como o espaço físico de treinamento e de jogos, as categorias de base, investimentos em outros esportes, dentre outros. Um ponto que merece destaque é que estas receitas também são utilizadas para remunerar seus respectivos atletas e pessoal, fato que associado aos custos crescentes com a remuneração dos atletas de alta performance torna a conta bastante complexa. Isto decorre da seguinte pergunta: Em quanto remunerar o talento? É uma pergunta difícil de ser respondida nas variadas atividades, principalmente esportiva, e que não trataremos neste trabalho.

Neste momento, iremos analisar exatamente quais são os direitos que serão comercializados, e, posteriormente, a forma como se dá esta comercialização.

Como um primeiro ponto é preciso estabelecer que as jogadas realizadas durante uma partida ou, ainda, os movimentos feitos pelos jogadores não são considerados expressões protegidas por direito autoral, por não se envolverem expressão artística no sentido técnico do termo^{47 48}. Desta forma, diferente de outras formas de expressão nas

tecnológicas ou institucionais ou a custos de programação. Abaixo reproduzimos parte da explicação para referência:

“In the TV business, most of the costs do not depend on the number of viewers that watch the programs, and are therefore fixed, while the costs of broadcasting the programs (including the advertising messages) to an additional viewer are negligible. (...) Within the fixed costs, we can distinguish between two broad subsets: a first class is basically determined by technological or institutional reasons. (...) The second class of costs refers to programming and includes production costs and the purchase of transmission rights: those costs are very sensitive to market size and the degree of competition, due to technical and, more substantially, quasi-rent reasons. A very popular program costs more because the cost of scarce input needed (talent) is pushed up by competition among TV-channels”.

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. “Beyond the Spectrum Constraint: Concentration and Entry in the Broadcasting Industry”. In *Antitrust, Regulation and Competition – Central Issues in Contemporary Economic Theory and Policy*. (org. Mario Baldassari). Palgrave Macmillan: Nova Iorque, EUA, 2003. p.10

⁴⁷ Esta observação é relevante, considerando que existem obras artísticas, como coreografias ou atuações teatrais em que os movimentos coordenados são uma expressão artística, e, conseqüentemente, são protegidos pelo direito de autor.

quais a lei confere um monopólio legal à exploração econômica, isso não acontecerá em relação a uma partida de futebol ou basquete. Em outros aspectos afetos ao evento esportivo poderá se discutir a existência de direitos de autor⁴⁹ e direitos conexos em relação a outros pontos da transmissão, mas estes não existem em relação à partida propriamente dita.

No entanto, haverá o direito de imagem⁵⁰ do jogador e demais envolvidos nos eventos esportivos. Trata-se de direito protegido constitucionalmente⁵¹ e pelas normas que a regulamentam, i.e., o Código Civil e a Lei n. 9.615/98, sendo considerado como uma extensão do direito da personalidade⁵². Desta forma, é imprescindível a prévia autorização para uso de tal imagem, que poderá ser feita com base contratual ou em bases legais.

⁴⁸ Neste sentido também é a opinião dos professores Landes e Posner. Em sua obra, os professores apontam situação em que há a possibilidade de infração, mas apontam solução diversa do direito autoral. LANDES, William M., POSNER, Richard A.. “The Economic Structure of Intellectual Property Law”. Cambridge, EUA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 106-107.

Cabe menção também a posição do professor Ascensão: “Vamos deixar desde logo o direito de autor. Este não poderia estar em causa, porque o espetáculo desportivo não implica a criação ou a execução de obra artística ou literária”. (...) “No domínio dos bens intelectuais, o princípio não é o da universalidade, mas sim o da tipicidade da proteção.”

ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direito Autoral”. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 506.

⁴⁹ Por exemplo, direito autoral sobre o hino do clube ou sobre o escudo de um time.

⁵⁰ O Professor Posner, em conformidade com a doutrina norte-americana, faz menção ao direito à publicidade que tem relação com o direito de imagem, cabendo reproduzir sua lição: “(...) the ‘right of publicity’, gives a person the right to prevent the use of his name or face in advertising without his consent. The right is invoked most frequently by celebrities who are not shy but merely want to control the marketing of the right to use their name or face in advertising in order to maximize their income; hence its name”.

POSNER, Richard A. “Overcoming Law”. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1995. p. 533.

⁵¹ Artigo 5º. CRFB/88

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (grifo nosso)

(...)

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

⁵² Oportuno registrar algumas decisões judiciais interessantes. A primeira diz respeito ao uso indevido e não autorizado da imagem de jogadores em álbuns de figurinhas, em que restou decidido ser necessária a autorização. Uma outra decisão, trazida pelo Professor José de Oliveira Ascensão, é assim narrada por ele: “Numa importante decisão, o Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara condenou, em 27 de junho de 1974, a Siemens, por ter difundido uma fotografia do jogador de futebol Jairzinho, com a legenda: ‘A Siemens iluminou o gol da vitória’. Fundou-se num direito da personalidade, distinguindo a utilização de fotografia de personagem pública para fins de informação, e a sua utilização junto a mensagem publicitária”.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. Cit. p. 507.

Na forma contratual, o jogador ao celebrar contrato de trabalho⁵³ ⁵⁴com uma entidade esportiva, ou com uma confederação no caso dos selecionados nacionais, deve dar uma autorização expressa para o uso de sua imagem. Este direito não pode se dar por um período superior a um ano⁵⁵, podendo, entretanto, ser amplo ou limitado. Uma hipótese de uso amplo é a possibilidade da entidade utilizar a imagem do jogador também no *website* e publicações do clube; em álbuns de figurinhas e jogos de vídeo-game⁵⁶, ou, até mesmo, em publicidade do clube em que um determinado jogador apareça.

E em certos casos poderá ser acordado um direito recíproco de uso da imagem. A autorização recíproca, rara no Brasil, está ligada à possibilidade do jogador obter autorização para fazer uso da imagem do clube em questões pessoais, próprias, como, por exemplo, em seu *website*, em certos eventos não-esportivos (profissionais ou de caridade), e, eventualmente, até mesmo em publicidade. No Brasil a regra é a adoção de uma cláusula padrão da autorização de uso do direito de imagem pelo clube em hipóteses previsíveis. As situações não previstas que venham a surgir serão negociadas caso-a-caso. Cabe observar, por fim, que os árbitros de diversas modalidades

⁵³ A lei estabelece a obrigatoriedade da celebração de contrato formal de trabalho nas hipóteses de prática profissional de um determinado esporte, na forma do inciso I, do parágrafo único, do artigo 3º, da Lei No. 9.615, Estatuto do Desporto:

Art. 3º (...)

Parágrafo único. O desporto de rendimento pode ser organizado e praticado:

I - de modo profissional, caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva;

⁵⁴ Neste ponto, cabe menção à ação movida pelo jogador de futebol Gamarra em face do Flamengo, seu ex-clube, em que pedia a rescisão do contrato na Justiça Trabalhista. Por conta de um conflito de competências, a discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça. Na decisão do STJ foi apontado que (...) “o contrato principal é o de trabalho; o outro, o contrato relativo ao uso de imagem, é acessório e só pode funcionar e ser interpretado em função do principal, pois nada mais é do que um suplemento do contrato de trabalho, assim sendo, é da Justiça Trabalhista a competência para o julgamento de litígios oriundos desses contratos”.

STJ - Conflito de Competência Nº 69.689 - RJ (2006/0213793-4) – Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data: 23 de junho de 2009.

⁵⁵ Conforme o disposto no artigo 28, da Lei No. 9.615, Estatuto do Desporto:

Art. 28 (...)

§ 7º É vedada a outorga de poderes mediante instrumento procuratório público ou particular relacionados a vínculo desportivo e uso de imagem de atletas profissionais em prazo superior a um ano.

⁵⁶ A título de curiosidade, notamos que alguns clubes como Botafogo e Corinthians não estão presentes no álbum de figurinhas denominado “Brasileirão 2009” por conta de questões afetas ao direito de imagem. Em dada versão do jogo Fifa Soccer, desenvolvido pela Eletronic Arts, apesar de praticamente todas as estrelas do futebol serem mencionadas em seus respectivos clubes, não havia menção na Seleção Brasileira ou no Real Madrid ao jogador Ronaldo. Isto porque Ronaldo havia dado uma licença exclusiva de uso de sua imagem para outra desenvolvedora de jogos de vídeo-game. Posteriormente, Ronaldo passou a estar presente nas versões do Fifa Soccer.

esportivas estão igualmente sujeitos à autorização ao uso de imagem para a respectiva federação ou confederação.

As hipóteses onde a autorização do uso é feita com base na lei são mais complexas do que as contratuais. Inicialmente, é preciso mencionar que a antiga lei de direito autoral – Lei No. 5.988/73 - estabelecia como um dos direitos conexos ao direito de autor o direito de arena⁵⁷. Tratava-se de uma inovação brasileira que buscava estabelecer um critério geral para o direito de imagem dos atletas. Há pontos positivos em normatizar esta questão, considerando que o estabelecimento de um padrão normativo visa garantir a segurança jurídica para as partes e terceiros interessados. E neste sentido, o direito de arena deixa claro quem será o beneficiário, no caso, as entidades esportivas. Outro aspecto favorável é que a norma diminui eventuais hipossuficiências técnico-jurídicas nas relações estabelecidas entre atletas e entidades. Por outro lado existem algumas críticas. Em primeiro lugar, retira-se a autonomia da vontade das partes, mas, ao mesmo tempo, de forma incoerente, permite-se no parágrafo único do artigo 100, que se disponha em sentido contrário sobre os aspectos financeiros da relação. E, ainda, por se tratar de uma norma geral, deixa lacunas no que diz respeito a eventuais peculiaridades de cada esporte. Enfatizamos, todavia, que tal modalidade não está mais em vigor, pois a Lei No. 5.988/73 fora revogada.

A atual lei de direitos autorais, a Lei No. 9.610/98, não traz menção ao direito de arena. No entanto, o Estatuto do Desporto, Lei No. 9.615/98, promulgado há cerca de um mês após lei de direitos de autor, faz ressurgir o direito de arena, com praticamente a mesma redação adotada na revogada lei de direitos autorais. Estipula o artigo 42, do referido estatuto:

⁵⁷ Lei No. 5.988/73 - Do direito de arena

Art. 100 - À entidade a que esteja vinculado o atleta, pertence o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos de espetáculo desportivo público, com entrada paga.

Parágrafo único. Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo.

Art. 101 - O disposto no artigo anterior não se aplica à fixação de partes do espetáculo, cuja duração, no conjunto, não exceda a três minutos para fins exclusivamente informativos, na imprensa, cinema ou televisão.

Art. 42. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem.

§ 1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins, exclusivamente, jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo.

§ 3º O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Desta forma, houve a manutenção de uma questão fundamental. O direito de imagem é de titularidade do atleta, enquanto o direito de arena é atribuído à entidade a qual o atleta estiver vinculado. E o direito ao uso da imagem do atleta é transferido à entidade desportiva contratualmente. De posse da capacidade contratual de negociar o direito de imagens dos atletas que compõem o seu elenco, a entidade desportiva pode negociar, autorizar e proibir a fixação, transmissão ou retransmissão de imagens do evento desportivo.

Antes de abordar a natureza dos direitos de transmissão, importante registrar quatro observações em relação ao dispositivo acima reproduzido. Em primeiro lugar, no parágrafo 1º, do artigo 42, do referido estatuto, em dispositivo semelhante ao constante na Lei No. 5.988/73, o legislador tentou corrigir sutilmente a redação no que diz respeito ao percentual devido aos atletas por conta do direito de imagem, através da inserção da expressão “no mínimo”. Entretanto, ainda persiste a confusão por conta da redação que se inicia com a expressão, “salvo disposição em contrário”, que pode dar margem a interpretações diversas, inclusive no sentido de que a remuneração pode ser inferior ao percentual de vinte por cento. Ademais, os atletas continuam sem ter como fiscalizar se a remuneração está sendo paga de forma correta, considerando que não têm

acesso ao montante arrecadado em bilheteria e, em regra, não têm conhecimento dos valores negociados nas transações de direitos de transmissão⁵⁸. Em segundo lugar, cabe mencionar a alteração no uso de imagens para fins jornalísticos, na forma do parágrafo 2º, do artigo 42. Houve uma alteração do critério de três minutos para três por cento do tempo do espetáculo, utilizando-se como paradigma uma partida de futebol, o que não gerou significativo impacto, já que três por cento dos noventa minutos de uma partida de futebol são cerca de 3 minutos. No entanto, este critério tende a gerar complicações em relação a outros esportes, principalmente naqueles onde as provas são muito rápidas, como uma corrida de 100 metros rasos ou 50 metros nado livre. Isto porque restaria a dúvida sobre quanto tempo exatamente poderia ser transmitido para efeitos jornalísticos. Consta-se, portanto, que não foi adequado tratar sobre este tipo de questão através da lei, de forma tão taxativa, pois a lei é genérica, sem considerar as especificidades de cada esporte. Em terceiro lugar, nota-se que o parágrafo 3º do artigo 42 traz importante inovação sobre o tema, pois equipara os espectadores aos consumidores de forma expressa. Inclui-se o torcedor num sistema jurídico com proteção constitucional e legal, na forma do artigo 5, inciso XXXII, da Constituição Federal e Lei 8078, de 1990, que ao longo do tempo tem se consolidado, tanto doutrinariamente como jurisprudencialmente. Alguns direitos dos torcedores e deveres dos organizadores tendem a se fortalecer, como o direito à segurança do consumidor/espectador. Por fim, a retirada do direito de arena da esfera da Lei de Direitos Autorais e sua inclusão no Estatuto do Desporto irá trazer uma nova interpretação para certos conceitos e princípios, que antes possuíam análise e interpretação sob um viés autoral. O direito de arena é incluído em outro sistema com princípios e prioridades diversos, o que acarretará algum impacto na interpretação e aplicação da norma. Apesar de não ser objeto do presente estudo, não podemos deixar de apontar sua relevância.

Neste momento, passaremos a análise da natureza dos direitos de transmissão para, em seguida, discutir a forma como tal direito tem sido comercializado.

Os professores Landes e Posner⁵⁹, como afirmado anteriormente, também compreendem que não há direito autoral sobre a prática desportiva. Todavia, ao

⁵⁸ O valor relativo à comercialização dos direitos de transmissão é uma grande incógnita. Mais adiante neste capítulo trataremos deste tema.

⁵⁹ LANDES, William M., POSNER, Richard A. Ob. Cit. p. 106-108.

analisarem o caso *National Basketball Association v. Motorola*⁶⁰ mencionam que poderia haver a hipótese de uma apropriação indevida, *misappropriation*, dos direitos de transmissão. Ou seja, em que pese o fato de a lei não ter conferido o monopólio sobre aquele conteúdo através de um direito autoral, se este direito estivesse na esfera do domínio público não haveria incentivos para que o agente criasse os fatos, e, simplesmente estes eventos esportivos deixariam de existir e de serem assistidos. Desta forma, sem deixar muito claro qual é o direito envolvido, mas entendendo que tal direito poderia ser objeto de apropriação indevida por terceiros, os professores comungam do mesmo entendimento adotado na decisão do caso, no sentido de que o serviço “SportsTrax” da Motorola não infringia os direitos sobre a transmissão de titularidade da NBA, por considerar que era um serviço meramente informacional e não visava competir ou se apropriar dos direitos da NBA.

Uma visão bastante interessante e com fundamentação muito pertinente é a do professor José Oliveira Ascensão. Ele insere o direito de arena dentro de uma noção maior denominada de “direito ao espetáculo”, que teria uma natureza consuetudinária, costumeira e não legal, tendo por fundamento a proteção ao investimento e o risco assumido pelo agente que organizou o evento. Em relação a todos os espetáculos haveria um princípio da inadmissibilidade da sua transmissão sem autorização de quem organizou o espetáculo. Segue o professor observando que o titular do direito não seriam, por exemplo, os clubes participantes de uma partida de futebol, mas sim o organizador do espetáculo, aquele que tem domínio do conjunto dos agentes envolvidos. E a este empresário deveria ser reconhecido o direito de exclusão em relação às transmissões do evento, que se justificaria no fato de a atividade organizativa necessitar de tutela, não podendo ficar sujeita ao aproveitamento parasitário de terceiros. Por fim, cabe reproduzir uma parte da explicação do professor Ascensão neste ponto:

Quanto a nós, não temos dúvida nenhuma em afirmar que esse fundamento é o costume. Para quem, como nós, considera o costume uma fonte de direito autônoma, que não depende de reconhecimento legal, o direito do empresário ao

⁶⁰ Referência da decisão norte-americana: 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997).

espetáculo é um exemplo acabado de costume *praeter legem* vigente genericamente em todas as ordens jurídicas.

Em vista do exposto, a relação jurídica estabelecida teria um terceiro agente. O primeiro é o atleta, titular do direito de imagem, que autoriza contratualmente o uso desta imagem pelo segundo elemento, a entidade esportiva. Esta entidade poderá utilizar o direito de imagem de seus atletas na forma autorizada, ao mesmo tempo em que é titular do direito de arena que lhe confere o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participe. Como um terceiro elemento, o organizador de evento esportivo, através de contrato adquire o direito de arena das entidades esportivas e, em seguida, com fundamento no direito costumeiro, poderia comercializar parte dos direitos envolvidos para terceiros, dentre os quais o direito de transmissão de sons e imagens. Paralelamente, os organizadores detêm também o direito de excluir o uso de imagens daquele evento por terceiros não autorizados.

Em termos práticos, na maior parte dos casos, os organizadores dos eventos esportivos são as federações, associações e confederações esportivas. No âmbito doméstico, isto tem gerado diversas indagações sobre até que ponto estas associações trazem ganhos sociais para a sociedade por conta de sua atividade representativa de diversos times de um determinado esporte. Questiona-se sobre a possibilidade destas associações agirem de forma assemelhada a um cartel, uma vez que a transferência dos direitos de transmissão a uma entidade e a centralização inerente acarretaria a existência de um único “fornecedor”. Esta centralização permite que as federações detenham significativo poder de mercado, e, conseqüentemente, cobrem valores mais altos pelos direitos comercializados.

Nos EUA, estas espécies de associações e federações acabaram sendo consideradas como *joint-ventures* e suas condutas são analisadas de forma ponderada e um pouco mais leniente por conta disso, bem diverso do tratamento dado aos cartéis naquela jurisdição. Como será posteriormente abordado na parte relativa à experiência internacional, constata-se que as interpretações neste ponto podem variar

significativamente conforme a jurisdição. Nas análises realizadas até o momento no Brasil, estas federações também não foram consideradas cartéis, mas foi observado que o poder de mercado detidos por elas poderia acarretar distorção competitiva nas hipóteses de celebração de contratos de exclusividades ou no uso de cláusulas de preferência.

Uma solução apontada seria a hipótese de uma negociação em separado entre cada clube e um canal de televisão. Haveria a possibilidade de um único agente do setor televisivo celebrar contratos com todos os clubes e de forma indireta obter a exclusividade sobre um campeonato. Por outro lado, haveria a possibilidade de uma negociação mais eficiente, com possibilidade de mais agentes do setor televisivo adquirirem os direitos de transmissão, inclusive canais menores e até mesmo concessionárias regionais, o que não acontece quando a compra e a venda destes direitos é feita de forma centralizada. Os críticos à aquisição individualizada apontam que a compra traria instabilidade para o sistema, pois os jogos são realizados entre dois clubes e haveria incerteza, por exemplo, em situações em que os dois clubes que vão jogar tem contratos de exclusividade com canais de televisão diferentes. Nesta hipótese, qual canal poderia transmitir o jogo? Os dois canais, somente um dos canais ou só o canal que tem contrato com o time que joga em casa? Outra crítica diz respeito ao fato de que times com maior apelo popular teriam uma propensão a auferir maior remuneração pelos canais de televisão, enquanto times menores ou mais novos teriam uma remuneração menor e dificuldade em alcançar boa performance ou permanecer na primeira divisão. Considerando que as receitas de direitos de transmissão compõem parte significativa das receitas de um clube, haveria o risco dos clubes considerados grandes serem sempre mais bem capacitados e preparados, diminuindo a competitividade e o equilíbrio de um determinado campeonato.

Neste momento, cabe indagar sobre qual o modelo adotado no Brasil. Sabe-se que existe uma grande tendência à centralização dos direitos de transmissão em torno de federações ou associações. Todavia persiste a indagação sobre como é efetivada a divisão dos valores recebidos pela associação ou federação entre os seus membros. Para responder a este questionamento seria necessário analisar algumas “caixas pretas”, cujo

conteúdo é inacessível. Focaremos unicamente no caso do futebol, por se tratar de um esporte de significativa importância, mas podemos afirmar que esta lógica também se aplica a outros esportes.

No modelo brasileiro adotado no futebol, os valores relativos aos direitos de transmissão não são tornados públicos, ou melhor, são tornados públicos de forma vaga⁶¹. Desta forma, existe sigilo entre os valores pagos pela empresa de televisão, adquirente dos direitos de transmissão, ao Clube dos Treze, associação organizadora do campeonato brasileiro de futebol e detentora dos direitos de transmissão. Complementarmente, não existe publicidade em relação aos valores transferidos pelo Clube dos Treze aos times de futebol. Este tratamento sigiloso é absolutamente incoerente com o princípio da transparência e publicidade.

Não obstante a natureza de direito privado presente na relação entre as empresas de televisão e o Clube dos Treze há que se registrar que as redes de televisão são concessões de serviços públicos⁶², ou seja, prestam um serviço público, e, desta forma a transparência é inerente à sua atividade, dada a natureza e relevância social do serviço. Associado a isto, em um Estado Democrático de Direito, ao cidadão é assegurado direito de acesso a certas informações relativas aos serviços públicos que lhe são prestados ou colocados à disposição. Neste contexto, o sigilo é a exceção, que deve ser legitimamente justificado e restrito às questões afetas ao planejamento estratégico da empresa.

Nos mais diversos países as informações acerca dos valores das aquisições dos direitos de transmissão esportiva são amplamente divulgados, como também o faturamento das

⁶¹ No sítio na internet do Clube dos Treze há menção ao fato de que os direitos de transmissão foram contratados com a Rede Globo no triênio 2005-2008 por cerca de trezentos milhões de reais por ano. Há também citação de quatro categorias de sócios do referido clube. No entanto, consideramos tal informação vaga, pois não expõe os direitos que foram contratados, os valores exatos e nem a forma de distribuição destes.

Conteúdo acessado no hiperlink: < <http://clubedostreze.globo.com/index.php?com=c13&pagina=c13>> em 19 de agosto de 2009.

⁶² Nesta questão, cabe reproduzir parte do entendimento exposto pelo Ministro Demócrito Reinaldo em julgado afeto à matéria em discussão: “os serviços de radiodifusão sonora e de imagens e demais serviços de telecomunicações constituem, por definição constitucional, serviços públicos (...)”. STJ - Mandado de Segurança No. 5.307/DF (97.0054287-4) – Relator Ministro Demócrito Reinaldo. Publicado no Diário Oficial de 02 de agosto de 1999.

empresas de televisão. A publicidade dos valores pode ser também compreendida como uma medida pro-concorrencial, pois permitiria uma redução das assimetrias de informação, que servem como barreira à entrada de novos concorrentes na aquisição de direitos de transmissão e ao mesmo tempo não permite que outros agentes do mercado se posicionem em relação a eventuais distorções. Ou seja, ficaria mais fácil para o mercado publicitário definir valores e negociar eventual uso do espaço publicitário nas referidas transmissões.

No que diz respeito à relação estabelecida entre o Clube dos Treze e os clubes, este sigilo e outras condutas discriminatórias afrontam diretamente os princípios do Estatuto do Desporto – Lei No. 9.615/98. E quanto aos aspectos financeiros, há evidente descumprimento das seguintes normas estabelecidas no referido estatuto, abaixo reproduzidas, para facilitar a compreensão:

Art. 2º O desporto, como direito individual, tem como base os princípios:

(...)

Parágrafo único. A exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica sujeitando-se, especificamente, à observância dos princípios:

I - da transparência financeira e administrativa; (grifo nosso)

II - da moralidade na gestão desportiva;

III - da responsabilidade social de seus dirigentes;

Constata-se, portanto, que a ampla exposição da formatação do negócio estabelecido nos contratos e dos valores de comercialização já permitiria uma significativa ampliação da concorrência no mercado de transmissões esportivas. O sigilo, da forma como é utilizado, é incompatível com a função social dos esportes e dos meios de comunicação social de massa, além de inviabilizar uma efetiva concorrência e a entrada de novos agentes no mercado.

Para encerrar este ponto, destacamos uma hipótese peculiar estabelecida no Estatuto do Desporto, em que o legislador caracterizou uma obrigação das concessionárias de

serviços de televisão como afeta ao interesse coletivo. Veja o artigo 84-A, abaixo reproduzido:

Art. 84-A. Todos os jogos das seleções brasileiras de futebol, em competições oficiais, deverão ser exibidos, pelo menos, em uma rede nacional de televisão aberta, com transmissão ao vivo, inclusive para as cidades brasileiras nas quais os mesmos estejam sendo realizados.

Parágrafo único. As empresas de televisão de comum acordo, ou por rodízio, ou por arbitramento, resolverão como cumprir o disposto neste artigo, caso nenhuma delas se interesse pela transmissão. O órgão competente fará o arbitramento.

Resta evidente a intenção do legislador de assegurar a todos os cidadãos, em diversas localidades do país, a possibilidade de assistir aos jogos da seleção brasileira em competições oficiais, dando efetividade ao direito social ao lazer, constitucionalmente reconhecido no caput do artigo 6 da CF.

Observamos que o plural utilizado no caput do artigo 84-A diz respeito às seleções adultas de futebol, às seleções principais, tanto a masculina como a feminina, não incluindo as seleções juvenis, sênior e outras que não sejam as principais. E em relação à parte final do parágrafo único deste artigo entendemos que o órgão adequado para realizar o arbitramento seria o agente regulador independente do setor de radiodifusão que fazemos menção em diversos momentos ao longo deste trabalho.

3. Casos Brasileiros envolvendo Direitos de Transmissão

Neste trabalho abordaremos quatro casos que consideramos relevantes sobre o tema de direitos de transmissão esportiva. Os casos tratados foram ou estão sendo analisados no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”). E em certos casos abordaremos sobre peças de processos administrativos que não serão do órgão com competência *judicandi*, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”).

Ao longo da pesquisa constatou-se que o Poder Judiciário, especificamente, as Cortes Superiores, ainda não enfrentaram as questões relativas ao direito de transmissão. A ausência de apreciação da matéria pela última instância do Poder Judiciário traz

inevitável insegurança jurídica, por não existirem decisões judiciais finais sobre determinadas controvérsias. No entanto, é importante destacar que as análises das questões realizadas no SBDC gozam de grande qualidade técnica e profundidade, e, por conta disso, são relevantes referências para todo o mercado, especialmente para os operadores do direito. Eventualmente discordaremos de algumas questões pontuais, mas todo o debate relacionado a estas decisões é fundado em ricos argumentos técnicos, revelando a importância e imprescindibilidade de conhecimento dos respectivos pareceres destes órgãos. Desta forma, haverá uma relevante “jurisprudência administrativa”, que, de certa forma, serve para mitigar eventual sensação de insegurança jurídica.

Cabe ainda destacar que todos os casos envolvem as Organizações Globo⁶³. Este grupo econômico concentra suas atividades no setor de comunicação de massa e entretenimento, como rádio, televisão e imprensa escrita. Atua em praticamente todos os ramos de mídia: televisão aberta, televisão fechada (em todas as tecnologias disponíveis – MMDS6, cabo e satélite/DTH7), rádio, jornais, revistas, Internet, dentre outros. No Brasil, as Organizações Globo detêm participação acionária em diversas empresas, dentre as quais destacamos as seguintes: TV Globo Ltda. (rede de televisão aberta), *Sky Multicountry* (televisão via satélite), Globo Cabo Holding, Globo Cabo S.A. (detém participação em diversos operadores de TV por assinatura), Unicabo (MSO – operadora de sistemas múltiplos em TV paga – MMDS e cabo), Net Sul Comunicações S.A. (MSO – operadora de sistemas múltiplos em TV paga – MMDS e cabo), e Net Sat (televisão via satélite/DTH – *Sky*). Convém mencionar, ainda, a participação das Organizações Globo, por intermédio das suas subsidiárias Globocabo Holding e Distel, na empresa Net Brasil, que tem como atividade principal a negociação da compra de programação com fornecedores em todo o mundo. O grupo possui

⁶³ Conforme ranking da Revista Exame, 36ª edição de “Melhores & Maiores” Julho de 2009, contendo dados do ano de 2008, as Organizações Globo estavam como o 38º maior grupo empresarial do Brasil, acumulando vendas num total de US\$4.088.737.000,00. Consta que o grupo atua integralmente no setor de comunicação possuindo um número de 104 empresas no grupo, entre controladas e coligadas. (página 90).

Registra-se, ainda, que a empresa Globo Comunicação e Participação S.A. é a 63ª em vendas no Brasil, com total de vendas em 2008 em cerca de dois bilhões e seiscentos milhões de dólares. E um lucro líquido de quase cento e sessenta milhões de dólares e pagamento de impostos sobre as vendas de quase cento e quinze milhões de dólares. Suas exportações foram de treze milhões de dólares, correspondendo a 0,5% de suas vendas. (página 148-149).

destaque na economia brasileira e significativa posição dominante no mercado de comunicação, incluindo o setor de televisão, o que requer adequada e necessária atenção das autoridades antitruste e eventuais agentes reguladores, considerando o risco de abuso desta posição e, por conseqüência, de infringência da concorrência e de outros princípios constitucionais anteriormente expostos.

Introduzindo, brevemente, os casos em análise, inicialmente destacamos uma decisão do CADE sobre o direito de uma empresa concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens se recusar a comercializar a transmissão de seu conteúdo. Apesar de tal decisão não aprofundar a discussão acerca de transmissões esportivas especificamente, foram abordadas questões relevantes sobre a TV aberta. Em segundo lugar, será analisado o Termo de Compromisso de Cessação de condutas celebrado entre a empresa Globosat Programadora Ltda. (“Globosat”) e o CADE. Apesar de tratar da TV por assinatura, este caso tem relação com os direitos de transmissão de conteúdo e eventos esportivos. Em análise ao terceiro caso, mencionaremos a aquisição de participação na ESPN Brasil pela Globosat, que versa sobre empresas atuantes no setor de TV por assinatura, mais especificamente na transmissão de programação esportiva. Apesar de tal operação não ter sido concretizada, por conta do arquivamento sem análise do mérito da questão, o parecer da SEAE levanta questões de grande relevância para o objeto deste trabalho. Por fim, abordaremos do caso que consideramos mais importante, relativo à investigação da Secretaria de Direito Econômico (“SDE”), do Ministério da Justiça, sobre condutas anticoncorrenciais adotadas pela TV Globo e o Clube dos Treze na negociação dos direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol.

O caso TVA vs. TV Globo⁶⁴ ⁶⁵ iniciou-se com o processo administrativo *ex officio* no âmbito da ANATEL, a partir de denúncia apresentada pela primeira empresa. A TVA alega que a representada estaria agindo ilícitamente ao recusar autorização para incluir no seu serviço de distribuição de sinais de televisão e áudio via satélite, Serviço de DTH (*Direct to Home*), uma espécie de TV por assinatura, os canais locais da Rede Globo de

⁶⁴ Processo Administrativo No. 53500-000359/99. Representante: TVA Sistema de Televisão S.A. Representada TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo. Conselheiro Relator: João Fonseca.

⁶⁵ Este caso também será mencionado na parte que trata da Regulação Pro-Concorrencial. Naquele momento trataremos de forma mais objetiva e restrita aos aspectos relativos ao respectivo capítulo.

Televisão em quatro capitais brasileiras. E a impossibilidade de a TVA não poder transmitir a programação dos canais de televisão aberta da Rede Globo, líder nacional em audiência, constituiria barreira à entrada no submercado relevante de DTH. E, assim, o consumidor eventualmente consideraria a disponibilização da programação, ou não, da Rede Globo como relevante para sua decisão de aquisição de TV por assinatura. Foi destacado pela TVA que apesar de o consumidor poder transitar livremente entre a TV por assinatura e a TV aberta disponibilizada em sua região, ou entre a antena do serviço de DTH e o da antena “normal”, esse tipo de operação seria pouco interessante.

Argumenta a TVA que não seria necessária a autorização para retransmissão dos canais de TV aberta. E que o serviço de DTH não competiria com a TV aberta, citando como exemplo o fato de outra operadora de serviços de DTH, a SKY, ter obtido tal autorização junto a Rede Globo. Dados do mercado demonstraram que as vendas da SKY, frente a sua concorrente, TVA, aumentaram depois que esta passou a incluir em sua programação o canal Globo.

A defesa da Rede Globo fora embasada no argumento de que a programação local da emissora integrante de sua rede não poderia ser considerada como um bem econômico, por não ser um bem escasso, apesar de útil. Inclusive, foi considerado o sinal da TV aberta como sendo um bem livre. Desta forma, não se poderia discutir a questão no âmbito concorrencial ou em efeito anticompetitivo. Alegou ainda que não negociou com a TVA, pois não seria conveniente que os seus sinais de programação local fossem transmitidos para outros lugares, por exemplo, a programação da TV Globo do Rio de Janeiro fosse transmitido para Porto Alegre. Continua sua defesa em afirmar que não haveria imposição na lei que obrigasse a Rede Globo a contratar a autorização com a TVA; e, ainda, não existiria na legislação brasileira previsão de aplicação de licença compulsória de direitos autorais. Como último argumento, afirmou que o aumento de vendas da SKY se deu por conta da diminuição do preço de comercialização dos equipamentos de recepção do sinal de DTH.

A ANATEL, ao nosso ver, atuando sem competência legal para esta matéria especificamente, manifestou-se pelo arquivamento do processo administrativo, sob o

fundamento de que a recusa de negociação pela TV Globo não seria ilícita em relação aos preceitos concorrenciais, assim como não haveria relação entre o crescimento de vendas da SKY e a transmissão do sinal de programação da TV aberta.

No âmbito do CADE, o conselheiro relator para o caso opinou pela procedência da representação, considerando que a referida conduta infringiria dispositivos constitucionais e normativos e, ainda, que a posição dominante da Rede Globo decorreria de uma concessão de serviço público. No entanto, o voto da Conselheira Hebe Romano foi no sentido de que o sinal de TV aberta não seria um produto essencial para o serviço de DTH, nem mesmo para a SKY, que era uma empresa coligada⁶⁶. E a Globo e a TVA poderiam competir normalmente sem tal autorização. Considerou também a Conselheira que a autorização relativa aos direitos de transmissão do sinal não seria obrigatória, mas uma mera faculdade, sujeita às regras de direito do autor. Ao final, a conselheira opinou na mesma linha da ANATEL, pelo arquivamento, o que foi acompanhado pelos demais conselheiros, por maioria.

Em nossa opinião, esta decisão do CADE possui algumas inconsistências. Em que pese a dificuldade da análise de como uma tecnologia pode estimular a entrada de novos agentes, ainda mais em um mercado com tamanhas especificidades, entendemos que a Conselheira aplicou alguns conceitos de forma equivocada. Inicialmente, há que se ressaltar que os serviços de DTH possuem uma transmissão com uma qualidade muito maior do que o sinal analógico da TV aberta. E, por conseguinte, assistir a um dado canal de televisão pela TV aberta ou pelo sinal recebido do satélite faz uma grande diferença, associado, ainda, ao fato de que o serviço de DTH era algo novo. E os consumidores tendem a manter suas referências no canal líder da TV aberta, assistindo ao jornal, às novelas e às partidas de futebol, pois o consumidor já está habituado com os horários e programação. E aos poucos ele migra para os produtos novos associados àquela TV por assinatura, como filmes e esportes. A impossibilidade de transmitir o

⁶⁶ A Sky Brasil Serviços é uma empresa coligada à Globo no Brasil. Em sua origem, a empresa fez parte do conglomerado de comunicação de propriedade do Sr. Rupert Murdoch, empresário de origem australiana conhecido pelo seu empreendedorismo e por uma atuação peculiar nos mercados. Ele, inclusive, já foi réu em alguns casos envolvendo direito antitruste e direito de transmissões esportivas, como no caso australiano News Limited v Australian Rugby League Limited, também conhecido como “the Superleague Case”.

canal de referência para a maioria dos brasileiros com certeza tem um significativo impacto anticoncorrencial e caracteriza uma barreira à entrada da TVA.

Observamos ainda que se a TVA, integrante do grupo Abril, um dos grandes grupos de comunicação do Brasil, não conseguiu atuar de forma competitiva no mercado de TV por assinatura, este fato certamente inibiu a atuação de outros eventuais grupos que poderiam ter interesse em também atuar neste setor no Brasil.

Outro ponto abordado pela Representada e pela Conselheira diz respeito à falta de previsão na legislação de uma licença compulsória sobre direitos autorais. Em que pese o fato de o sistema patentário na propriedade intelectual ter mais diretrizes acerca do instituto da licença compulsória, é possível construir no direito brasileiro a possibilidade de uma licença compulsória⁶⁷ com base em princípios constitucionais e normativos como o da função social da propriedade. E, ainda, fundado na teoria do abuso de direito, ou, abuso de posição dominante, estabelecendo-se ainda que as concessões de TV aberta prestam um serviço público. Desta forma, caberia um monopólio sobre uma propriedade, desde que tal exclusividade estivesse atendendo ao interesse público, o que não era o caso. Na experiência internacional, diversos casos estabeleceram o licenciamento compulsório de certos bens imateriais, com o objetivo de dar equilíbrio à concorrência.

Em nossa opinião, observando os argumentos expostos, seria viável a autorização à TVA, para transmitir os sinais dos canais de TV aberta da Rede Globo nas regiões em que atua, ou, não sendo possível por outros motivos, poderia ser transmitido o mesmo sinal nacional que é utilizado via satélite⁶⁸. E, ainda, caberia a fixação de um valor relativo ao direito licenciado.

⁶⁷ Neste momento não poderemos nos aprofundar na análise do tema das licenças compulsórias de direito autoral no Brasil, pois estaríamos nos afastando do tema deste trabalho. No entanto, cabe ressaltar a relevância desta discussão no direito brasileiro, que já se iniciou em outros ordenamentos. Sobre a função social da propriedade intelectual, abordando o direito autoral, importante registrar a dissertação de mestrado defendida por Pedro Nicoletti Mizukami na PUC/SP em 2007 denominada: Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais na CF/88.

⁶⁸ Existem duas espécies de sinais transmitidos por satélite atualmente no Brasil. Um sinal que corresponde à TV por assinatura, o DTH (*direct to home*), que é codificado e que somente os assinantes possuem o decodificador, sua respectiva antena de recepção tem o tamanho de uma pizza grande. A outra espécie é um sinal de TV transmitido por satélite, que não é codificado e que pode ser livremente

Passando para o segundo caso, é necessário destacar que o deslinde da controvérsia acarretou a assinatura de um Termo de Compromisso de Cessação de conduta⁶⁹. Este termo é um exemplo de consensualidade que se busca no Estado moderno, em que a sanção e outras atitudes mais incisivas do Estado somente são utilizadas como último recurso, após esgotadas as possibilidades de uma composição entre os diversos interesses envolvidos.

Havia investigação em curso no âmbito do SBDC acerca de possíveis condutas adotadas pela Globosat impeditivas da concorrência, mais especificamente, acerca da restrição do licenciamento dos canais produzidos por ela somente a empresas coligadas. Os canais Globosat (Multishow, GNT, Globonews, Sportv e Sportv 2), pelas suas características e conteúdos são líderes de audiência, e, conseqüentemente, atraem significativo público para a TV por assinatura. Em paralelo, existe o alto custo de criar e desenvolver um canal de televisão, com significativas barreiras à entrada de novos agentes, para iniciar e continuar a operação de um canal de TV por assinatura.

Nosso interesse específico diz respeito aos canais Sportv e Sportv 2 e aos canais *pay-per-view*, que transmitem eventos esportivos, sendo que parte deste conteúdo é proveniente de direitos de titularidade do Clube dos Treze. O Termo de Ajustamento de Conduta limita de forma expressa a exclusividade em relação à transmissão de eventos esportivos de futebol na Cláusula 2.3. Houve uma intervenção do Estado em matéria concorrencial, e, sem uma atuação sancionadora, foram estabelecidos em sede contratual critérios preventivos, com a finalidade de estabelecer um equilíbrio no mercado.

acessado por todos aqueles que tenham uma antena parabólica. Estima-se que 10% da população acesse a TV aberta através de tal sinal. Neste último caso, a TV Globo transmite um sinal nacional, com um conteúdo uniforme para todo o Brasil. Mas como a produção regional transmitida pela Rede Globo se restringe a alguns telejornais locais (RJTV, SPTV, JFTV, SCTV, etc), não há grande alteração da programação.

⁶⁹ Termo de Cessação de Conduta celebrado em 31 de maio de 2006, aprovado pelo plenário do CADE em sua 374ª Sessão Ordinária. Relativo ao Processo Administrativo No. 08012.003048/2001-31.

Na Cláusula Sétima é estabelecido que o TCC poderá ser alterado conforme futura decisão de outro processo administrativo, no qual as representadas são o Clube dos Treze e a Rede Globo, processo este que será o quarto caso a ser abordado neste item.

Cabe registrar, ao final, a dificuldade de resolução destas lides, considerando que o processo iniciou-se em 2001, mas somente em 2006 fora ajustado o referido termo.

Como terceiro caso a ser analisado, temos uma operação submetida ao SBDC, que envolvia a aquisição pela Globosat de uma participação de 25% na empresa ESPN Brasil, por meio do aumento de capital desta. Este ato de concentração⁷⁰ acabou sendo arquivado, após requerimento de desistência da operação. No entanto, de acordo com o procedimento adotado pelo SBDC e antes da perda de objeto do processo, houve prévia análise da questão através de parecer⁷¹ pela SEAE/MF. Este parecer não contém conteúdo decisório ou vinculante, no entanto, é relevante para o tema, pois aborda questões envolvendo o setor de televisão, seja por assinatura ou aberta, e, ainda, trata do setor de transmissão de eventos esportivos.

Um dos pontos abordados pelo parecer é que os mercados de TV aberta e TV fechada, ou por assinatura, não se confundem. Concordamos com tal assertiva, observando, todavia, o tratamento jurídico dado a cada um dos regimes. Nota-se que esta também foi a vontade do legislador. Desta forma, não há de se cogitar da substituíbilidade entre os dois segmentos, pois são claramente mercados relevantes distintos. Neste ponto, comungamos do entendimento de que as diversas mídias e meios de comunicação devem atuar em separado, inclusive no que diz respeito ao momento de comercialização.

Merece também uma análise mais detida o argumento consignado no parecer de que pesquisas realizadas colocaram os canais de esportes da TV por assinatura como sendo um mercado à parte, ou seja, não seria possível a sua substituição por canal com outro conteúdo. Neste sentido, podemos também interpretar que a veiculação de conteúdo

⁷⁰ CADE - Ato de Concentração No. 08012.005864/2000-07

⁷¹ Ministério da Fazenda – Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. Parecer No. 139/02/COGSE/SEAE/MF de 26 de abril de 2002.

esportivo na TV aberta não admitirá a sua substituição. Desta forma, um espectador interessado em assistir um evento esportivo, como uma partida de futebol, não irá substituí-la por uma novela ou um filme, ou seja, um espectador irá assistir um evento esportivo, ou irá desligar a televisão, posto que o conteúdo esportivo não admite substituição. Eventual ausência de transmissão de eventos esportivos gera uma perda de mercado para todo o setor. E a transmissão de conteúdos idênticos e simultâneos não gera um crescimento do setor, já que irá simplesmente fatiar o mercado. Por outro lado, eventual transmissão simultânea de partidas do campeonato brasileiro, envolvendo times diferentes, teria uma tendência a fortalecer o setor perante o público espectador com preferência por esportes. Ao invés de fatiar o mercado haveria uma tendência ao incremento do setor.

Dentro ainda do mesmo tema, o parecer da SEAE esclarece que é pouco provável a substituição entre eventos esportivos nacionais e eventos esportivos internacionais. Por exemplo, dentro de um mesmo esporte, como, por exemplo, o futebol, é pouco provável que um espectador substitua uma partida do campeonato brasileiro por um jogo do campeonato português ou italiano, e vice versa. Em vista dos elementos expostos, a SEAE definiu o mercado relevante como sendo “a comercialização de canais esportivos com foco em eventos esportivos nacionais para o mercado de televisão por assinatura”.

Seguindo a referida análise, a SEAE fez uma observação interessante no que se refere à comercialização dos direitos de transmissão. Aponta que em alguns casos, o titular segmenta a comercialização conforme o meio de distribuição e, em outros casos, simplesmente há a opção por comercializar todos os direitos conjuntamente. Como observamos em outras oportunidades, esta comercialização para todos os meios merece uma atenção especial sob a ótica do direito antitruste. Caso a modalidade seja o tênis ou a vela náutica, esportes com um público muito específico e pequeno, a venda conjunta não tende a gerar distorções concorrenciais. Todavia, em esportes nos quais há um grande público, uma eventual centralização na comercialização justifica um olhar mais atento das autoridades antitruste, pois acarretaria efeitos anticoncorrenciais decorrentes da exclusão de eventuais agentes interessados.

No que diz respeito às barreiras à entrada no setor de transmissões esportivas, foi considerado que a capacidade de adquirir os direitos de transmissão dos principais eventos é significativa e ainda mais difícil por conta da imposição do poder econômico das Organizações Globo em tais negociações. São trazidos exemplos de agentes do mercado de televisão, como a TVA, antiga associada da ESPN Brasil, que desistiu de atuar no setor pela dificuldade de competição, assim como a Fox Sports, grupo internacional, presente em toda a América Latina, menos no Brasil. Ao tratar de barreiras à entrada, conclui o parecer:

Neste mercado, as principais barreiras à entrada são: a força das Organizações Globo na aquisição de direitos de transmissão de direitos esportivos, utilizando em conjunto seu poder de mercado na TV aberta e na TV paga para negociar com os detentores dos direitos; e os contratos de exclusividade e de longo prazo negociados pela Globo, para distribuição em suas plataformas de TV aberta e paga, reflexos do seu poder nesses mercados. (p. 75)

A compra dos direitos de transmissão em conjunto foi posteriormente ratificada por algumas federações em resposta a ofícios enviados pela SEAE.

Por fim, a SEAE recomendou a aprovação da operação, desde que fossem adotadas algumas restrições. Sugeri, ainda, à SDE a investigação de certas condutas adotadas pela Globosat no setor de aquisições de transmissões esportivas.

Passamos agora a analisar quarto caso, que versa sobre a aquisição pela Rede Globo dos direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol de titularidade do Clube dos Treze. Especificamente, sobre o uso de cláusulas de exclusividade e de preferência na renovação, que por conta do poder de mercado dos dois agentes, estas cláusulas deveriam ser consideradas anticoncorrenciais. Esta questão foi investigada pela SDE sendo objeto de processo administrativo⁷², com parecer encaminhado ao CADE, devendo ser objeto de análise pelo plenário ainda este ano. Como ainda não há conclusão sobre a questão, focaremos a análise do parecer da SDE.

⁷² Processo Administrativo No. 08012.006504/97-11

Um primeiro ponto de destaque é a demonstração da posição dominante das Organizações Globo, e, neste caso específico, da TV Globo de televisão, empresa do grupo atuante no setor de TV aberta. Esta característica foi até mesmo evidenciada na proposta (fls. 3244-3249 do referido processo) apresentada pela TV Globo ao Clube dos Treze, para aquisição dos direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro 2009/2011. Ratificando esta dominação, verifica-se que a TV Globo apresenta o maior índice de penetração no mercado nacional na televisão aberta, atingindo praticamente 100% dos televisores do país, seguida pelo SBT, com cerca de 80%; Bandeirantes, com pouco mais de 60%; e, por fim, pela Record, com aproximadamente 15%. Em termos de audiência na televisão aberta, oportuna a reprodução do quadro abaixo:

Participação de Mercado, segundo os Níveis de Audiência – 2007

Geográfico: Brasil

Emissora	Participação de Mercado
Globo	48,2%
SBT	15,3%
Record	14,7%
Bandeirantes	5,1%
Rede TV	2,5%
Outros	14,2%

Fonte: Ibope Telereport PNT – Janeiro a Dezembro 2007.

Outro dado relevante diz respeito aos principais esportes transmitidos no Brasil, com ampla liderança do futebol e da TV Globo, conforme o quadro abaixo:

Audiências de Modalidades Esportivas 2003	
Modalidade Esportiva	Audiência Média (%)
Futebol (Globo)	30,1
GP F1 (Globo)	20
Vôlei (Globo)	14
Stock Car (Globo)	13
Futsal (Globo)	12
Fut Areia (Globo)	12
Treino F1 (Globo)	11
Motociclismo (Globo)	11
Futebol (Record)	5

Elaboração: McCannErickson /Fonte: SDE/DPDE.

Constata-se que mesmo em modalidades nas quais o Brasil é bem-sucedido internacionalmente, como o vôlei e o surfe, não se alcança um público televisivo apto a competir com o futebol.

Em relação ao contrato estabelecido entre o Clube dos Treze e a TV Globo existem dois aspectos relevantes, quais sejam, a cláusula de exclusividade e o direito de preferência. De forma bastante resumida, a cláusula de exclusividade confere ao titular de tal direito a capacidade de excluir terceiros, no caso, concorrentes no setor de TV aberta, e, realizar o fechamento do mercado. Não ficam claras as eventuais vantagens associadas a tal exclusividade, tanto pelo Clube dos Treze, como pela TV Globo, que não estejam relacionadas à possibilidade de excluir concorrentes e ampliar seu respectivo poder de mercado. Ora, se a idéia do Clube dos Trezes fosse maximizar lucros, esta entidade poderia adotar outras formas de comercialização de tais direitos que não envolvessem a exclusividade, dado o número de empresas interessadas na aquisição dos mesmos.

Associado a esta exclusividade, existe a proibição contratual de acesso aos campos e estádios de funcionários ou contratados de outras emissoras de televisão, acarretando impacto competitivo, assim como um cerceamento da liberdade de imprensa. Este fato é agravado se considerarmos que grande parte dos estádios onde se realizam as partidas são espaços públicos, por exemplo, o estádio Mário Filho, o Maracanã, de propriedade do Estado do Rio de Janeiro. Outro ponto que merece destaque é a capacidade do adquirente sub-licenciar tais direitos, ou seja, a Rede Globo eventualmente poderia escolher dentro do mercado quem seriam seus “concorrentes” na transmissão de jogos do campeonato brasileiro.

Em relação às cláusulas de preferência elas são condenáveis, por também acarretar o fechamento do mercado e afastar a concorrência. Numa situação hipotética, havendo um leilão, um terceiro oferece um valor X, eu ofereço um valor Y, menor do que X, só que eu posso “ganhar” o leilão simplesmente pagando o valor X. Por um lado eu não tenho estímulos a maximizar a minha oferta, posto que sei que poderei “cobrir” a oferta de terceiros. Por outro lado, terceiros tendem a perder o interesse em tal leilão, pois sabem que é improvável que venham a “ganhar”, já que sempre poderei cobrir suas

ofertas. Associando tal questão a um poder de mercado significativo de um dos agentes, no caso daquele que tem a preferência, o jogo competitivo tende a não existir. Desta forma, apesar de a TV Globo não afirmar na investigação que tal cláusula foi utilizada, a sua existência, por si só, gera repercussões anticompetitivas.

Um ponto do qual pedimos *vênia* para discordar diz respeito aos potenciais compradores dos direitos de transmissão esportiva. Até podemos concordar com rol de agentes elencados pela SDE, *i.e.*, agências de *marketing* esportivo, redes de televisão aberta, operadores de televisão por assinatura, provedores de conteúdo pela *Internet*, operadores de telefonia móvel e difusoras de rádio. No entanto, entendemos ser viável a inclusão de mais um agente, as concessionárias regionais de televisão. Determinados jogos pode não gerar uma lucratividade atrativa caso venham a ser transmitidos em rede nacional. Mas podem gerar boas receitas quando transmitidos dentro de uma certa região, com receitas compatíveis a eventuais custos de aquisição dos direitos de transmissão, reduzidos por conta da limitação regional. A independência das concessionárias locais de televisão é um tema pouco debatido no Brasil. Todavia, entendemos ser de grande relevância para auxiliar na concretização de certas regras estipuladas na Constituição⁷³. Um futuro agente regulador do setor poderá utilizar também os direitos de transmissão esportiva como instrumento de estímulo às concessionárias regionais.

Um outro dado trazido no parecer da SDE diz respeito à irreprodutibilidade de jogos do campeonato brasileiro. Outros eventos podem ter seu formato reproduzido, novelas e programas de auditório seriam um exemplo típico. Na prática, as redes de televisão fazem isso, ou seja, criam novos programas de auditório e novelas, para competir umas com as outras. No caso dos direitos de transmissão do campeonato brasileiro, isso não é possível, pois só existe um.

No campo da publicidade, destacaremos algumas questões de forma mais aprofundada adiante. No entanto, cabe destacar que o parecer da SDE elencou três peculiaridades

⁷³ Fizemos menção ao dispositivo constitucional anteriormente ao tratar da radiodifusão na CRFB/88. Nesta oportunidade não nos aprofundaremos sobre o tema, para manter a coerência e objetividade do presente trabalho.

nesta questão: 1) audiência formada predominantemente pelo público masculino adulto; 2) altos níveis de audiência; e 3) associação temática altamente relevante para o mercado publicitário. Estas três características em conjunto explicam o elevado custo da publicidade durante as transmissões dos jogos de futebol e permite concluir que não há bons programas substitutos das partidas de futebol para determinados anunciantes.

Por fim, em seu parecer, a SDE recomenda a condenação do Clube dos Treze pelo formato de comercialização dos direitos de transmissão, assim como da TV Globo e da Globo Comunicação e Participações S.A. por exercerem influência direta sobre o formato de vendas dos referidos direitos. A SDE ainda faz certas recomendações e sugestão da adoção de alguns elementos que estimulariam a concorrência no setor. Ressalva-se que algumas sugestões da SDE tais como, ampliação dos jogos transmitidos, formatos dos pacotes, dentre outros, têm natureza de intervenção regulatória e deveriam estar relacionadas com uma política pública mais ampla, além da política de defesa da concorrência de que trata o SBDC. Este fato serve para sustentar a necessidade de um agente regulador deste mercado com atribuições para intervir de forma pro-concorrencial no segmento de transmissões esportivas. Ele seria responsável por desenvolver um modelo regulatório nesta questão. Também pedimos *venia* para discordar da relevância da sugestão da comercialização de pacotes contendo “os melhores momentos” de cada partida. Ora, se o Estatuto do Desporto⁷⁴ já estabelece o direito de transmissão jornalística do evento num montante de 3% do tempo previsto para o espetáculo, considera-se incluso e suficiente para os “melhores momentos”. E os locais de realização dos jogos sejam acessíveis para outras emissoras de televisão.

Ressaltando a qualidade do trabalho técnico realizado nos diversos pareceres do SBDC, entendemos que a futura decisão do plenário do CADE sobre o tema irá estabelecer alguns critérios importantes para as questões competitivas relacionadas não só aos

⁷⁴ Fizemos algumas observações a este dispositivo anteriormente, mas neste momento cabe sua menção novamente. O Estatuto do Desporto – Lei No. 9.615/98, dispõe:

Art. 42. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins, exclusivamente, jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo. (grifo nosso)

direitos de transmissão esportiva, como também, ao setor de comunicação de massa e audiovisual.

CAPÍTULO III – A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Nas diversas jurisdições nota-se, também, que as transmissões esportivas detêm significativo poder de mercado, atraindo a atenção dos órgãos de defesa da concorrência e de agentes reguladores que buscam repelir estas distorções. O tratamento da questão é bastante complexo, com variações significativas conforme a jurisdição e de acordo com o segmento e do esporte em exame.

Neste trabalho, não pretendemos exaurir as hipóteses na esfera internacional, por conta da ampla diversidade do tema, envolvendo diferentes esportes. Portanto, optamos por mencionar somente alguns países com situações que consideramos afins ao tema, assim como outras hipóteses em que certos conceitos foram trabalhados de forma interessante, cuja experiência irá contribuir para a evolução da discussão no nosso ordenamento pátrio. A seguir, destacamos as experiências norte-americana, britânica, mexicana, espanhola e alemã.

1. A Experiência Norte-Americana

Ao abordar a experiência internacional no que diz respeito à regulação pro-concorrencial no setor de televisão, é essencial uma visão geral do modelo norte-americano.

Inicialmente, é importante registrar que nos EUA existe a tradição de uma busca da pluralidade de fontes de informação como um dos fundamentos da interpretação das regras aplicáveis aos meios de comunicação de massa. Em paralelo, há a noção clara do prejuízo que pode ser causado por monopólios e oligopólios a certos setores da economia, inclusive o setor de comunicação social, o que acarreta intensos estímulos pro-concorrenciais.

Um dos agentes mais atuantes nestes objetivos é a Federal Communications Commission, conhecida principalmente por sua sigla FCC, órgão independente que atua

regulando o setor de comunicação desde 1934. Doutrinariamente, o FCC pode ser considerado um exemplo típico de agência reguladora. O FCC é composto por um presidente (“chairperson”) e mais quatro conselheiros (“comissioners”), que são indicados pelo presidente e confirmados pelo Senado. Cada conselheiro tem mandato de cinco anos. Além dos conselheiros, o FCC possui cerca de 2.000 servidores, dos quais cerca de 250 são advogados.

Antes do advento da televisão, o FCC atuava regulando a parte de comunicação interestadual e internacional, que era feita através de cabos e rádio, como telégrafos, telefonia e radiodifusão sonora. O foco era a idéia da regulação afeta aos monopólios naturais. Com o advento da televisão e o fortalecimento da noção de comunicação social de massa, o FCC passou a interceder de forma mais intensa em questões neste tema. Ao longo do tempo, a atuação do FCC variava conforme o dinamismo de sua composição. No entanto, entre os anos 80 e o começo dos anos 90, a agência serviu como um instrumento de mudança no setor de televisão, principalmente no que diz respeito à concorrência entre as grandes redes⁷⁵ e os produtores, assim como em relação à propriedade das estações. No modelo norte-americano, regulação e antitruste passaram a caminhar em conjunto no âmbito da agência reguladora, existindo, eventualmente, coordenação entre outros órgãos com atribuições concorrenciais.

Cabe mencionar que em certas hipóteses específicas há situações de não aplicação das regras do antitruste, excepcionalmente. Por conta do perfil do segmento é criada uma exceção expressa à regra geral de aplicação do antitruste. No julgado que transformou a liga norte-americana de beisebol em uma exceção⁷⁶, são apontados diversos fundamentos pertinentes ao poder de mercado das ligas esportivas. E cabe ressaltar que na época do julgado, 1922, ainda não havia as transmissões esportivas por televisão, tão somente por rádio. No referido julgamento ficou consignado que as transmissões dos eventos de beisebol seriam uma exceção à regra, considerando a sua enorme capacidade

⁷⁵ Nos EUA existem quatro grandes redes, denominada em inglês como *networks*. Em ordem alfabética, a primeira é a ABC, que pertence ao grupo Disney desde 1997; a segunda é a CBS, Columbia Broadcasting System, que foi objeto de fusão com o grupo Viacom em 2000. A terceira é a Fox, criada em 1985 e que integra o conglomerado de comunicação do empresário Rupert Murdoch. Por fim, temos a NBC, que é a líder de audiência nos EUA. Esta empresa de 1986 integra o conglomerado da General Electric – GE.

⁷⁶ FEDERAL CLUB v. NATIONAL LEAGUE , 259 U.S. 200 (1922). Este julgado é constantemente citado na jurisprudência e doutrina norte-americana sobre o tema.

de atrair expectadores. Esta decisão é objeto de críticas⁷⁷, considerando a fundamentação adotada. Mas foi mantida até hoje.

Tratada a exceção, cabe voltar às atividades do FCC. Este órgão possui quatro ramos primários, que são considerados as suas principais atividades na área de televisão, quais sejam, propriedade dos meios de radiodifusão; regulação da radiodifusão; supervisão da programação veiculada e a regulação e promoção de novas tecnologias.

Em relação à propriedade dos meios de radiodifusão, o FCC, até a metade dos anos 80, admitia que as *networks* detivessem até sete retransmissoras em VHF⁷⁸, desde que esse total não alcançasse 25 % do total de televisões dos EUA. Em 1984, o número de retransmissoras foi ampliado para doze. Em 1996, com o advento do Telecommunications Act, o limite à propriedade foi diminuído, sendo permitida a propriedade de quantas retransmissoras quisessem, tanto pelas *networks* como por eventuais proprietários de estações de TV, desde que o percentual não alcançasse a proporção de 35% do total da audiência.

Em 1999, o FCC alterou as regras afetas ao duopólio, ou seja, uma *network* sendo dona de duas estações de TV retransmissoras em um mesmo mercado. O duopólio somente era consentido caso a segunda retransmissora não estivesse entre as quatro principais audiências e neste mesmo mercado houvesse, pelo menos, oito retransmissoras atuando de forma independente. Esta regulação afrontou diretamente a política expansionista de dois grandes grupos, o grupo News Corp., de propriedade do empresário Rupert Murdoch e do grupo da Fox, assim como a Viacom, empresa relacionada à CBS.

⁷⁷ Oportuno é o registro da crítica apontada em trabalho elaborado pela OCDE: (...) “baseball is alone among professional sports in enjoying a special exemption from the antitrust law that was created by a 1922 Supreme Court decision that baseball was not ‘trade or commerce’. While the Supreme Court has since recognised that professional baseball is a business engaged in interstate commerce and the exemption has become ‘an aberration’, the Court has refused to strip away the exemption on the grounds that Congress has allowed the exemption to stand.”

OCDE, Policy Roundtables - Competition Issues Related to Sports 1996.

⁷⁸ A sigla VHF significa “Very High Frequency” e foi o padrão adotado no uso do espectro magnético para a transmissão da TV aberta, assim como os padrões AM e FM foram utilizados para as rádios comerciais e assim por diante.

Em junho de 2003, numa formação do FCC com predominância de conselheiros de origem do partido republicano, indicados pelo presidente George W. Bush, foram aprovadas medidas para diminuir a regulação, e, de certa forma a competitividade, na seguinte forma: aumento de 35% para 45% do total de audiência acessada pelas retransmissoras das *networks*, autorização para duopólios em mercados com cinco ou mais estações (ao invés de oito, anteriormente), desde que somente uma estação estivesse entre as quatro primeiras em audiência; permissão para a concentração de duas estações que estejam entre as quatro primeiras em mercados com onze ou mais estações e desde a concentração traga benefícios a comunidade daquele mercado. E, por último, o fim da proibição da propriedade cruzada de jornais e revistas e televisão em um mesmo mercado geográfico. Cabe destacar que dois conselheiros do FCC, que tiveram suas indicações afetas ao partido democrata, e que foram votos vencidos, assim como diversos grupos de consumidores e relacionados ao setor se opuseram a tais medidas. Esta matéria tende a ser tratada no âmbito do congresso norte-americano onde deverá sofrer considerável oposição.

Em relação à segunda atividade, qual seja, a regulação da radiodifusão, verifica-se que o FCC faz a alocação das frequências do espectro e estabelece regras para pedidos de novas concessões, regula as já existentes e analisa os pedidos de prorrogação do prazo de concessão. Os prazos das concessões, e de suas eventuais prorrogações, não ultrapassam cinco anos. Como visto anteriormente, o FCC também intervém nas questões relativas à propriedade das licenças, assim como em eventuais transferências de titularidade.

Uma regra que recentemente suscitou discussão diz respeito à alteração da interpretação do FCC sobre as cláusulas relativas a aspectos financeiros, conhecidas como “fin/syn”. Originalmente, as *networks* somente podiam produzir 40% de sua programação. Na prática eram produzidos principalmente a parte jornalística, dada a sua relevância social, e a parte de esportes, que possui diversas vantagens, já tratadas, relacionadas à capacidade de atrair público. Em certos casos, as grandes redes produzem seus shows e programas, ou em certos casos co-produzem. Na caso das quatro grandes *networks* existem empresas a elas associadas que possuem estúdios, como, por exemplo, a

Viacom, que possui participação na CBS e é proprietária, dentre outras empresas, da Paramount Pictures.

Uma terceira atividade desempenhada pelo FCC é a de supervisão da programação. O FCC tem atribuições conferidas no Telecommunications Act de 1996 para desempenhar as funções de classificação indicativa da programação transmitida. No entanto, considerando a capacidade deste mercado de se auto-regular, esta função não teve que ser desempenhada pelo FCC. A supervisão do FCC está ligada à idéia de aferir se as empresas concessionárias têm atingido o interesse público, num sentido bastante amplo. Desta forma, o FCC monitora se as retransmissoras têm cumprido as metas de inclusão de programação de natureza pública, a divulgação de matérias de interesse coletivo, a sessão de espaço para organizações sem fins lucrativos. E, ainda, o espaço publicitário para mensagens de outras agências do governo (*e.g.* divulgação das vantagens de amamentação, campanhas contra o consumo de álcool e direção, doação para vítimas de um furacão, etc.). Neste contexto, é responsabilidade do FCC analisar se durante as campanhas políticas para cargos públicos há igualdade de espaço para expressão de idéias a todos os candidatos legalmente habilitados. Esta prática é denominada de “equal-time provision”.

Cabe observar que o FCC monitora até mesmo se as empresas têm cumprido as regras de “equal-opportunity employment”, que diz respeito à abertura de espaço para contratação de mão de obra com diferentes perfis sociais e raciais, incluindo as minorias e os deficientes físicos⁷⁹. Isto é bastante relevante, por conta do desempenho da função

⁷⁹ O professor Ricardo Lobo Torres faz interessante análise desta questão: “A liberdade *para* ou as condições de liberdade são conceitos próximos ao de *igualdade de chances* ou de *oportunidades*, que é *igualdade na liberdade*. Contrapõe-se à igualdade na justiça. Pela igualdade de chances garantem-se as condições mínimas para o florescimento da igualdade social, que pode se compagnar até com uma certa desigualdade final provocada pelo esforço de cada um.” TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” em Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 239-376, organizador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 259. No Brasil, o regime do concurso público como modalidade de acesso ao serviço público, busca observar tal igualdade. No entanto, as outras contratações (ex: estagiários) e terceirizações do serviço público ignoram tal idéia.

social e do interesse público afeto ao serviço de comunicação social, associado ao fato de se tratar de uma delegação de serviço público⁸⁰.

O descumprimento das obrigações afeta ao interesse público, tanto na programação como em outras práticas acima mencionadas, pode levar o agente do mercado a sofrer multas, e, em casos extremos, a ter sua concessão revogada ou não prorrogada.

A quarta atividade é a promoção e regulação de novas tecnologias afetas à radiodifusão. Quase tão importante quanto a regulação está a promoção, no sentido de que a divulgação das novas tecnologias tende a diminuir a assimetria de informações entre agentes em dado setor. E permite a adoção de medidas mais eficientes pelos diversos agentes envolvidos, e, possivelmente, beneficiados pela nova tecnologia.

Recentemente, o FCC tem atuado no estímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias ligadas ao provimento de acesso à internet através da banda larga. Outro ponto que também foi bastante debatido dizia respeito ao padrão de televisão de alta definição (HDTV). Complementarmente, tem ocorrido a ampliação da distribuição de conteúdo através de satélites nos EUA. Em março de 2004 havia dois provedores de conteúdo através da internet, a DirecTV e a EchoStar, com um total de cerca de vinte milhões de assinantes.

Sobre a realidade norte-americana e as práticas adotadas no âmbito do FCC, cabe registrar a lição do Professor Gustavo Bininbojm⁸¹ em relação à “fairness doctrine”. A expressão “fairness” pode trazer diversos significados, dentre eles a idéia de lealdade ou lisura, e, de certa forma o objetivo desta doutrina era a lealdade para com o espectador, assim como uma lisura dos meios de comunicação na transmissão de seu conteúdo. Expõe o professor Bininbojm que tal doutrina consistia em um conjunto de normas regulatórias editadas pelo FCC com o intento de promover os fins almejados pela teoria

⁸⁰ A título de curiosidade, tem-se que na contratação de seu quadro de pessoal próprio o FCC também adota as regras de “equal-opportunity employment”. Posturas de natureza político-social que são exigidas dos agentes regulados, também são cumpridas pelo agente regulador.

⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit.

Cabe observar que neste momento abreviamos de forma significativa a explicação e as observações do professor sobre este ponto. Recomenda-se, todavia, a leitura, para aprofundar o conhecimento do tema.

democrática da Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana no campo do jornalismo televisivo e radiofônico, podendo ser resumizada da seguinte forma:

- I) devotar um razoável percentual de tempo da programação à cobertura de fatos e questões controvertidas de interesse coletivo;
- II) oferecer razoável oportunidade para a apresentação de pontos de vista contrastantes sobre tais fatos e questões, de modo a proporcionar ao ouvinte ou telespectador o conhecimento das diversas versões e opiniões sobre o assunto;
- III) garantir o direito de resposta a candidatos em campanha política que tivessem sido criticados ou pessoalmente atacados em matérias ou editoriais hostis.

Vislumbra-se, portanto, princípios associados a uma estrutura regulatória erigida pelo FCC, que buscavam evitar um possível efeito tendencioso dos agentes atuantes no setor de rádio e televisão, ou ainda, uma orientação por interesses meramente comerciais. Ficam estabelecidas algumas obrigações que visam a assegurar o direito difuso da cidadania a ser adequadamente informado. Ainda, de forma valiosa, o professor Binenson é expresso em afirmar que o próprio direito de resposta, antes que uma mera garantia individual da pessoa ofendida, é visto como instrumento assecuratório do direito do público de conhecer ambos os lados da controvérsia. Dito de outra forma, a doutrina tinha por propósito assegurar e promover a missão democrática dos meios de comunicação.

A constitucionalidade da “fairness doctrine” foi pela primeira vez apreciada pela Suprema Corte em 1969, quando do julgamento do famoso caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*⁸². Na decisão a Corte declarou, unanimemente, que o direito do público de receber informação não censurada e balanceada deve prevalecer sobre o direito das emissoras de rádio e televisão de reinar livremente sobre o conteúdo que veiculam. Ademais, frisou a Corte, que as emissoras são agentes fiduciários do público, com obrigações de apresentar as visões e vozes representativas da comunidade, que seriam de outra forma excluída das ondas de rádio e TV.

⁸² 395 U.S. 367 (1969).

Aos poucos os princípios da “fairness doctrine” foram perdendo força e sendo objeto de decisões judiciais que a enfraqueceram. A tensão permaneceu até 1987, quando por força da política desregulatória do governo Reagan (1980-1988), o FCC revogou as normas que compunham a “fairness doctrine”, sob a alegação de que elas seriam inconstitucionais ao afrontar a Primeira Emenda. O Presidente Reagan chancelou a ação do FCC ao vetar, sob os mesmos fundamentos um projeto de lei aprovado pelas Casas do Congresso, que reinstituía a doutrina.

De forma bastante precisa, o professor Binenbojm aponta que a CRFB/88 adotou um sistema de princípios e regras que poderiam ser de certa forma considerados como uma versão brasileira da “fairness doctrine”. Observamos, todavia, que apesar de tais princípios estarem presentes em sede constitucional e serem em diversos momentos protegidos e tutelados pelo Poder Judiciário, existe uma dificuldade de concretização plena dos mesmos. Entendemos que falta um agente regulador independente com atribuições voltadas à concretização destes princípios. Este assunto será novamente tratado ao abordarmos, especificamente, o tema regulação.

2. A Experiência Britânica

No modelo britânico, o OFCOM – Office of Communications possui como uma de suas competências a de regular os serviços de radiodifusão de sons e imagens (broadcasting) no âmbito do Reino Unido. Dentre as atribuições normativas cabe destacar a promoção da competição⁸³ nos mercados relevantes submetidos à sua regulação. Existe um tratamento genérico conferido às transmissões no âmbito do Communications Act de 2003 (complementado pelo The Broadcasting Act de 1996 e o Television Broadcasting Regulations 2000).

⁸³ Na forma do OFCOM Broadcasting Code, faz-se mister menção a seção 3, abaixo reproduzida:

General duties of OFCOM:

(1) It shall be the principal duty of OFCOM, in carrying out their functions -

(a) to further the interests of citizens in relation to communications matters; and

(b) to further the interests of consumers in relevant markets, where appropriate by promoting

competition.(grifo nosso)

(4) (...) (b) the desirability of promoting competition in relevant markets;

No campo específico das transmissões esportivas, por conta de sua relevância mercadológica, além das regras gerais, há regras específicas no “Code on Sports and Other Listed and Designated Events”. Este código busca, na esfera regulatória, realizar um controle preventivo das operações envolvendo direitos de transmissões esportivas. Desta forma, todas as negociações envolvendo direitos de transmissão de eventos esportivos têm que ser comunicadas ao OFCOM. Além da comunicação ao agente regulador, são estipuladas algumas práticas, expressas no item 1.14 do referido código, como a adoção da devida publicidade pela titular dos direitos de transmissão, para que eventuais interessados tenham conhecimento; definição dos direitos envolvidos; necessidade da adoção de um preço justo, razoável e não discriminatório, dentre outras. Neste ponto, ressaltamos a obrigação da comercialização dos direitos de forma separada, conforme a mídia.

Complementarmente, há uma listagem de eventos esportivos nacionais e internacionais mais importantes, que são divididos em duas categorias, A e B. Estão no grupo A eventos como os Jogos Olímpicos, a Copa do Mundo, as finais do Torneio de Wimbledon, dentre outros. E no grupo B, eventos como o Campeonato Mundial de Atletismo e a Copa do Mundo de Críquete.

Outra pretensão, discreta, mas bastante interessante, diz respeito ao uso da publicidade/divulgação das informações com objetivo de diminuição de eventuais assimetrias de informação, que poderiam ocorrer neste segmento. Isto acarreta um significativo estímulo à concorrência.

Paralelamente à ação do OFCOM de natureza primordialmente regulatória, e, principalmente como estímulo à concorrência, destaca-se a atuação do OFT – Office of Fair Trading, com atribuições próximas a um órgão de defesa da concorrência, como o CADE, no Brasil.

No âmbito do OFT atenção especial fora dada a um momento em que a UK Football Association aumentou significativamente os valores para aquisição dos direitos de transmissão. Em contrapartida, as empresas radiodifusoras organizaram um boicote.

Com o advento das transmissões por satélite (DTH)⁸⁴, com canais dedicados especificamente aos esportes, foram constatados quatro riscos⁸⁵: 1) um aumento das radiodifusoras por programas esportivos; 2) aumento no número de eventos esportivos comercializáveis; 3) maior capacidade de difusão, com possibilidade de concentração; e 4) o risco de um monopólio sobre a transmissão de eventos esportivos.

Em vista desta evolução, o OFT deixou de considerar os eventos esportivos como inseridos num mercado mais amplo, que considerava “qualquer entretenimento”. E constatou que ele trazia especificidades que demandavam uma análise mais detida e que até mesmo os direitos de transmissão de certos esportes podem se considerados um mercado isolado. Desta forma, o OFT passou a dar atenção especial aos acordos envolvendo rugby, corridas de cavalos, críquete, atletismo, e, especialmente, o futebol.

Um caso de grande repercussão no Reino Unido e que ainda está sob a análise na esfera judicial diz respeito à operação Football Association Premier League / BSkyB / BBC. Nesta operação a BSkyB, operadora de TV por assinatura por satélite (DTH) adquiriu por cerca de 214 milhões de libras esterlinas (os valores anteriormente negociados foram de 72 milhões e 22 milhões de libras esterlinas) os direitos de transmissão de 60 jogos (de um total de 380 jogos) da Premier League Championship Football, correspondente ao campeonato inglês da primeira divisão. A BBC teria o direito de noticiar e mostrar os melhores momentos das partidas. Tal contrato excluiria outras empresas de radiodifusão da transmissão do evento esportivo por um prazo de cinco anos, por conta da exclusividade, além de fixar uma cláusula de preferência. Desta forma, o OFT interpelou judicialmente a questão com os seguintes argumentos: 1) ao vender os direitos coletivamente, a Premier League atua como um cartel; 2) caso tais restrições sejam atenuadas, haverá a possibilidade dos clubes realizarem acordos separadamente com as empresas de televisão; 3) estas medidas criariam competição na parte de fornecimento de conteúdo; 4) os valores para as redes de televisão iriam cair; 5) prestações mensais da TV por assinatura iriam diminuir; 6) a TV por assinatura vai se

⁸⁴ Cabe observar que no Reino Unido houve uma significativa expansão da TV por satélite, DTH, não tendo havido uma expansão tão grande da TV à cabo.

⁸⁵ OCDE, Policy Roundtables - Competition Issues Related to Sports 1996. p. 75.

tornar mais acessível aos consumidores; e 7) a inovação pelos clubes e empresas radiodifusoras vai ser facilitada.

Este caso é bastante complexo, mas reduzimos significativamente as informações com a finalidade de manter a dinâmica deste trabalho. Frisamos que uma decisão definitiva neste caso tende a influenciar as diversas jurisdições, inclusive a brasileira.

3. A Experiência Mexicana

Abordar a experiência mexicana pode trazer alguns questionamentos, considerando que o México não é um país com forte tradição jurídica ou aplicação do direito antitruste, sendo inclusive criticado pela excessiva concentração de alguns mercados. No entanto, é um país que apresenta diversas semelhanças com o Brasil, pois está em desenvolvimento, com um mercado de televisão concentrado e cujo principal esporte, apto a atrair público e mídia, é o futebol.

O FCC – Federal Competition Commission, órgão responsável pela aplicação das normas antitruste, mais especificamente a Federal Law of Economic Competition (FLEC), iniciou investigação para apurar se os contratos de exclusividade dos direitos de transmissão celebrados entre as redes de televisão e os clubes poderiam ter um potencial anti-competitivo⁸⁶.

Inicialmente, é preciso analisar o mercado de televisão mexicano que é bastante concentrado em duas redes privadas, podendo ser considerado um duopólio. Das 603 estações de TV mexicanas, o grupo Televisa detém 49,8% delas, enquanto o grupo dono da TV Azteca detém 29,5% das estações de TV. Os dois grupos juntos detêm praticamente 80% da capacidade de transmissão televisiva e, assim, significativo poder de mercado, já que as estações restantes são operadoras menores, a maioria composta por TVs públicas. O grupo Televisa atua em um grande número de setores que inclui tv à cabo, rádios, gravadoras, jornais, empresas de telecomunicação e times de futebol. Especificamente na parte de TV, seu sinal alcança 97% dos lares mexicanos, e diversos

⁸⁶ OCDE, Policy Roundtables - Competition Issues Related to Sports 1996. p. 43-46, 51

de seus programas alcançam índices de audiência de 70 a 80% do público. Por outro lado, a TV Azteca foi privatizada somente em 1993, como parte de um grande plano de desestatização adotado pelo governo mexicano.

Os direitos de transmissão na primeira divisão do futebol são transferidos através de contratos, negociados diretamente entre as redes de televisão e cada um dos times de futebol. Estes contratos contêm cláusulas de exclusividade, cujos direitos dizem respeito tão somente aos jogos em casa do time contratado. Cabe observar que alguns dos times da primeira divisão são de propriedade do grupo da rede Televisa ou do grupo da Rede Azteca, ou ainda de sócios com significativa participação em um desses grupos. Dessa forma a disputa envolve predominantemente os times que não são de propriedade ou tem relação com sócios de algumas das redes de televisão.

Em conformidade com este quadro, haveria o risco de a Televisa conseguir impor seu poder de mercado e se tornar um monopolista, excluindo a Rede Azteca. No entanto, isto não acontece. A rede Azteca detém os direitos dos times que lhe pertencem, além dos times de sócios que compõe o seu quadro societário. Indiretamente, isso lhe garante também o direito de transmitir os jogos de times que sejam de propriedade ou tenham contrato de exclusividade com a Rede Azteca.

O FCC aponta outros elementos atenuantes de um eventual risco de monopolização. O primeiro é que a popularidade de um time está muito ligada a sua tradição e seu desempenho no campeonato, que pode variar bastante dadas as variáveis inerentes ao futebol. Desta forma, haveria uma tendência ao equilíbrio do poder de mercado dos dois agentes televisivos. Outro ponto levantado seria que os contratos celebrados entre os times e as redes de televisão têm prazos relativamente curtos, a maioria envolvendo uma ou duas temporadas. Isto ocorre porque as redes de televisão não querem assumir os riscos inerentes a contratos de longo prazo, como, por exemplo, o time ser rebaixado para a segunda divisão. Da mesma forma que atenua os riscos das redes, os prazos curtos permitem aos times estarem sempre celebrando novos contratos com eventuais remunerações mais interessantes.

Por fim, o FCC apontou em seu estudo que na temporada de 1994-1995, a Rede Televisa deteve uma significativa posição dominante, efetivando contrato com 13 dos 18 times da primeira divisão. Ao longo da temporada esta estratégia não se mostrou lucrativa e a Televisa licenciou seus direitos em relação a alguns times para o grupo Multivisión, de TV à cabo, assim como para a TV Azteca. A posição dominante da Televisa não durou muito tempo e na temporada seguinte o número de times contratados por ela diminuiu de 13 para 11, e, conseqüentemente, os times contratados pela TV Azteca subiu de 2 para 7 times.

Em vista do exposto, cabem algumas observações. Em primeiro lugar, destaca-se que este modelo em que os times individualmente negociam os direitos de transmissão com as redes de televisão tende a ser mais lucrativo, tanto para estas, que podem estruturar melhor o seu modelo de negócio, como para os times, que passam a ter o poder de gestão sobre a negociação. Um segundo ponto relevante é que este modelo, em tese, permite a entrada de novos agentes no segmento de transmissão esportiva. Apesar desse não ser o caso do modelo mexicano, onde se estabeleceu um duopólio no setor de televisão, entendemos que uma rede de televisão menor poderia, com esforço financeiro, adquirir os direitos de transmissão de um time com menos tradição e adentrar no segmento esportivo. Logicamente, existem outras variáveis e seria necessário analisar mais profundamente se não haveria outras barreiras à entrada de novos agentes. Como terceira observação, tem-se que a negociação individualizada poderia favorecer os times com maior tradição e capacidade de atrair público, dificultando a vida dos times com menos tradição ou com pequeno público.

4. A Experiência Espanhola

Na Espanha há um cenário em que o aumento da profissionalização nos diversos esportes e do número de canais de televisão, ocasionou um incremento significativo dos valores pagos pelos direitos de transmissão das diversas modalidades esportivas, e, principalmente, do futebol.

Originalmente, a Real Federação Espanhola de Futebol negociava a comercialização dos direitos de transmissão com o único canal de televisão existente, a TVE, um canal

de TV mantido e explorado pelo Estado. Devido às mudanças de cenário na área de futebol profissional, o governo espanhol⁸⁷ convidou os times de futebol a fundar uma associação para cuidar dos interesses comuns dos clubes e em 1983 foi criada a Liga Nacional de Futebol Profissional (“LNFP”). Em 1990, a Espanha passa a ter uma lei específica sobre esportes, que estrutura de uma forma geral as diferentes modalidades e suas respectivas entidades e associações. No caso específico do futebol, fica estipulado que a LNFP terá a capacidade de receber e negociar os direitos de transmissão, tanto dos eventos organizados pela LNFP, como daqueles realizados em conjunto com outras associações de clubes.

As autoridades de direito da concorrência espanholas ao longo do tempo tiveram que lidar com alguns casos relacionados à exclusividade de direitos de transmissão para a TV. O primeiro, originado de uma representação da TV Basca, então recém-fundada, questionava o contrato de exclusividade celebrado entre a Real Federação Espanhola de Futebol e a TVE. Neste caso, o Tribunal Espanhol de Defesa da Concorrência (“TDC”) estabeleceu que esta prática deveria ser considerada restritiva. Posteriormente, em 1991, o canal de televisão Telecinco realizou uma representação perante as autoridades de defesa da concorrência em face da Real Federação Espanhola de Futebol, por conta da não autorização da transmissão das partidas finais da Super Copa de 1990, entre dois times italianos. O TDC entendeu que a Real Federação Espanhola de Futebol abusou de sua posição dominante. Este caso coincidiu com uma investigação no âmbito da Comissão Européia, que analisava o estatuto da UEFA em face das regras de direito da concorrência estipuladas no âmbito europeu. A decisão do TDC foi influenciada pelo estudo da Comissão Européia. No entanto, o TDC não julgou a conduta da Real Federação Espanhola de Futebol em relação aos estatutos da UEFA.

Um dos casos mais complexos com o qual TDC teve que lidar será exposto a seguir⁸⁸. Em 1989 a LNFP decidiu abrir concorrência para a disputa dos direitos de transmissão para a TV do Campeonato da Primeira Divisão Espanhola e da Copa do Rei, outro

⁸⁷ Há uma peculiaridade na questão espanhola. O próprio Estado foi quem estimulou a formação das associações. Como será observado oportunamente, tais associações em variados momentos são criticadas doutrinariamente e judicialmente por atuarem de forma avessa ao direito da concorrência. No caso, poderia haver uma argumentação e análise diferente, já que o próprio Estado estimulou a associação.

⁸⁸ Caso 319/92, julgado pelo TDC – Tribunal Espanhol de Defesa da Concorrência.

evento que envolve os times de futebol espanhóis. Os contratos de cinco anos acabaram sendo adjudicados à empresa “Promoción del Deporte”, que comercializou os direitos com televisões públicas das regiões da Cataluña, Valência, Galícia, Madrid e do País Basco. Tais contratos ocorreram alguns dias antes do governo espanhol autorizar a entrada em operação de três novos canais: Antena 3, Telecinco e Canal Plus, este último, um canal codificado, de acesso restrito a assinantes.

Ao longo de 1990, o Canal Plus realizou uma série de negociações com as TVs públicas regionais buscando o compartilhamento dos direitos de transmissão das partidas de futebol por um período de oito anos. Estes acordos impediam o acesso aos direitos de transmissão pelos outros canais de televisão privados, assim como um direito de preferência em relação a operações futuras.

Os canais Antena 3 e Telecinco, que foram excluídos do acordo, representaram perante as autoridades de defesa da concorrência. O canal Antena 3 considerou os acordos anti-concorrenciais, ao mesmo tempo em que acusou a LNFP e a empresa “Promoción Del Deporte” de abuso de suas respectivas posições dominantes. O Canal Telecinco acusou os times de futebol da 1ª e 2ª Divisão, a LNFP, a Associação das Televisões Públicas Regionais e o Canal Plus de adotarem condutas que afrontam o direito antitruste. Complementarmente, a Telecinco representou perante a Comissão Européia com fundamentação semelhante. A representação perante a Comissão Européia foi arquivada, sem entrar no mérito da questão, adotando-se o princípio da subsidiariedade, pois o contrato e suas repercussões ocorreram de forma predominante no mercado espanhol. A Comissão Européia também levou em consideração o fato de que as autoridades de defesa da concorrência já haviam iniciado a análise e tomado algumas medidas no caso.

Ao analisar o caso, o Serviço de Proteção à Concorrência (“SDC”), órgão com algumas atribuições semelhantes à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça no Brasil, entendeu em seu parecer que a LNFP havia abusado de sua posição dominante. A decisão funda-se na constatação na renovação do contrato em 1990, que alongou a duração do contrato e aumentou o número de partidas anualmente transmitidas pela

televisão. Esta conduta limitaria os canais atuantes, assim como eventuais canais privados que poderiam entrar no setor, de transmitir ao vivo partidas de futebol e sumários informativos até 1998. O SDC também criticou certos aspectos tratados nos contratos estabelecidos entre a LNFP, as TVs públicas regionais, Canal Plus e a TVE (esta última aderiu ao contrato em 1991), como a exclusividade mundial, o longo prazo de duração, o excessivo número de partidas por temporada e as cláusulas restritivas, como, por exemplo, a que permite o sub-licenciamento para terceiros.

Na decisão do TDC ficou estabelecido que a LNFP abusou de sua posição dominante no mercado, tendo em vista que a competição no setor foi distorcida pela restrição aos novos entrantes do acesso aos direitos de transmissão de futebol. Os contratos celebrados entre a LNFP, as TVs públicas regionais, o Canal Plus e a TVE violaram as regras antitruste devido à exclusividade na transferência dos direitos, assim como pelo significativo número de partidas incluídas e pelo longo prazo. Estas condutas tidas como abusivas foram proibidas para as temporadas seguintes e houve significativa sanção financeira. Ademais as televisões públicas regionais tiveram que permitir o acesso às imagens resumidas⁸⁹ das partidas de futebol a todos os operadores através de um valor tido como razoável.

Alguns pontos deste caso merecem uma maior atenção. Inicialmente destacamos o mercado relevante. No aspecto geográfico, foi estabelecido o mercado espanhol, embora pudesse ter sido utilizada a dimensão comunitária, por conta dos limites geográficos amplos estabelecidos nos contratos de transmissão de futebol. Na dimensão produto/serviço foi considerado como mercado relevante os direitos de transmissão esportiva para competições de interesse nacional, assim como competições internacionais com capacidade de atrair interesse semelhante (*e.g.* partidas da seleção espanhola, Copa Européia, Supercopa, etc.), nas suas diferentes variações de formato. São elas: transmissões ao vivo, transmissões gravadas, versões resumidas das partidas,

⁸⁹ Existem hipóteses onde o direito de transmitir um resumo das partidas é comercializado de forma diversa do direito de transmitir a partida em seu conjunto. O resumo em certas jurisdições, como a legislação brasileira, é admitida a título gratuito para fins jornalísticos. Em outras, dado o seu relevante aspecto econômico, ele é comercializado. Este assunto é polêmico e será abordado somente de uma forma tangencial neste trabalho.

programas sobre futebol, etc. Naquela oportunidade foi considerado que a transmissão codificada, como a realizada pelo Canal Plus, não caracterizaria um mercado separado.

Um segundo ponto está relacionado ao abuso de posição dominante. Para determinar se a transmissão de eventos futebolísticos criava posição dominante no mercado, o TDC analisou o impacto da transmissão de futebol em relação às audiências. Conclui-se que havia significativo poder de mercado da LNFP, que poderia cobrar preços acima dos competitivos e estabelecer arbitrariamente as demais questões relacionadas à comercialização. Ademais, por se tratar de mercado não contestável, dado o longo prazo dos contratos que conferiam a exclusividade, tem-se que haveria o reforço de tal posição dominante por conta dos direitos de preferência. O TDC entendeu que o fato da LNFP ter encerrado o período de oferecimento de proposta pouco antes da autorização estatal para novos canais privados e posterior à prorrogação do contrato, estabelecendo um longo prazo de duração, seriam elementos que impediriam o acesso às imagens pelos outros canais privados. E, conseqüentemente, reforçam a idéia de abuso da posição dominante.

Cabe observar que esta decisão nunca foi efetivamente concretizada, posto que as partes prejudicadas interpuseram recurso judicial, que suspendeu os efeitos da decisão do TDC. Antes de alcançar uma decisão na esfera judicial alguns clubes decidiram negociar de forma independente os direitos de transmissão com o canal Antena 3. Tal canal também tem tentado negociar com os canais públicos regionais os direitos de transmissão de alguns eventos. E a LNFP não tem mais os direitos exclusivos de negociação dos direitos de transmissão dos times, ou seja, houve uma “quebra” da dita exclusividade estabelecida nos contratos questionados perante o sistema de defesa da concorrência espanhol. No mais, o Canal Plus apresentou uma representação em face do canal Antena 3 por concorrência desleal. A discussão se encontra aberta na Espanha e não há unanimidade entre as TVs públicas regionais acerca do sub-licenciamento a canais privados dos direitos de transmissão. A grande audiência alcançada pela transmissão de partidas de futebol na Espanha, a importância da renda da publicidade e os altos preços que os canais de televisão estão dispostos a pagar aos clubes provocaram uma verdadeira guerra entre os clubes, a LNFP e os canais de televisão.

Da experiência espanhola são retiradas quatro considerações bastante relevantes. A primeira diz respeito à dificuldade de se definir o mercado relevante. As metodologias normalmente aplicadas sugerem que é necessário observar as características do produto, tais como a existência de bens substitutos, o grau de diferenciação, o preço e a qualidade. Igualmente importante é definir o mercado concreto, ou seja, o grau de essencialidade, as estratégias dos agentes envolvidos, a natureza perecível e a importância de sua disponibilidade num curto período de tempo. No entanto, critérios objetivos ou racionais aplicados em relação a bens de consumo, no caso da demanda por eventos esportivos são substituídos por outros muito mais subjetivos e o “gosto do consumidor” tem um peso muito grande.

Quando analisaram a possibilidade de substituição entre a transmissão de jogos da primeira divisão e outras formas de entretenimento foi aferido que haveria algum nível de substituição. No entanto, não era possível considerar como existente um único segmento de mercado de entretenimento, por conta da diferença significativa de preço, qualidade e características entre os produtos. Desta forma, uma ida ao cinema ou um jantar fora, assim como uma partida de futebol, são considerados exemplos de entretenimento. No entanto, não é possível considerar que os dois primeiros substituam o último, considerando as peculiaridades de cada forma de entretenimento. Passou-se a examinar se dentro da esfera das transmissões esportivas haveria a possibilidade de uma eventual demanda cruzada entre o futebol e outras modalidades esportivas. Neste ponto, a conclusão foi a de que isso não aconteceria. De acordo com estudos desenvolvidos pelo “Instituto de Medios y Audiencia” o percentual de público dos eventos esportivos transmitidos pela televisão é dividido da seguinte forma:

Modalidade	Público
Partidas de Futebol	41%
Ciclismo	33,5%
Basquetebol	31,5%
Atletismo	31,5%
Ginástica Olímpica	23,5%
Tênis	22,5%

Em todas modalidades acima, com exceção da ginástica olímpica, havia um número significativamente maior de homens interessados do que de mulheres. Os eventos da Liga Nacional Espanhola e da UEFA conseguem altas audiências, cujo público acompanha as partidas com significativa fidelidade. Outras modalidades esportivas não conseguem o mesmo nível de interesse. Desta forma, poderia se concluir que os esportes não competem entre si por audiência. Ademais, o comportamento do público espectador varia muito de um esporte para o outro e o segmento social varia conforme o perfil do esporte. Os preços pelos direitos de transmissão também variam conforme a modalidade. Consequentemente, não é possível afirmar que os direitos de transmissão esportivas são um produto homogêneo, existindo variações conforme a modalidade.

A segunda consideração diz respeito às negociações coletivas e aos contratos exclusivos. A delegação da Lei de Esportes Espanhola – Lei n. 10/1990, para a LNFP da negociação dos direitos de transmissão das partidas em nome dos clubes de futebol profissionais estava relacionada à capacidade de a associação realizar a negociação coletiva. Esta modalidade de negociação evita concorrência entre os clubes de futebol nesta questão e tem por pressuposto a idéia de que os clubes não competem entre si como agentes econômicos tradicionais, mas tão somente no campo de futebol. Desta forma, a negociação coletiva, denominada em inglês de *collective bargaining*, levou a existência de uma série de contratos de exclusividade. Nesta questão o TDC admitiu que em certas hipóteses, estes contratos de exclusividade podem ser adequados, mas considerou necessária a observância de cinco diretrizes⁹⁰: 1) haver um ambiente de igualdade no leilão que permita com que os diversos agentes do setor participem; 2) distribuição dos direitos em diferentes grupos (direitos de transmissão das partidas ao vivo, resumos de partidas, etc.); 3) os contratos devem ter uma validade razoável, tendo como parâmetro os investimentos não recuperáveis realizados; 4) os contratos não podem conter cláusulas garantindo direito de preferência e 5) deve ser garantido o acesso a um mínimo de imagens, que poderiam ser transmitidas por todos os outros

⁹⁰ Consideramos oportuno observar que a estipulação de diretrizes como essas podem ser interpretadas como modalidades de regulação, mais, especificamente, uma regulação pro-concorrencial, pois versam sobre uma forma de intervenção preventiva no ambiente competitivo de um determinado setor.

canais de televisão. E, eventualmente, poderia ser estabelecida uma remuneração pelo uso de tais imagens.

Destaca-se o fato de que o TDC entendeu que somente deveriam ocorrer restrições que fossem indispensáveis para o devido funcionamento do mercado. E estas restrições não poderiam funcionar como barreiras de acesso ao mercado por novos canais de televisão.

Uma terceira consideração é relacionada à distinção entre canais públicos e privados de televisão. A concorrência no mercado de televisão é muito influenciada pelos diferentes normas e regulação aplicável ao sistema de TV pública nacional, TVE, as TVs regionais e as TVs privadas. Especificamente, em itens como programação, condições de publicidade, custos e formas de financiamento, o que acaba por produzir formas desiguais de competição entre os canais. Neste sentido, a TVE, goza de vantagens nas contratações de programação realizadas no âmbito do Eurovision⁹¹.

A TVE e as TVs públicas regionais são financiadas pelo Estado, pela publicidade e por eventuais empréstimos bancários realizados, sendo o Estado o garantidor. Em que pese o reconhecimento de objetivos públicos, como a proteção às diferentes línguas faladas na Espanha e a transmissão de eventos culturais ou de produções voltadas a audiências menores, o sistema de financiamento das TVs públicas, nacional e regionais, afeta a concorrência no setor de televisão. Os canais privados fazem menção a eventual concorrência desleal. Neste ponto, o TDC expressou sua intenção de apresentar ao governo sugestões para a adoção de mecanismos que estimulariam a concorrência entre as TVs públicas e preveniria as distorções causadas pelo atual modelo de financiamento.

Como quarta consideração, temos o direito de informação. Está expresso na Constituição Espanhola⁹² e tem sido em diversos momentos invocado para defender o direito dos canais de televisão de obter imagens dos eventos esportivos, bem como para negar a validade dos contratos que tem por objeto a exclusividade. Preocupações sobre

⁹¹ O Eurovision é um mecanismo de produção e distribuição de conteúdo estabelecido no âmbito Europeu, que está sob discussão perante o Tribunal Europeu, por conta de regras relativas à admissão de novos membros.

⁹² Artigo 20, da Constituição Espanhola

esta questão no âmbito do TDC datam de 1985. Em paralelo, duas sentenças de 1992 e 1993 estabeleceram que imagens de partidas de futebol não eram parte do direito à informação, posto que este direito somente deveria incluir a possibilidade de informar sobre o que aconteceu ao longo da partida e seu resultado final. As imagens deveriam ser consideradas como parte do entretenimento e estariam excluídas.

Posteriormente, o TDC em análise sobre o tema considerou a importância econômica afeta à questão e obrigou os detentores dos direitos exclusivos de transmissão a permitir o acesso às imagens por outros canais de televisão. O acesso a um resumo dos jogos para uso em noticiários e programas esportivos ocorria através de um pagamento considerado razoável.

Esta questão ainda não está pacificada. Em sede judicial e com fundamento no direito à informação, o canal Tele 5 conseguiu garantir acesso a jogos da primeira e segunda divisão espanhola, assim como aos jogos da seleção espanhola, com finalidade jornalística. No caso, o Judiciário entendeu que as imagens são aspecto essencial da natureza da televisão e que o acesso aos estádios de futebol deveria ser garantido na busca da concretização do dever de informação dos meios de comunicação.

5. A Experiência Alemã

Na Alemanha existe um debate sobre a exploração dos direitos de transmissão de eventos esportivos, dada a sua importância o caso concreto tem por objeto o futebol. Tal debate acontece entre o Bundeskartellamt, autoridade com atribuição para questões afetas ao direito da concorrência, e a Deutscher Fußball-Bund (“DFB”) que é a associação alemã de futebol. A discussão versa sobre a proibição da DFB de comercializar de forma centralizada os direitos de transmissão para certas partidas de campeonatos europeus ocorridas na Alemanha, *home matches*, tal venda centralizada seria uma violação das regras antitruste que proíbem os cartéis.

Para aprofundar a discussão é inicialmente necessário introduzir alguns aspectos. A DFB é uma entidade sem fins lucrativos formada pelas cinco federações regionais, pelas

associações de futebol dos vinte e um *länder* alemãs e por membros extraordinários que são os clubes pertencentes a primeira e segunda divisão do Liga Nacional Alemã, em alemão, *Bundesliga* e *2. Bundesliga*, respectivamente. A DFB tem diversas atribuições e competências no que se refere ao futebol profissional alemão na forma de seu estatuto⁹³, a partir de 1989 foi incluído no referido estatuto o direito exclusivo de comercializar direitos de transmissão de rádio e televisão de jogos domésticos e internacionais que envolvessem os times de futebol profissional da liga.

Outro agente importante no caso é a Union of European Football Associations (“UEFA”), tal entidade congrega cerca de quarenta associações nacionais de futebol, incluindo a DFB, que a remuneram por conta da prestação de certos serviços. A UEFA organiza há mais de trinta anos três torneios de futebol: a Copa dos Campeões da Europa, Campeões da Supercopa e Copa da UEFA. Nestes torneios, a UEFA é responsável por uma série de ações deixando os clubes responsáveis pela organização dos jogos em casa do respectivo torneio. Se por um lado o clube que recebe a partida possui significativos custos tais como o aluguel do estádio, salários dos jogadores e de toda a equipe técnica, por outro lado, o clube pode ficar com todas as receitas advindas da partida. Apesar do clube visitante não receber qualquer remuneração por participar da partida, seus interesses econômicos estão protegidos uma vez que este será (ou foi) o organizador da outra partida, dado que as disputas sempre envolvem dois jogos, um na casa de cada time.

Até o final da temporada de 1986/1987 cada clube alemão comercializava individualmente seus direitos de transmissão para televisão dos jogos em casa dos torneios no âmbito da UEFA, transferindo 10% da receita adquirida para tal entidade. A partir da temporada 1989/1990 a DFB passou a comercializar tais direitos de forma centralizada. Inicialmente, tais direitos de transmissão eram individualmente ou em conjunto comercializados para agências de esporte ou canais de televisão. Ao longo do tempo, tais direitos passaram a ser negociados somente em conjunto, em forma de “pacote”. De forma rotativa tais “pacotes” eram adquiridos pela Ufa Film ou pela ISPR que lhe concediam os direitos das transmissões para o mundo inteiro. O pacote somente

⁹³ Tal estatuto é denominado *Lizenzspielerstatut* (LSpSt)

não incluía alguns eventos tais como a final e alguns jogos específicos excluídos pela UEFA.

A DFB adotava a seguinte distribuição das receitas, 10% continuava sendo enviado para a UEFA, 20% era distribuído entre os times da primeira e segunda divisão (numa proporção 70:30), O restante era distribuído de forma a compensar o sucesso do time alemão nas competições européias. Caso um time alemão fosse eliminado no início da competição, o valor a ser distribuído entre as divisões aumentava.

Sob a ótica das autoridades antitruste alemãs a forma de comercialização centralizada desrespeitava a proibição a cartéis, vindo tal conduta a ser proibida. De forma objetiva, o mercado considerado foi o de transmissão de direitos de transmissão de eventos esportivos nos quais os organizadores de eventos funcionam como fornecedores e as agências esportivas e os canais de televisão atuam como compradores. Foi observado que a atração exercida perante os compradores estava associada a quantidade de publicidade que tenderia a ocorrer por conta da audiência de tal evento. Ressaltou ainda a autoridade que os direitos de transmissão de eventos futebolísticos tem valor bem mais alto do que os de outras modalidades esportivas.

Aprofundando a questão, sob a perspectiva da autoridade antitruste a DFB atua como uma associação de empreendimentos/clubes na medida em que a DFB adota medidas que influenciam as atividades econômicas de todos os clubes das ligas. Todos os clubes alemãs que se qualificam para um dos campeonatos europeus organizados pela UEFA são na verdade concorrentes no que se refere ao fornecimento de direitos de transmissão dos jogos em casa. No entanto, certas cláusulas do estatuto da DFB excluem a concorrência em preço e condições. O clube, de forma individual, fica impedido de comercializar os direitos de transmissão de forma individual ou conjunta, ou ainda de separar os direitos de transmissão e negociá-los de forma separada.

Desta forma, os pontos cruciais para decidir a questão são definir quem é o organizador, no sentido legal da expressão, e definir quem é o detentor original dos direitos de explorar o jogo (bilhetes, direitos de transmissão, etc.). A autoridade antitruste alemã

entendeu que os clubes alemães que sediam os jogos em casa são os organizadores, no sentido legal, assim como os detentores dos direitos associados a partida. No sentido desenvolvido pela Suprema Corte Alemã em outra questão, foi definido que organizador, no sentido legal, são aqueles que têm a responsabilidade financeira e pela organização, assim como o risco econômico relativo ao evento. Desta forma, os organizadores dos eventos europeus seriam os clubes já que estes provêm as condições essenciais organizacionais para as partidas, e, ao mesmo tempo, assumem o risco econômico, como, por exemplo, a possibilidade de não haver público interessado. Nos seus respectivos deveres organizacionais a UEFA e a DFB não assumem riscos econômicos.

As partes alegaram que as competições de futebol européias criaram um produto novo e especial em que o organizador, no sentido legal, seria a DFB e a UEFA. A partida de futebol analisada individualmente não teria muito relevância isolada. Ademais, a DFB argumentou que o objeto de interesse dos canais de televisão seria o campeonato e não uma partida isoladamente. A crítica a tal linha de argumentação foi no sentido de que até 1987 tal linha de raciocínio não se aplicava, além de que obviamente para os clubes e os compradores de direitos de transmissão tal “produto” poderia ser explorado isoladamente.

Ademais, é facilmente compreensível que os clubes participantes de um campeonato europeu deverão concordar em aspectos tais como número, local e data dos jogos a serem realizados em tal torneio. No entanto, as autoridades antitruste entenderam que a venda centralizada de direitos de transmissão seja uma cooperação necessária para a organização dos campeonatos europeus. Assim como também não é indispensável a centralização dos direitos de transmissão dos eventos esportivos para viabilizar as ligas alemãs. Novamente é feita referência ao período anterior a 1987 em que não há indícios de que a comercialização individualizada tenha acarretado algum tipo de concorrência predatória que tenha prejudicado os clubes ou a sobrevivência das ligas profissionais.

Em face da decisão do Bundeskartellamt as partes interpuseram recursos judiciais perante o tribunal de apelações de Berlim. Tais recursos foram improvidos. No que diz

respeito a controvérsia sobre quem seriam os organizadores no sentido legal, a corte recursal manteve o posicionamento das autoridades antitruste no sentido de considerar os clubes como organizadores. De tal decisão foi interposto recurso pela DFB e pelas agências de marketing esportivo Ufa Films e ISPR para a Suprema Corte Alemã.

CAPÍTULO IV – A QUESTÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO ANTITRUSTE

1. As duas vertentes do Direito Antitruste

Dentro do direito antitruste, é preciso compreender inicialmente que a competição entre os agentes de um dado setor não constitui uma decorrência necessária da natureza dos mercados. Neste sentido, cabe reproduzir parte de um acórdão do STF de relatoria do Ministro Eros Grau⁹⁴, que estabelece uma definição bastante interessante de mercado:

Assim é porque o mercado é uma instituição jurídica. Dizendo-o de modo mais preciso: os mercados são instituições jurídicas. A exposição de NATALINO IRTI é incisiva: o mercado não é uma instituição espontânea, natural – não é um locus naturalis – mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando com fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; é um locus artificialis. O fato é que, ao deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males.

Segue adiante no mesmo acórdão:

O mercado, anota ainda IRTI, é uma ordem, no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes que nele atuam, de determinadas condutas. (...) E essa regularidade, que se pode assegurar somente na medida em que critérios subjetivos sejam substituídos por padrões

⁹⁴ STF – Adin No. 3.512-6 Espírito Santo. Relator: Ministro Eros Grau.

objetivos de conduta – padrões definidos no direito posto pelo Estado – implica sempre a superação do individualismo próprio ao atuar dos agentes do mercado.

Neste sentido, incidem comandos jurídicos, os quais proíbem os agentes de adotarem condutas tendentes à monopolização ou de abusarem de eventual posição dominante que já possuam em um determinado mercado.

A doutrina observa que, quanto maior o poder de mercado de um agente econômico, maior a probabilidade de que esse venha a agir de forma prejudicial à concorrência se comportando como se monopolista fosse, ou seja, reduzindo a oferta e aumentando preços. Além disso, tem-se que o monopolista, de certa forma, possui incentivos para se comportar de forma ineficiente, pois se encontra em uma situação na qual pode aumentar o custo unitário de seu produto e reduzir a oferta, auferindo lucro por unidade produzida maior do que seria possível em uma realidade competitiva. Eventual lucro acima do competitivo do monopolista acarreta a transferência de renda do consumidor para o produtor, assim como a redução de bem-estar social e a criação de “peso morto”, *deadweight loss*, em razão da alocação ineficiente de recursos.

Desta forma, tem-se que a intervenção do Estado no domínio econômico é não apenas adequada, mas em certas hipóteses, indispensável, para a consolidação e preservação do sistema capitalista de mercado. Portanto, não é adversa à lógica do sistema capitalista, que em verdade não dispensa eventual intervenção posto se tratar de um elemento de sua própria essência.

Em vista de tal interesse coletivo afeto a defesa da concorrência, esta constitui um direito difuso⁹⁵, ou seja, tem uma natureza de direito público e os meios e instrumentos em tal tema não devem ser utilizados para defender interesse privados, mas toda a coletividade, que é a titular de tais direitos. Em termos práticos, as multas, restrições e eventuais sanções aplicadas pelo CADE não tem por objetivo compensar eventuais

⁹⁵ Neste sentido, deve ser mencionado o Artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.884/94: Art. 1º, Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

danos sofridos por outros agentes privados atuantes no mercado, o intuito das ações do SBDC são direcionados a proteção dos interesses da coletividade afeta a questão, o interesse do Estado. Logicamente, a atuação do SBDC não impede que eventuais vítimas dos danos venham a requerer indenização em lide de natureza privada proposta em face daquele agente que lhe causou eventuais prejuízos por conta de atos que infringiram a lei antitruste⁹⁶.

Seguindo, cabe observar que o direito antitruste possui duas vertentes principais, quais sejam, a análise de atos de concentração e de condutas anticoncorrenciais⁹⁷. Neste ponto, a legislação brasileira segue tendência observada na maioria dos países que possuem arcabouço jurídico de proteção à concorrência, no que diz respeito ao sistema e a como tais questões são tratadas.

Em relação ao aspecto preventivo do direito antitruste, este é representado pelo dever de submissão de determinadas operações de concentração econômica – atos de concentração⁹⁸ - tais como fusões, aquisições, constituições conjuntas de empresas, à análise das autoridades do SBDC.

A apreciação dos atos de concentração tem por intuito analisar a estrutura do mercado antes e após a operação notificada, com vistas a verificar se o ato cria ou reforça posição dominante no mercado⁹⁹ da qual possa haver um risco de abuso prejudicial ao ambiente concorrencial. As concentrações classificam-se em horizontais ou verticais, conforme se refiram a agentes econômicos envolvidos na mesma ou em diferentes etapas da

⁹⁶ Tal situação apesar de parecer estranha é bastante comum, por exemplo, em sede de ações civis públicas nas quais os legitimados a proposição da ação civil pública atuam para defender um direito difuso ou um direito coletivo. Posteriormente, conforme a decisão, eventuais prejudicados propõe suas respectivas ações buscando a indenização por eventuais danos morais ou patrimoniais sofridos que não foram recompostos pela decisão.

⁹⁷ Complementariamente, cabe menção a uma terceira atribuição, qual seja, a de realizar a advocacia da concorrência, conceito que será abordado oportunamente.

⁹⁸ Em relação a esta questão, cabe menção ao artigo 54, *caput*, da Lei nº 8.884/94:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, devem ser submetidos às autoridades brasileiras de defesa da concorrência.

⁹⁹ O professor Hovenkamp, por sua vez, define-o Poder de Mercado nos seguintes termos: “Poder de mercado é a possibilidade de uma firma aumentar seus lucros através da redução da oferta e cobrança de preços superiores aos competitivos por seus produtos.”

HOVENKAMP, Herbert. “Federal antitrust policy”. 2ª edição. St. Paul, West Group, 1999, p. 78, tradução livre.

cadeia produtiva ou, ainda, conglomeradas, quando abarcam agentes econômicos atuantes em mercados que não apresentam relação na cadeia produtiva.

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, o sistema brasileiro estabelece o controle a posteriori dos atos restritivos da concorrência, não obstante a possibilidade de submissão do ato antes de sua realização¹⁰⁰. Tal sistema tem gerado críticas quanto a sua eficiência, por conta das dificuldades relacionadas ao desfazimento dos atos, tendo sua alteração prevista em projeto de lei que versa sobre a matéria¹⁰¹.

Dentre os atos passíveis de notificação ao SBDC estão aqueles nos quais pelo menos um dos grupos econômicos envolvidos tenha apresentado faturamento, no último exercício fiscal, superior a R\$ 400 milhões, ou que detenha, ou passe a deter em decorrência da operação, participação superior a 20% do mercado relevante¹⁰². Ao longo do tempo, a jurisprudência do CADE se consolidou no sentido de que o faturamento a ser considerado, o primeiro requisito, é o faturamento no território nacional.

O julgamento dos atos de concentração ocorre em sessão pública do Plenário do CADE. Ao analisar um ato de concentração, o CADE pode adotar uma das seguintes soluções: 1) aprová-lo sem restrições; 2) aprová-lo com a condição de cumprimento de compromisso de desempenho; 3) condicionar a sua aprovação a determinadas ações estruturais, tais como a alienação de determinados ativos; ou 4) determinar a desconstituição da operação.

Como exemplo de tal controle preventivo de atos de concentração no setor de televisão e esportes, cabe menção a um caso afeto a TV à cabo mas cuja análise de certos pontos foi bastante oportuna e pode ser relacionada com as questões relativas ao presente estudo relacionado a TV aberta. Foi apresentado as autoridades do SBDC ato de

¹⁰⁰ Conforme disposto no artigo 54, § 4º, da Lei No. 8884/94.

¹⁰¹ Questões relacionadas ao Projeto de Lei No. 3.937/04 que altera o funcionamento do SBDC geram significativos questionamentos e debates. No entanto, para manter o foco do trabalho realizaremos eventuais comentários sobre tal assunto de forma rápida e superficial.

¹⁰² Na forma do artigo 54, §3º, Lei Nº 8.884/94.

concentração¹⁰³ que consistia na ampliação de capital da empresa ESPN Brasil Ltda. e aquisição de participação de 25% de tal empresa pela Globosat Programadora Ltda. Tal ato acabou não se concretizando e houve o pedido das empresas envolvidas pelo arquivamento do pedido. Em que pese o arquivamento, e, conseqüentemente, o ato não ter sido analisado pelo CADE, cabe menção ao parecer¹⁰⁴ elaborado pela SEAE nesta questão que levanta e analisa diversos aspectos relevantes do setor de transmissões esportivas no Brasil e do impacto de uma eventual concentração entre dois dos maiores agentes do setor de TV à cabo.

A segunda vertente de análise antitruste traduz-se na averiguação e repressão a condutas¹⁰⁵ anticompetitivas, dentre as quais podem ser citados cartéis, vendas casadas, recusas de contratação, acordos de exclusividade e preços predatórios. O artigo 21 da Lei nº 8.884/94 apresenta uma lista exemplificativa de atos que caracterizarão infração à ordem econômica, desde que atendidos os requisitos do supracitado art. 20.

Tem-se que a liberdade de empreender pressupõe a liberdade de contratar. No entanto, tal liberdade não se apresenta irrestrita, havendo diversos princípios no ordenamento jurídico, inclusive a previsão de que os contratos deverão cumprir uma função social, que condicionam o exercício, pelos agentes, do direito de escolher com quem e qual o objeto da relação contratual.

Sob o prisma econômico-regulatório, a proibição de determinados acordos entre concorrentes constitui decorrência dos princípios constitucionais da livre concorrência, artigo 170, IV, da CRFB/88 e da repressão ao abuso de posição dominante, artigo 173, §4º, CRFB/88, seja essa exercida isoladamente ou em conjunto por diversos agentes. Por exemplo, as *joint ventures* cooperativas, como o são os acordos que propiciam a

¹⁰³ Ato de Concentração n.º 08012.005864/2000-07 (Processo Administrativo SEAE/MF).

¹⁰⁴ Parecer n.º 139/02/COGSE/SEAE/MF de 26 de abril de 2002.

¹⁰⁵ A caracterização de uma infração à ordem econômica encontra-se definida no artigo 20 da Lei nº 8.884/94, abaixo reproduzida:

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

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

conjugação de esforços entre concorrentes para desenvolvimento de um determinado produto ou serviço, também constituem acordos entre concorrentes. Portanto, com a denominação de acordos entre concorrentes há de se dividir entre aqueles nos quais existem eficiências sobre eventuais efeitos restritivos, daqueles nos quais se sobressai a intenção de redução da oferta e aumento de preços, tais como cartéis.

Abordando a noção de cartel de forma objetiva, tem-se que este é um acordo explícito ou tácito entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante em torno de preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial. Tal organização tem por objetivo obter lucros supracompetitivos, por meio de restrições a oferta que, conseqüentemente, aumentam os preços¹⁰⁶. Como efeito de tal acordo, tem-se que os agentes atuam no mercado como se fossem um monopólio¹⁰⁷, em outras palavras, atuam como um único agente econômico.

Neste ponto, cabe menção as associações entre clubes, as confederações e federações esportivas. Tem-se que as mais diversas associações são relevantes para a sociedade e são admitidas e legitimadas, até mesmo constitucionalmente. No entanto, no âmbito do direito antitruste, tais entidades por serem compostas por agentes que poderiam ser concorrentes entre si, despertam a necessidade de uma análise cuidadosa das autoridades pois tais associações podem ser utilizadas como mecanismos facilitadores de acordos ilícitos entre concorrentes e limitadores da competição entre agentes de um mercado. Tais associações também podem adotar medidas para não permitir a entrada de novos associados ou admiti-los com um tratamento diferenciado, e, de certa forma, limitar a atuação e o crescimento de agentes. Nas hipóteses em que não fique caracterizado o cartel, eventuais questões relacionadas ao poder de mercado de tais associações serão analisados pela regra da razão havendo a possibilidade de sanção pelas autoridades quando tal conduta não se apresenta razoável, por não apresentar motivos economicamente legítimos que justifiquem o exercício de poder de mercado.

¹⁰⁶ De forma bastante sucinta, os professores Gesner de Oliveira e Rodas, definem como “um acordo entre concorrentes com o objetivo de maximização conjunta de lucro.” OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. “Direito e Economia da Concorrência”. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 41.

¹⁰⁷ No próximo item iremos analisar de forma mais aprofundada a noção de monopólio e de oligopólio.

Ademais, como uma terceira função do SBDC além das funções repressiva e preventiva, que não chega exatamente a ser uma vertente, as autoridades do SBDC exercem a função de advocacia da concorrência¹⁰⁸ que está relacionado ao dever institucional a promoção da concorrência. Tal promoção se dá através da realização de seminários, elaboração de cartilhas e textos explicativos, elaboração de concurso de monografias, programas de estágio e intercâmbio com universidades, esclarecimentos de dúvidas dos agentes econômicos e da sociedade e outras ações que busquem criar uma conscientização da importância dos valores afetos a concorrência para a saúde e equilíbrio dos mercados e do próprio sistema econômico-social adotado em nossa Constituição.

Neste ponto, é necessário ainda abordar um aspecto relativo a firma em posição dominante. A legislação brasileira expressamente considera legítima essa situação, desde que decorrente de maior eficiência e melhor gestão empresarial¹⁰⁹. Em termos práticos, tal fato dá margem a diversas polêmicas, principalmente em mercados de inovação onde existe proteção através da propriedade intelectual na qual são conferidos direitos de monopólio pelo Estado aos agentes inovadores, assim como em mercados regulados nos quais certos monopólios são contratualmente concedidos pelo Estado. Casos recentes têm surgido na área de informática nos quais tecnologias que se tornam líderes de mercado tendem a se consolidar de tal forma que acabam por se tornar padrões gozando de significativo poder de mercado, e, eventualmente, restringem a concorrência.

No caso específico da comunicação de massa, e, mais especificamente, do setor de TV aberta, no Brasil existe o grupo Globo que detém posição dominante de mercado. Considerando que tal grupo tenha chegado a esta posição por conta de maior eficiência, visto que também existem outras concessionárias de TV aberta, tem-se que tal grupo

¹⁰⁸ O uso da expressão “advocacia” sofre críticas pela doutrina. Neste sentido, cabe menção a lição do doutrinador João Bosco Leopoldino da Fonseca no sentido de que a expressão original, do inglês, é “advocacy of competition” cuja idéia traduzida seria a de “defesa, patrocínio ou promoção da concorrência”. Esta idéia é a utilizada no texto e não pode ser confundida com a noção de ação de advogar, profissão ou exercício da profissão de advogado. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. “Direito Econômico”. 4ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 298.

¹⁰⁹ Conforme disposto no artigo 20, §1º, Lei Nº 8.884/94.

estará sempre sob a avaliação mais severa da autoridade de defesa da concorrência dado o seu poder de mercado. No entanto, além de monitorar eventuais atos e condutas que infrinjam o direito antitruste, não caberá ao SBDC adotar medidas ou políticas públicas para a defesa de outros interesses tais como a entrada e o fortalecimento de outros agentes do mercado televisivo ou a busca da concretização do preceito constitucional da pluralidade de fontes. A criação e concretização de tais políticas estão fora do rol de competências do SBDC, e, mais uma vez, tem-se reforçada a posição favorável a criação de um agente regulador independente do setor de comunicação social que crie e oriente políticas públicas voltadas para o setor, principalmente no que diz respeito a políticas pro-concorrenciais que estimulem uma ampliação de agentes no setor e da concorrência entre eles ao mesmo tempo que permitam ao cidadão ter acesso a um maior número de fontes de informação.

2. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A atual formação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC¹¹⁰ encontra-se delineada na Lei nº 8.884/94. Existem dois órgãos da administração direta e uma autarquia com competência sobre matéria concorrencial, quais sejam, a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça (SDE); a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda (SEAE); e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE¹¹¹.

A SDE constitui órgão integrante do Ministério da Justiça, não sendo dotada de personalidade jurídica ou autonomia. A SDE possui competência investigativa e opinativa sobre a existência de infração à ordem econômica, assim como profere pareceres quanto à possibilidade de aprovação de atos de concentração, na forma do art. 14 da Lei nº 8.884/94. Observada as competências do dispositivo constata-se que a

¹¹⁰ A Lei nº 8.884/94 não utiliza essa terminologia expressamente; entretanto, a prática consagrou tal denominação para se fazer alusão aos três órgãos envolvidos na defesa da concorrência, quando considerados em conjunto.

¹¹¹ Com o intuito de solucionar os aspectos que têm sido alvo de críticas, encontra-se em discussão um projeto de lei que pretende dar nova conformação institucional às autoridades de defesa da concorrência, fundindo órgãos e simplificando procedimentos.

função primordial da SDE está em instruir e investigar as diversas situações afetas ao sistema de defesa da concorrência.

No que diz respeito a SEAE, tal órgão faz parte da estrutura do Ministério da Fazenda, e, assim como a SDE, tal órgão também não possui personalidade jurídica ou autonomia. As funções predominantes da SEAE atualmente estão mais voltadas a realização de pareceres e estudos nas mais diversas questões afetas ao SBDC, assim como em questões voltadas a advocacia da concorrência.

Por fim, faz-se mister menção ao CADE que trata-se de uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com competência judicante e jurisdição em todo o território nacional, na forma do art. 1º da Lei nº 8.884/94. Tal autarquia tem estrutura colegiada, sendo o seu plenário composto por um presidente e seis conselheiros, cada conselheiro é nomeado para um mandato de dois anos, sendo permitida uma recondução¹¹², escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de sabatinados pelo Senado Federal.

Ademais, cabe mencionar que os conselheiros do CADE somente perderão o mandato em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República ou em razão de condenação penal irrecurável por crime doloso ou de processo disciplinar em conformidade com o que prevêm as Leis Nº 8.112/90 e 8.429/92, e por infração de quaisquer das vedações previstas no art. 6º da Lei nº 8.884/94. Por conta do mandato fixo de seus conselheiros entende-se que existe uma autonomia do órgão em relação as suas atribuições.

A estrutura do CADE encontra-se delineada na Lei nº 8.884/94 e na Resolução CADE No. 45/2007. Dentre as competências conferidas ao Plenário do CADE pelo art. 7º da Lei nº 8.884/94 destacam-se: 1) decidir sobre a existência de infração à ordem

¹¹² Neste ponto cabe destacar que os conselheiros do CADE por conta do exercício de um mandato fixo e das prerrogativas conferidas em lei gozam de uma autonomia significativa no exercício de suas competências. Tal fato é sui generis em relação as autarquias federais, somente ocorrendo nas autarquias especiais denominadas de agências reguladoras.

econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; 2) decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça; 3) decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE; 4) ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; 5) aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento; 6) apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator; 7) requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; 8) requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei; dentre outras.

Além disso, compete ao Plenário firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais, bem como responder a consultas sobre matéria de sua competência. O CADE tem ainda uma função propedêutica de instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica.

Em vista de seu caráter autárquico, ao Plenário é atribuída a função de elaborar e aprovar seu regimento interno, propor a estrutura do quadro de pessoal da autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, elaborar proposta orçamentária nos termos desta lei e indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento.

Especificamente, em relação ao Presidente do CADE, incumbe a representação legal da entidade, em juízo e fora dele; presidir as reuniões do Plenário; distribuir os processos por sorteio; convocar as sessões e determinar a organização da pauta, assim como cumprir e fazer cumprir as decisões do CADE; determinar à Procuradoria as providências judiciais para execução das decisões e julgados da autarquia; assinar os compromissos de cessação de infração da ordem econômica e os compromissos de

desempenho; submeter à aprovação do Plenário a proposta orçamentária e a lotação ideal do pessoal que prestará serviço à entidade; orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas da entidade.

Em relação aos conselheiros do CADE, compete a eles na forma da lei¹¹³, emitir voto nos processos e questões submetidas ao Plenário, proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores, submeter ao Plenário a requisição de informações e documentos a serem mantidas sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções, adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento, assim como outras responsabilidades que lhe venham a ser dadas pelo regimento.

Em relação aos sujeitos passivos das normas antitruste, na forma do artigo 15, da Lei Nº 8.884/94, tais normas aplicam-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Dessa forma, tem-se uma listagem bastante ampla de agentes que se subordinam às previsões do direito antitruste.

O grupo de agentes que podem ser responsabilizados por infrações as regras antitruste é também bastante amplo. Conforme o artigo 16, da Lei nº 8.884/94, tem-se que a empresa e seus dirigentes ou administradores são solidariamente responsáveis por violações as leis antitruste. Igualmente, de acordo com o artigo 17, são solidariamente responsáveis todas as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

De forma bastante inovadora em sua época, tendo em vista a necessidade de reprimir eficazmente os ilícitos anticoncorrenciais, a legislação estabelece a possibilidade da personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada, quando houver, por parte deste, abuso de direito, excesso de poder,

¹¹³ Artigo 9º da Lei nº 8.884/94

infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada em caso de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

No que diz respeito aos processos administrativos perante as autoridades de defesa da concorrência, inicialmente têm-se que observar que tais processos tem por objeto matéria de ordem pública, predominantemente em temas relacionados a função repressiva do SBDC, de forma que qualquer pessoa possui legitimidade para formular representação à SDE, dando notícia de que um determinado fato possa constituir infração da ordem econômica. Após o recebimento de tal notícia, ou mesmo de ofício, a SDE poderá instaurar averiguação preliminar a fim de confirmar se existe, na suspeita levantada, um mínimo de indício capaz de justificar a abertura de um processo administrativo. Num prazo de 60 dias, contados da data de instauração, o Secretário(a) de Direito Econômico deve decidir pela abertura de processo administrativo ou pelo arquivamento da averiguação, devendo, nesse último caso, recorrer de ofício ao CADE.

O processo administrativo se inicia através de despacho fundamentado do Secretário da SDE, sendo o Representado notificado para apresentar defesa em 15 dias¹¹⁴. Após a apresentação da defesa, a SDE determina a realização de diligências e a produção de provas, a serem apresentadas no prazo de 15 dias. O Representado deve produzir as provas de seu interesse no prazo máximo de 45 dias, podendo apresentar novos documentos a qualquer tempo antes de encerrada a instrução processual, tendo em vista que o processo em razão da sua natureza eminentemente pública se rege pelo princípio da busca da verdade real, e não, simplesmente, da verdade processual.

Concluída a instrução processual, o Representado é notificado para apresentar Alegações Finais, no prazo de 5 dias. Após o decurso desse prazo, o Secretário da SDE deve exarar parecer, sugerindo a condenação da Representada, caso entenda configurada infração à ordem econômica, ou determinando o arquivamento do processo, nesse último caso recorrendo de ofício ao CADE. Recebido o processo administrativo no CADE, esse será distribuído, via sorteio, a um Relator.

¹¹⁴ A SEAE é informada da abertura do processo administrativo para, caso seja de seu interesse, emitir parecer sobre a matéria. Tal parecer deve ser apresentado antes do encerramento da instrução processual.

O Conselheiro-Relator realizará as diligências adicionais que considerar necessárias, devendo, em seguida, enviar os autos à Procuradoria-Geral para elaboração de parecer. Após a juntada aos autos do parecer da Procuradoria, deve ser aberta vista ao Ministério Público. Em seguida, o processo administrativo será incluído em pauta para julgamento. A principal pena administrativa por infração da ordem econômica consiste na imposição de multa, cujo valor, no caso de empresa, pode variar de 1% a 30% do seu faturamento bruto no último exercício, excluídos os impostos, a qual, em todo caso, nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável. No caso de administrador direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, a multa variará de 10 a 50% do valor daquela aplicável à empresa. Nos demais casos, como os de associações e entidades sem caráter empresarial, a multa será de 6.000 UFIRs a 6.000.000 UFIRs, conforme disposto no artigo 23 da Lei nº 8.884/94.

Além da sanção pecuniária, o artigo 24 da Lei nº 8.884/94 prevê a possibilidade de imposição de outras penalidades, tais como: 1) publicação, em meia página, às expensas do infrator, de extrato da decisão condenatória; 2) proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações; 3) inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; 4) recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes e para que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais, incentivos fiscais ou subsídios públicos; e 5) determinação de dissolução de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividades, bem como qualquer outra providência que venha a ser necessária para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Por fim, observamos que aspectos expostos neste item não têm a pretensão de exaurir o tema, mas tão somente expor as respectivas atribuições dos órgãos que integram o SBDC e daqueles sob os quais podem incidir a norma, assim como uma visão geral do processo administrativo nas questões em que ocorre uma atuação repressiva do SBDC.

3. A Vedação Constitucional aos Monopólios e Oligopólios dos Meios de Comunicação Social

Um dispositivo constitucional que precisa ser analisado de forma mais detalhada por ser de extrema relevância para este trabalho é o §5º. do artigo 220¹¹⁵, tal dispositivo foi mencionado anteriormente de forma tangencial e terá sua análise aprofundada neste momento. Dada a importância dos meios de comunicação social para a coletividade a Constituição trata de forma separada e excepcional questões afetas a forma de atuação de tais meios num ambiente concorrencial vedando expressamente o monopólio e o oligopólio.

Inicialmente, cabe analisar o que campo de aplicação da norma, ou seja, o que deve ser compreendido como meios de comunicação social. Uma primeira interpretação pode ser no sentido da adoção do rol previsto no artigo 222 da CRFB/88, quais sejam, os jornais, rádios e a televisão. No entanto, de acordo com uma interpretação mais moderna e afim a questões sociais, permite-se uma interpretação mais ampla no que diz respeito aos meios de comunicação social. Torna-se necessária uma interpretação das normas constitucionais de acordo com a realidade social e econômica brasileira, e, convenhamos, que de 1988 até o momento atual houve significativo desenvolvimento dos meios de comunicação. Sob esta ótica, seria cabível a inclusão no rol de meios de comunicação social ferramentas ou serviços tais como a TV à cabo, a TV fechada por satélite (DTH), dentre outros meios de comunicação audiovisual, revistas e outros meios de comunicação escrita, e, até mesmo, a internet, no sentido de que esta também funciona como um meio de comunicação com as mais diversas funcionalidades, incluída a função de ser um meio de comunicação social. Nunca é demais ressaltar que no momento da elaboração da Constituinte de 1988 ainda não havia a internet na sua acepção atual, ou seja, a internet é também um exemplo de que certos conceitos jurídicos devem ser atualizados conforme a realidade social, num futuro bastante próximo meios de transmissão como o IPTV tendem a ser objeto de debates jurídicos dos mais variados. Cabe ressaltar que a menção a internet tem finalidade meramente

¹¹⁵ CRFB/88 - Artigo 220 (...)

§ 5 Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

exemplificativa, cabendo ampla discussão sobre o tema, discussão esta que não é objeto deste trabalho.

Em vista do exposto, tem-se que o setor de televisão que é o objeto deste trabalho deve ser indubitavelmente incluído no campo de aplicação da norma, tanto na adoção de uma interpretação mais restritiva como numa interpretação mais ampliada.

Em uma leitura objetiva do dispositivo observa-se pela redação uma preocupação da parte do constituinte com a possibilidade dos meios de comunicação social serem de um único titular, ou, de um conjunto de titulares que atuam de forma coordenada numa forma oligopolista. Fica claro que tal titular teria um poder político, social e econômico que não era desejado pelo constituinte por conta do risco de abuso de tal poder. Tal poder teria um duplo viés¹¹⁶, por um lado, sob a perspectiva político-social, o problema seria a diminuição do número de fontes de informação, ou seja, tal unicidade de fontes afronta o direito subjetivo do cidadão à informação, um segundo aspecto, de natureza econômica, está no fato de que um monopólio, assim como um oligopólio, tendem a ser prejudiciais a dinâmica concorrencial de um determinado mercado ou setor, na hipótese em tela, o de comunicação social. Logicamente, as duas perspectivas não podem ser tratadas de forma isoladas posto que a perspectiva político-social está intimamente ligada a econômica, tal fato fica claro, por exemplo, quando constata-se que a renda das TVs abertas é em regra associada a publicidade e eventual concentração da publicidade em um único canal de televisão não permitiria o fortalecimento de outros canais de televisão, e, conseqüentemente, a concretização da diversidade de fontes.

Neste momento, iremos tratar especificamente do viés econômico, analisado sob a ótica do direito antitruste. Posteriormente, será analisada a questão sob o prisma político-social¹¹⁷.

¹¹⁶ Neste ponto cabe reproduzir a lição do professor Alexandre Ditzel Faraco: “Já no âmbito da comunicação social, a estrutura em si, independentemente de como foi alcançada ou de que condutas sejam adotadas pelo agente econômico, é reputada incompatível com o sistema constitucional. O texto da Constituição de 1988 acaba por admitir, assim, um controle estrutural que imponha limites a estratégias de crescimento interno da empresa e fixe regras gerais e *a priori* visando garantir a dispersão do poder.” FARACO, Alexandre Ditzel. Ob. Cit. P.79.

¹¹⁷ Este viés não será tratado neste capítulo específico, mas na parte deste trabalho que aborda o interesse público afeto a regulação, mais especificamente na parte relativa a pluralidade de fontes, questão afeta ao

Neste momento, cabe analisar o que é um monopólio e porque ele pode ser prejudicial para o ambiente competitivo de um determinado setor. Os professores Sullivan e Grimes, de forma introdutória, estabelecem que “the true monopoly possesses classic market power that vitiates the discipline of competition, providing a model against which other forms of market power can be measured”¹¹⁸ e ao longo de sua obra, ao abordar o poder de mercado no monopólio estabelecem “The ultimate question concerning power is whether the defendant possesses power over price and the power to exclude competition”¹¹⁹. Cabe destacar nesta linha de raciocínio que a questão não se dará somente em relação ao preço, como, por exemplo, o valor do espaço publicitário na televisão. Nessa perspectiva, o poder de exclusão também será relevante e terá relação com a possibilidade de excluir eventuais concorrentes, ou seja, manter um status de monopolista através da exclusão de concorrentes em potencial. Neste sentido, podemos exemplificar que a aquisição de direitos exclusivos de transmissão de um determinado conteúdo audiovisual pode ser um meio de excluir potenciais concorrentes. Em que pese o fato de que tais condutas devem ser analisadas sobre a regra da razão, deve ser compreendido que em determinadas situações o fato de um determinado agente ser um monopolista por si só deve gerar uma atenção especial quando da análise da conduta.

Seguindo nesta linha, cabe menção a lição do professor Calixto Salomão¹²⁰, que considera haver três conseqüências relevantes nas hipóteses de monopólio. A primeira seria o “dead-weight loss”¹²¹, denominado em português como “perda de peso morto”,

direito constitucional por se tratar de um direito subjetivo do cidadão estabelecido em sede constitucional, como será oportunamente observado.

¹¹⁸ SULLIVAN, Lawrence A., GRIMES, Warren S. “The Law of Antitrust: An Integrated Handbook”. Estados Unidos: Thomson/West, 2006. p. 82.

¹¹⁹ SULLIVAN, Lawrence A., GRIMES, Warren S. Ob. Cit. p. 98. Tal definição também adotada no âmbito da Suprema Corte Norte-Americana (US v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 76 S.Ct.994 (1956) é criticada pelo professor Hovenkamp que entende que a definição não é útil e pode gerar confusão tendo em vista que o poder de monopólio por si só não é uma prática exclusionária, assim como a exclusão de concorrentes não caracteriza o poder de mercado. No entanto, o professor Hovenkamp admite que entende que nas duas hipóteses seriam importantes meios através dos quais um agente do mercado pode obter ou manter poder de mercado.

¹²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. “Direito Concorrencial – As Estruturas”. Terceira edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 145-147.

¹²¹ Alguns conceitos abordados neste item têm grande afinidade com a economia. Tem-se no direito antitruste uma matéria híbrida entre a economia e o direito. Para manter a objetividade deste trabalho não reproduzimos ou aprofundamos certos conceitos. No entanto, para uma melhor compreensão de certos aspectos econômicos da Teoria do Monopólio cabe menção a obra do Professor Richard Posner.

que se trata de uma perda social consistente de uma determinada quantidade de recursos que não fica com os consumidores e também não é transferido ao agente monopolista sendo tão somente desperdiçado. A segunda consequência está na destinação dos recursos extras obtidos pelo monopolista posto que conforme o faturamento do monopolista cresça, cresce também o valor da posição de monopólio. Desta forma, o monopolista estará disposto cada vez mais a agir buscando manter tal posição privilegiada. Pode-se presumir que uma parte dos recursos provenientes do “lucro monopolista” será utilizado para capturar¹²² órgãos estatais que o regulem ou fiscalizem, para o lobby, ou ainda no financiamento de campanhas eleitorais afetas ao seu interesse. Como terceira consequência, tem-se o desestímulo a inovação e a busca de ganhos de eficiência. Cabe destacar que tal acomodação tende a ocorrer somente quando o monopolista tenha meios para manter sua posição no mercado mesmo sendo menos eficiente. Neste ponto, o professor Calixto exemplifica que um instrumento para a proteção de tal posição pode se dar através da criação de barreiras legais a entrada de novos concorrentes. Corroborando com tal idéia, cabe observar que, conforme anteriormente abordado, o modelo de concessão dos canais de televisão não é um modelo que prevê o acesso a entrada de novos agentes, pelo contrário, analisando o prazo das concessões e as sucessivas prorrogações constata-se que o modelo adotado tende a ser uma eficiente barreira legal à entrada de novos agentes neste setor. Neste trabalho já abordamos, e abordaremos, outras barreiras à entrada no setor de radiodifusão, principalmente aquelas que têm impacto anti-concorrencial tais como acordos de exclusividade, de fechamento de mercado ou de preferência.

Um outro ponto que merece destaque diz respeito ao porte do agente ou da empresa para que fique caracterizado o monopólio, assim como o percentual do mercado que uma empresa deve ter para ficar caracterizada como uma monopolista. Uma resposta rápida e pouco profunda indicaria que uma empresa precisa ser muito grande para poder ser efetivamente uma monopolista e que precisaria ter 100% do mercado para se tratar de um efetivo monopólio. No entanto, a análise de tal questão é mais complexa.

POSNER, Richard A. “Economic Analysis of Law”. Quinta edição. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998 p. 295-308.

¹²² A expressão “capturar” foi utilizada de forma afeta a teoria do risco de captura dos agentes reguladores preconizada por Richard A. Posner.

Inicialmente, precisa se vislumbrar a questão sob a ótica do mercado em questão, tanto na sua dimensão geográfica quanto de produto. Uma pequena rádio FM, com 10 empregados, que seja a única que detenha uma concessão para explorar tal serviço em uma cidade brasileira será uma monopolista do serviço de rádio. Desta forma, tem-se uma pequena empresa pode ser uma monopolista, assim como grandes conglomerados também o podem. Seguindo, imaginando que outras rádios não operem por falta de viabilidade econômica (por exemplo, custo do processo de concessão, pequeno mercado publicitário, etc.) e não exista viabilidade técnica do acesso do sinal de televisão, tal rádio será, no mínimo, uma das principais fontes de informação dos cidadãos daquela região. Ainda assim, poderá ter eventuais concorrentes como a TV aberta via satélite, a TV paga via satélite (DTH) e a rádio por satélite. Supondo que a TV aberta por satélite alcance 15% da população dado o custo da antena, que a TV paga atinja 5% do mercado por conta do alto valor dos equipamentos e da assinatura e que a rádio por satélite seja um mero competidor em potencial dada a sua pouca popularização no Brasil. A rádio continuaria com 100% do mercado de serviços de transmissão de sinais de rádio e teria, dentro da idéia de um exemplo de laboratório, 80% do “mercado” de comunicação social. Neste sentido, a doutrina entende que serão comuns situações em que um determinado agente não detêm a totalidade do mercado, mas domina parcela substancial de tal mercado e seus concorrentes são muito diluídos e detêm parcelas muito pequenas, age o detentor da posição dominante tal como se monopolista fosse. Desta forma, é importante analisar a questão tendo por paradigma a noção de Poder de Mercado, definido pelo professor Hovenkamp¹²³ como sendo a capacidade de diminuir a produção e aumentar preços acima do custo marginal e lucrar com tal conduta. Poder de Mercado este medido em um dado mercado relevante geográfico e de produto/serviço. Ainda, para o professor Hovenkamp, Poder de Monopólio seria uma grande quantidade do Poder de Mercado.

No oligopólio, a outra situação mencionada no dispositivo constitucional, existe algumas peculiaridades em relação ao monopólio. De qualquer forma, é preciso atentar para o fato de que os danos e conseqüências são bastante semelhantes as do monopólio, já expostos anteriormente. Portanto, no oligopólio haverá uma pluralidade de agentes,

¹²³ HOVENKAMP, Herbert. “Antitrust”. 4a. edição. Estados Unidos: Thomson/West, 2005. p. 128.

com significativo poder de mercado afeto a cada um deles. No entanto, ao invés de competirem entre si, tais agentes atuam de forma a não gerar concorrência nas relações internas entre eles, existe um comportamento paralelo intencional. Nossa opinião segue no sentido de que o uso da expressão “oligopólio” pelo legislador pretendeu se referir a acepção técnica do termo no âmbito do direito antitruste mas também a algo ainda mais amplo. Entendemos que tal expressão também pretende englobar as mais diversas hipóteses em que os agentes atuantes no setor de comunicação social atuam de forma coordenada, ou, não independente. A idéia de evitar oligopólio está em evitar com que um ou mais agentes deixem de atuar de forma livre e independente e que venham a optar pela acomodação, assim como prevenir condutas abusivas que possam prejudicar a coletividade.

Concluindo este item, e tendo em vista o objeto do trabalho, é preciso considerar algumas especificidades do setor de radiodifusão. Como colocam os professores Mike Feintuck e Mike Varney:

Traditionally, analogue terrestrial broadcasting had the ingredients which amount to a classic case of market failure. First, we can see that due to the existence of ‘spectrum scarcity’, where interference between broadcasts would render the analogue broadcasting spectrum useless to all unless some form of government regulation intervened, the industry is necessarily destined to have a monopolistic or oligopolistic structure.¹²⁴

Desta forma, deve-se refletir se tal estrutura não é uma estrutura que por si só tende ao monopólio ou ao oligopólio. Em sendo, como nós também entendemos, devem ser buscadas soluções que busquem a proteção do interesse público afeto a questão. Ademais, cumpre observar que o dispositivo constitucional goza de uma riqueza, e ao mesmo tempo, de uma complexidade que o tornam bastante difícil de ser concretizado.

¹²⁴ FEINTUCK, Mike, VARNEY, Mike. “Media Regulation, Public Interest and the Law”. Edinburgo, Grã-Bretanha: Edinburgh University Press, 2006. p. 91.

Em nossa opinião, a solução para esta questão deve ser dada através da regulação econômica¹²⁵ de tal setor, regulação esta independente, e, que tenha por objetivo monitorar e regular o mercado no que diz respeito a eventuais situações que afrontem o disposto em sede constitucional, assim como desenhe marcos regulatórios que permitam uma efetiva concorrência e pluralidade de agentes num ambiente competitivo.

¹²⁵ Neste assunto dispõe o professor Alexandre Ditzel Faraco: “A aplicação do direito antitruste, dadas essas limitações e características, seria um substituto falho de normas que procuram impor limitações estruturais gerais às atividades de comunicação social, em vista do controle do poder político.” FARACO, Alexandre Ditzel. Ob. Cit. P. 78.

CAPÍTULO V – A REGULAÇÃO PRO-CONCORRENCIAL

1. A Regulação Pro-concorrencial e o Princípio da Subsidiariedade

Dentro da abordagem já realizada, é necessário estabelecer um princípio que auxiliará na interpretação das questões relativas a regulação pro-concorrencial da comercialização dos direitos de transmissão esportiva. Tal princípio está presente na Constituição de 1988¹²⁶, servindo como uma nova diretriz para a atuação do Estado. Esta forma de atuação do Estado surge como uma alternativa ao Estado do Bem Estar Social, e tem como um de seus fundamentos a atuação do Estado somente em situações nas quais os diversos agentes que compõem o corpo social não sejam capazes de, por si só, satisfazerem seus próprios interesses, ou atingirem certos objetivos socialmente esperados. A intervenção do Estado nas atividades econômicas e sociais deve ocorrer para propiciar o equilíbrio, e, desta forma, deverá ser sempre supletiva, de modo a não ferir a princípio da livre iniciativa. A intervenção se dará, também, na medida da necessidade aferida no plano social. Dentro desta idéia, é formada uma cadeia de subsidiariedades, na qual o ente maior, o Estado, só tem razão e dever de intervir quando os entes menores, grupos sociais e indivíduos, não tiverem condições de atuar de modo eficiente. O Estado deve sempre estimular as potencialidades dos entes menores sem retirar destes suas respectivas competências. Desta forma, os entes menores poderão alcançar as finalidades sociais a que se propõe. A interferência exagerada do Estado, ente maior, tende a levar a atrofia do setor privado que se acostuma com o protecionismo e intervencionismo, e, ao mesmo tempo, ocasiona uma hipertrofia do setor público, com um número muito grande de atribuições e uma enorme carga de custos¹²⁷.

¹²⁶ Neste sentido, é relevante transcrever parte do exposto pela professora Silvia Faber Torres: “A Constituição de 1988 é um marco importante para o processo de reestruturação do Estado e, embora comprometida com os grupos dos mais diversos, o que põe sob a suspeita de ilegitimidade vários de seus dispositivos, é certo que ela deixou-se inspirar pelos postulados do princípio da subsidiariedade, logrando avançar, ainda que timidamente, em direção a um Estado menos centralizador e mais coordenado com a sociedade.”

TORRES, Silvia Faber. “O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo”. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001. p.148

¹²⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Op. Cit. p. 238-240.

Sob um enfoque mais prático, se uma atividade empresarial puder ser concretizada de forma eficiente por um empresário ou pelo Estado, tal atividade deverá ser realizada por aquele que estiver no plano mais baixo, ou seja, o empresário. Desta forma, a atividade de exibição televisiva pode, e, em regra é¹²⁸, executada por grupos empresariais sob um regime de concessão.

Em relação, especificamente, aos direitos de transmissão esportiva, pode ser desenvolvida a seguinte cadeia de subsidiariedade. Em um primeiro nível, o direito de transmissão é “criado” por um clube ou federação esportiva e comercializado para agentes do mercado de transmissão esportiva. Tal transmissão é inserida dentro de uma grade de programação, e, posteriormente, assistida por uma audiência. A negociação dos direitos de transmissão envolve uma série de questões, já abordadas anteriormente. O lado positivo de uma negociação no primeiro nível é que as partes podem exercer de forma mais ampla a sua liberdade de contratar e estabelecer cláusulas que melhor atendam as expectativas das partes, incluindo a questão do valor. O lado negativo, é que as duas partes podem não estar em igualdade de condições na negociação, uma das partes sendo muito mais “forte” gera um desequilíbrio contratual que pode prejudicar outras partes da cadeia envolvidas. Por exemplo, a pouca força de uma federação esportiva pode eventualmente acarretar uma perda de receita dos clubes que a compõem. Por outro lado, como outro exemplo, a pouca força de uma rede de televisão pode ocasionar a compra de direitos por valores acima do razoável, e, conseqüentemente, gerar uma oneração maior da rede de emissoras afiliadas.

Em um segundo nível, poderia haver a ação de uma entidade da sociedade civil ou um órgão de classe que goze de legitimidade perante os agentes do setor para estabelecer as bases contratuais equilibradas, algo próximo a auto-regulação¹²⁹. Como eventual ponto

¹²⁸ Exceção a tal regra está na existência de alguns canais de televisão pública dentre os quais se destaca a Empresa Brasil de Comunicação – EBC, criada pela Medida Provisória No. 398, de 10 de outubro de 2007.

¹²⁹ Em artigo que versa sobre o setor de energia elétrica, o doutorando Leonardo André Paixão traz uma interessante definição de auto-regulação: (...) “a expressão auto-regulação é utilizada no segundo sentido, na acepção de regulação jurídica pelos próprios interessados. Nela existe uma base contratual, convencional, pela qual diferentes pessoas se congregam e criam uma pessoa jurídica, que será encarregada de produzir normas destinadas a disciplinar a atividade de seus membros, à margem da regulação imposta pelo Estado”.

positivo ter-se-ia que tal agente teria uma maior proximidade com os agentes envolvidos, assim haveria uma maximização do bem-estar social sem a necessidade de intervenção do Estado, intervenção esta que por si só gera custos para a coletividade. Sob o aspecto negativo existe a possibilidade de simplesmente não existir tal entidade, dela não gozar da neutralidade necessária para tal atividade ou dela simplesmente no exercício da auto-regulação não conseguir defender o interesse público inerente ao assunto^{130 131}.

Por fim, em um terceiro nível, existe a possibilidade de uma atuação direta do Estado, no sentido de regular, de forma pro-concorrencial, a comercialização dos direitos de transmissão esportiva. Como aspecto negativo haveria o risco de ocorrer uma intervenção excessiva ou uma morosidade burocrática que prejudiquem a atividade empresarial. Este ponto negativo pode ser revertido pela correta adoção de mecanismos de participação e controle social.

Sob um ponto de vista prático, constata-se que a comercialização de direitos de transmissão esportiva é bastante concentrada, tanto no que diz respeito ao fornecimento, quanto a aquisição. Em relação ao fornecimento, tais direitos são centralizados no futebol, esporte que possui grande audiência. Para uma eventual desconcentração deste esporte específico seria necessário pensar em novos modelos de comercialização que

PAIXÃO, Leonardo André. “Aspectos Jurídico-Institucionais do Setor Elétrico Brasileiro” em Direito Regulatório: Temas Polêmicos (org. Maria Sylvia Zanella di Pietro). 2ª. edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p.351.

¹³⁰ Neste ponto, cabe menção ao artigo do advogado Bruno Dário Werneck. Em seu trabalho é mencionado o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR) como um exemplo de auto-regulação insuficiente. Em seu ponto de vista, com o qual concordamos, o CONAR em diversas de suas intervenções não busca a defesa do interesse público afeto a matéria, tais como defesa dos valores familiares e a concorrência. Desta forma, o CONAR autoriza certas peças publicitárias criticáveis e proíbe o uso da publicidade comparativa. Neste ponto, cabe reproduzir o afirmado pelo autor: “A propaganda comparativa é aquela que realça as diferenças entre produtos produzidos por concorrentes. Embora não seja da nossa cultura, esse tipo de propaganda não deve ser reprimido, já que estimula a concorrência entre os produtos. Como o CONAR é formado pelos próprios agentes, cria-se um crime de cooperação e não de concorrência, como seria o objeto público”.

WERNECK, Bruno Dário. “A Auto-regulação da Atividade Econômica no Brasil” em Direito Regulatório: Temas Polêmicos (org. Maria Sylvia Zanella di Pietro). 2ª. edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 615.

¹³¹ Na experiência internacional cabe menção ao modelo britânico que contém dois órgãos privados com atribuições de auto-regulação. A Advertising Standards Authority – ASA e o Press Complaints Commission – PCC. Neste ponto, cabe observar que a atuação do PCC é criticada posto seu posicionamento a favor dos proprietários dos meios de comunicação, ao invés da defesa do interesse coletivo afeto as questões de sua atribuição.

crie uma diversificação das modalidades de fornecimento. Observa-se também que existe uma tendência a descentralização ao longo do tempo conforme outras modalidades esportivas ganhem repercussão e também adotem novos modelos de comercialização. No que diz respeito a aquisição, esta é exercida de forma predominante pela Rede Globo, agente que detêm posição dominante do mercado de TV aberta. Tal agente em certos momentos adota condutas criticáveis, e que tendem até mesmo a ser consideradas abusivas, conforme exposto anteriormente neste trabalho. Os outros canais de televisão não detêm poder de mercado suficiente para adquirir os direitos de transmissão esportiva do futebol se mantido o formato de comercialização atual. Desta forma, no primeiro nível, não há uma solução para a questão concorrencial tratada ao longo deste trabalho.

Passando-se para uma análise do segundo nível, a auto-regulação pode ser um instrumento legítimo de solução de conflitos entre agentes de um mesmo mercado, mas esta não tem se demonstrado adequada quando há a necessidade de ponderar os interesses entre agentes com os mais diversos interesses empresariais. Cabe ampliar tal discussão e trazer o exemplo da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), cujo Código de Ética da Radiodifusão Brasileira traz princípios gerais de auto-regulação e possui instrumentos bem interessantes. No entanto, se observada tal instituição sobre outro enfoque, o seu estatuto¹³² prevê no inciso I do artigo 2º como um de seus objetivos: defender a liberdade de expressão, em todas as suas formas, bem como defender os interesses das emissoras de radiodifusão, suas prerrogativas como executoras de serviços de interesse público, assim como seus direitos e garantias. Ora, tal objetivo é razoável em se tratando de uma associação de membros de um setor. No entanto, é difícil imaginar que tal associação gozará da neutralidade necessária em uma situação prática envolvendo interesses conflitantes entre seus membros e clubes, federações ou confederações que estejam oferecendo direitos de transmissão esportiva, principalmente no que diz respeito a valores pecuniários. Por outro lado, também não conseguimos vislumbrar associações ou confederações esportivas que tivessem capacidade de arbitrar tais questões de forma

¹³² Estatuto acessado no sítio “http://www.abert.org.br/novo_estatuto.pdf” em 17 de outubro de 2007.

neutra. Entendemos que na realidade brasileira atual simplesmente não existe uma entidade capaz de aplicar a auto-regulação em questões como esta.

Torna-se necessário um tratamento da questão no terceiro nível, ou seja, no âmbito do Estado. No entanto, o tratamento de questões desta espécie pelo Estado não é algo tão pacífico, considerando episódios da história recente brasileira em que foi utilizado o cerceamento dos meios de comunicação social com a finalidade de atingir objetivos autocráticos. Constata-se que a mera intervenção do Estado na questão, por si só, pode não garantir a neutralidade desejada. Desta forma, é necessário buscar meios e instrumentos de participação¹³³ dos mais diversos agentes sociais e dar a regulação pro-concorrencial do setor de televisão a permeabilidade necessária, para que sejam alcançados seus objetivos sociais. Neste modelo, o Estado deve ser meramente o “local” onde se realiza a troca de idéias, associadas à regulação, que tem por atores os diversos grupos sociais que compõem a população brasileira. Tal permeabilidade representa um aprofundamento da democracia¹³⁴, onde a participação do cidadão não está restrita ao voto nas eleições gerais, mas ocorre num processo constante de participação e de opinião nos mais diversos momentos em que o Estado intervêm.

2. Pluralidade de Fontes

Além dos princípios anteriormente tratados, deve ser também destacado o princípio da diversidade (ou pluralidade) de fontes de informação. Tal princípio diz respeito à necessidade da diversidade de meios e fontes de informação como aspecto da cidadania e está afeto à idéia de que os meios de comunicação de massa são instrumentos tão

¹³³ Neste sentido, é oportuna a observação do professor Rodrigo Galvão:

“Todos os três autores [Bobbio, Lefort e Touraine] são concordes em apontar a necessidade de se franquear a maior participação possível do cidadão na gestão da coisa pública, de modo que todos, inclusive as minorias, façam-se ouvir no sistema político-administrativo (...)”.

GALVÃO, Rodrigo. “Por um Conceito Contemporâneo de Democracia”. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n.24, p. 175-187, abril/junho 2006. p. 186

¹³⁴ Neste ponto, cabe mencionar a lição do Professor Alexandre Santos do Aragão: “Se o exercício da discricionariedade se dá através da ponderação entre os diversos e genéricos interesses em questão, nada mais justo e necessário que os seus titulares possam manifestar as suas posições perante a Administração, com o que estarão inclusive contribuindo para o controle da legalidade e da efetividade dos seus atos, uma vez que os participantes no processo administrativo carrear-lhe-ão elementos e opiniões para que possa tomar decisões mais equânimes e eficientes.”

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras” em Agências Reguladoras e Democracia, (coord. Gustavo Binenbojm). Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. p.11

poderosos que podem, se mal utilizados, gerar danos dos mais variados para o ambiente social, incluindo até mesmo a limitação de direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão e o direito de acesso à informação¹³⁵. Ao mesmo tempo, a concretização da noção de diversidade e pluralidade tem muito a contribuir para a sociedade, conforme observam os professores David Crouteau e William Hoynes:

One of the principal ways that media policy can enrich citizenship is by promoting diverse public expression in both entertainment and public affairs. Citizens should have ready access to viewpoints and experiences both similar to and different from their own. In some cases, media content can affirm convictions and beliefs commonly held in society. In this role, media can serve as a socializing force, promoting important common values and perspectives.

In other cases, media can serve as a forum for dissent and controversy. In this role, media provide an arena where different perspectives can be aired, including those outside the boundaries of the established consensus. By embracing diversity and dissent, a media policy based on content requirements can make significant contribution to democratic public life. In short, media policy can serve the public interest by helping to build a media system ensuring the availability of a multiplicity of ideas from a variety of perspectives.¹³⁶

¹³⁵ Dentro de um cenário em que a diversidade de perspectivas é normal, busca-se a possibilidade de que as fontes de informação sejam variadas, de forma a permitir até mesmo a exposição de um mesmo fato sob diversas perspectivas. Se a verdade não é uma só, então faz sentido a existência de diversas formas de analisar um mesmo fato e para isso são necessárias diversas formas e instrumentos de veiculação, ou, se analisado sob a perspectiva do espectador, pluralidade de fontes de informação.

Aprofundando a análise, seria possível até mesmo a adequação do gosto de um cidadão ao de um determinado meio de comunicação, por conta das mais diversas afinidades e aspectos comerciais e isso não deve ser visto como um problema, desde que seja protegido o direito do cidadão de ter acesso a outras fontes.

¹³⁶ CROTEAU, David; HOYNES, William. "The Business of Media – Corporate Media and the Public Interest". 2ª. Edição. Califórnia, EUA: Pine Forge Press, 2006. p. 232.

Analisando sob uma ótica concorrencial, a existência de outra fonte ou meio de informação, por si só, já é algo bastante relevante, mas não é suficiente. É também necessária uma efetiva capacidade de que esta outra fonte ou meio venha a concorrer com os outros existentes. Ou seja, não basta a existência de outras fontes, é necessária a potencialidade efetiva de que o cidadão venha a utilizar esta outra fonte substituindo pela atual. Aplicando tal noção ao segmento televisivo, não adianta um canal de televisão dizer que concorre com um “blog”¹³⁷ da internet, ou ainda, imaginar-se que existe uma efetiva pluralidade de fontes quando somente um dos canais de televisão de certa região consegue ter um sinal forte o suficiente para atingir toda uma região e ser recebido com qualidade pelos telespectadores. Nestes exemplos, o “blog” e o canal de televisão com sinal fraco representam tão somente um potencial, que depende ainda de outros fatores para que venha a se tornar uma efetiva concorrência que se concretize como uma rivalidade.

Tal questão pode ainda ser observada sob o prisma concorrencial, na medida em que uma efetiva concorrência, derivada de uma diversidade de fontes de informação, permite ganhos de eficiência e um maior dinamismo do mercado, que trazem benefícios para toda a sociedade. Tendo em vista que parte dos ganhos dos veículos de comunicação de massa está associado a sua audiência, a existência de um ambiente competitivo representará um constante estímulo para que os agentes do mercado busquem agregar inovações ao serviço de radiodifusão, inovação esta que pode ser dar através da criação de novos conteúdos, eficiência na estrutura de jornalismo, capacidade de gestão empresarial, dentre outros. Este ambiente competitivo evitaria também uma acomodação dos agentes do mercado.

Constata-se, portanto, que a diversidade de fontes é por um lado um direito fundamental do cidadão, intimamente relacionado ao direito à informação, mais especificamente à capacidade do cidadão conseguir obter informações sobre os mais variados assuntos e

¹³⁷ “Blog” deve ser entendido como uma expressão relativa à internet, que diz respeito ao surgimento de pequenos sítios com conteúdo gerado por um usuário ou por um pequeno número de usuários. Alguns “blogs” possuem grande qualidade de material sendo bastante conhecidos e acessados. No entanto, *data máxima venia*, no atual momento por mais relevante que seja um “blog”, eles ainda não conseguem oferecer uma efetiva concorrência a um canal de televisão no que diz respeito a quantidade de público. Cabe destacar que certos portais da internet mais estruturados conseguem ter um público significativo.

sob as mais diversas óticas e perspectivas. Neste ponto, cabe mencionar a distinção entre cidadão e consumidor exposta pelos professores David Croteau e William Hoynes:

However, citizen and consumer are not synonyms; they represent different aspects of human experience. Consumers pursue privatized personal goals by buying various products, services, or experiences. Because of their differing buying power, consumers are not equal. Citizens, on the other hand, are connected to communities and participate in ongoing deliberations that constitute shared civic life. A fundamental assumption of democratic societies – distinguishing them from the markets – is that citizens are equal, regardless of their consumer capabilities. In a participatory democracy, citizens do much more than vote in occasional elections.¹³⁸

Complementarmente, a pluralidade de fontes tem um aspecto concorrencial, qual seja, o de estimular a concorrência entre agentes de mercado, gerando ganhos de eficiência e um ganho de bem estar social que acabam por beneficiar toda a coletividade. A relação com as transmissões de eventos esportivos está no fato de que tais transmissões podem servir de instrumento para a capitalização dos agentes do mercado já existentes mas que não conseguem competir efetivamente. E também serviriam como estímulo à entrada de novos agentes.

Neste ponto, dada a sua clareza e literalidade, cabe reproduzir o sumário do relatório do grupo de estudos de diversidade na mídia da Comunidade Européia.

Article 10 of the European Convention on Human Rights is the basic framework for media pluralism on the European scale. Under its effect, States are under a “duty to protect” and, when necessary, to take positive measures to ensure diversity of opinion in the media. The European Court of

¹³⁸ CROTEAU, David; HOYNES, William. “The Business of Media – Corporate Media and the Public Interest”. 2nd Edition. Califórnia, EUA: Pine Forge Press, 2006. p. 224.

Human Rights has stated that without plurality of voices and opinions in the media, the media cannot fulfil their contributory role in democracy.

Thus, European States are under the obligation of safeguarding and promoting pluralism in the media. This report examines factors and points to measures which are specific and sensitive to varying contexts. Given the significant differences in culture, in the size and characteristics of media markets, and in legal and administrative traditions within Europe, no common or single regulatory model will be suitable for all European countries.

Given this, it is nonetheless clear that a competition law approach alone is not sufficient. Sector-specific media ownership measures and regulations are necessary and will contribute positively to media pluralism objectives. Different indicators and thresholds are used in European countries to monitor and control media concentrations. This report recalls that the audience share approach is one of the possible models, which presents the advantage of reflecting the real influence of a broadcaster in a given market and at the same time is neutral on the number of licences which the broadcaster can hold and allows its international development. Whichever the indicator employed, permissible thresholds vary at around 1/3 of the audience, 1/3 of revenues or 1/3 of the network capacity, implying a general European understanding that controlling one third of the market is tolerable, but that going beyond that level could infringe upon freedom of expression and information.

Media ownership rules need to be complemented by other measures which favour media pluralism: public service broadcasting has an essential role to play in this respect and ensuring diversity at the level of sources is also important.

The development of digital technology poses new challenges to pluralism which results from, among others, the use of proprietary systems by operators. The trend towards media concentration is strengthened with digital convergence.

Liberalisation and globalisation of markets increase the pressures for concentration on the national scale.

States need to strengthen national regulators and authorities responsible for ensuring and protecting media pluralism. Constant monitoring and proactive policy-making by States are required.

Desta forma, fica caracterizado que um dos fundamentos para a regulação pro-concorrencial está na busca de um mercado com pluralidade de agentes que represente da melhor forma possível a diversidade étnica, social e política brasileira. Complementarmente, tal diversidade permitirá ao cidadão ter acesso a mais fontes de informação, não ficando restrito ao meio de comunicação que ocupa posição dominante no Brasil, e, por conta disso, consegue fazer o seu sinal de televisão chegar aos locais mais distantes com uma imagem e som muito melhor que o de seus concorrentes.

A concretização da diversidade também permitirá ao mercado publicitário ter um espaço maior no qual possa expor a publicidade¹³⁹ de seus clientes, a abertura de espaço publicitário tende a permitir ganhos de bem-estar social significativos e uma estrutura de mercado que permita aos pequenos e médios anunciantes, atualmente excluídos do mercado, utilizar o meio televisivo para expor seus produtos e serviços, principalmente em mercados nos quais a publicidade é bastante relevante, *e.g.*, bens de consumo.

No atual cenário, este segmento se encontra concentrado. Em primeiro lugar constata-se esta concentração quando observa-se que 60% de todas as verbas publicitárias são despendidas na TV aberta em relação a outros meios. E é também concentrada tendo em vista que a TV Globo concentra 76% de toda a verba publicitária investida na televisão aberta¹⁴⁰.

¹³⁹ Uma definição de publicidade que consideramos adequada é: “Pode-se definir publicidade como sendo qualquer forma paga de apresentação impessoal e de promoção de idéias, bens ou serviços por um patrocinador identificado. É uma das ferramentas mais comuns utilizadas pelas empresas para dirigir comunicações persuasivas aos compradores e público-alvo”. Parecer SEAE/MF Ato de Concentração n.º 08012.005864/2000-07.

Complementando tal definição: “A publicidade pode ser criativa ou direcional. A publicidade na televisão é criativa, ou seja, atinge o consumidor com o intuito de persuadi-lo quanto à qualidade de produtos e serviços e conquistá-lo como cliente do anunciante sem que seja preciso que o consumidor assuma posição ativa na busca de informações sobre o produto ou serviço, como acontece com a chamada publicidade direcional, verificada, sobretudo, em listas telefônicas (Definição extraída do parecer referente ao Ato de Concentração n.º 08012.011890/99-99, de interesse das empresas Bellsouth Advertising and Publishing Corporation).

¹⁴⁰ Tais dados constam do Parecer da SDE/MJ relativos ao Processo Administrativo No. 08012.006504/97-11.

A concentração de valores, e de público, pode ser observada quando se compara os preços relativos aos *spots* publicitários de 30 segundos inseridos ao longo da programação entre os principais canais de TV aberta:

Globo	Gênero	Valor de 30", mercado nacional
Jornal Nacional	Jornalismo	R\$ 159.520,00
Fantástico	Jornalismo	R\$ 135.240,00
Novela III	Novela	R\$ 148.290,00
Novela II	Novela	R\$ 94.410,00
Tela Quente	Filme	R\$ 88.640,00
Novela I	Novela	R\$ 66.330,00
Domingão do Faustão	Show	R\$ 66.160,00
Esporte Espetacular	Esporte	R\$ 30.750,00

Fonte: Site: www.mapadamidia.net (valores de maio de 2001). Dados constantes do Parecer SEAE/MF Ato de Concentração n.º 08012.005864/2000-07.

SBT	Gênero	Valor de 30", mercado nacional
Show do Milhão (Domingo)	Show	R\$ 85.148,00
Silvio Santos (Domingo)	Show	R\$ 85.148,00
Domingo Legal	Show	R\$ 67.303,00
Programa do Ratinho	Show	R\$ 65.360,00
Cine Espetacular	Filme	R\$ 56.597,00
Sabadão	Show	R\$ 41.947,00
A Praça é Nossa	Show	R\$ 41.947,00
SBT Repórter	Jornalismo	R\$ 41.947,00
Jornal do SBT	Jornalismo	R\$ 38.760,00

Fonte: Site: www.mapadamidia.net (valores de maio de 2001). Dados constantes do Parecer SEAE/MF Ato de Concentração n.º 08012.005864/2000-07.

Record	Gênero	Valor de 30", mercado nacional
Jornal da Record	Jornalismo	R\$ 34.083,00
Novela das Oito	Novela	R\$ 30.488,00
Cine Record Especial	Filme	R\$ 28.320,00

Balacobaco	Show	R\$ 28.320,00
Fábio Jr.	Show	R\$ 28.320,00
Super Tela	Filme	R\$ 28.320,00
Quarta Total	Show	R\$ 28.320,00
Programa Raul Gil	Show	R\$ 21.236,00
É Show – Adriane Galisteu	Show	R\$ 20.318,00
Esporte Record	Esporte	R\$ 17.712,00

Fonte: *Site*: www.mapadamidia.net (valores de maio de 2001). Dados constantes do Parecer SEAE/MF Ato de Concentração n.º 08012.005864/2000-07.

Lamentamos não ter tido acesso a valores mais atualizados, assim como o custo do espaço publicitário em transmissões de eventos esportivos. Infelizmente, estes dados são tratados de forma sigilosa dada a sua importância “estratégica”. Anteriormente, já criticamos a confidencialidade dada a tais informações considerando que o serviço de radiodifusão de sons e imagens é um serviço público sob o qual deveria incidir o dever de publicidade em relação a certas informações. Também ressaltamos que o presente trabalho não está focado em questões relacionadas ao mercado publicitário. No entanto, consideramos importante demonstrar tal distorção concorrencial neste setor sem a pretensão de exaurir tal assunto.

Desta forma, a ampliação da competição no setor de televisão, ou, em outras palavras, a democratização da concorrência, tende a trazer ganhos para os diversos setores que tem relação com o setor de comunicação de massa. Haverá vantagens para o cidadão, expectador, consumidor no que diz respeito a informação e ao entretenimento. Os agentes do setor de televisão que não ocupam posição dominante também poderão atuar para aumentar sua fatia de mercado, assim como agir para o crescimento do mercado como um todo. O aumento do espaço publicitário permitirá a ampliação da publicidade e o acesso a empresas antes excluídas. E, por fim, no caso dos direitos de transmissão esportiva, o aumento nas receitas decorrentes de uma comercialização mais ampla será transferido para as entidades esportivas. A maior divulgação dos esportes também tende a incrementar o público nos estádios e ginásios e estimular a prática daquele determinado esporte e o incremento de outras receitas relativas a tal modalidade.

Concluí-se este ponto observando que a concretização de um direito do cidadão através de uma política pública voltada ao direito à informação traz também significativos ganhos de bem-estar econômico para toda a sociedade.

3. Regulação Pro-Concorrencial

Neste capítulo iremos tratar de regulação, direcionada especificamente para uma finalidade pro-concorrencial. O tema regulação é bastante complexo e muito amplo e seria desonesto de nossa parte achar que é possível exaurir tema tão vasto neste trabalho o que tornou necessário focar a nossa análise. Desta forma, iremos tratar certos princípios e aspectos que consideramos importantes para a nossa análise do objeto deste trabalho. Complementarmente, neste ponto do trabalho precisamos começar a atar certas pontas soltas, responder certas perguntas que foram ficando no ar, ou, como diriam num voo, preparar para a aterrissagem, mesmo sabendo que demoraremos um pouco para tocar o solo é necessário estabelecer certas conclusões para nosso trabalho.

Inicialmente, observamos que seguiremos definições amplas no que diz respeito a regulação tendo em vista a dificuldade de se adotar uma definição muito pormenorizada que poderia excluir certo aspecto, ou ainda, buscar uma definição que seja perfeita para este trabalho e correr o risco de perder o foco da análise. Desta forma, utilizaremos a definição de Posner quando estivermos abordando aspectos relacionados a regulação econômica, ou seja, “a expressão se refere a todos os tipos de impostos e subsídios, bem como aos controles legislativo e administrativo explícitos sobre taxas, ingresso no mercado, e outras facetas da atividade econômica”¹⁴¹. Também cabe menção a definição dos professores Gesner Oliveira e João Grandino Rodas que estipulam “(...) torna-se clara a noção de regulação como substituição do mecanismo de mercado, pois este último não oferece uma solução minimamente eficiente do ponto de vista econômico e social”¹⁴².

¹⁴¹ POSNER, Richard A. “Teorias da Regulação Econômica” em Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano (coord. Paulo Mattos). São Paulo: Editora 34, 2004. p. 50.

¹⁴² OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. “Direito e Economia da Concorrência”. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004. p. 151.

No que diz respeito a regulação jurídica, buscando a simplificação para fins deste trabalho, estabelecemos que tal regulação será qualquer forma de intervenção do Estado sobre as ações dos agentes de um determinado segmento de mercado. Por se tratar de uma ação do Estado é necessário que tal intervenção esteja direcionada a concretização de um fim ou interesse público. Tal intervenção adota as mais diversas formas e poderá ter por objetivo a correção de assimetrias ou falhas de mercado, assimetrias de informação, externalidades, bens públicos, organização e estruturação de monopólios naturais, dentre outros eventuais objetivos¹⁴³. No caso do presente estudo tem-se na regulação como uma modalidade de intervenção do Estado que busca criar e estimular a concorrência efetiva¹⁴⁴ no setor de TV aberta, mais especificamente no que diz respeito a comercialização dos direitos de transmissão esportiva.

Em que pese o fato de que a radiodifusão televisiva no Brasil ter sido objeto de concessão aos agentes privados há bastante tempo. A regulação com um viés concorrencial nos diversos setores é uma discussão recente. Antes do processo de “privatização”, ou mais tecnicamente, desestatização, dos mais diversos setores esta discussão não existia tendo em vista que no modelo anterior havia exploração direta do Estado das mais diversas atividades não havendo maiores questões concorrenciais, ou, quando haviam, tais questões eram discutidas no esfera política ou entre as empresas públicas e entes envolvidos não havendo a necessidade de um aprofundamento da discussão do tema. No entanto, quando os mais diversos serviços públicos foram

¹⁴³ O Professor Diogo de Figueiredo faz consistente definição da função reguladora ou regulatória: “função reguladora, ou regulatória, é, na verdade, um híbrido de atribuições de variada natureza: informativas, planejadoras, fiscalizadoras e negociadoras, mas, também, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras”.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Regime de Servidores Contratados de Agências Reguladoras”. Revista de Direito Administrativo No. 245 Maio/Agosto 2007. São Paulo: Atlas, 2007. p. 36

¹⁴⁴ Neste ponto, cabe observar que a noção de concorrência efetiva é de difícil apuração ou definição. Podemos estabelecer quando existe a concorrência em determinado segmento tendo por base conceitos jurídicos e econômicos, mas será difícil de estabelecer quando ela realmente acontece, ou, em outras palavras, quando esta é efetiva. Instintivamente podemos até mencionar situações em que existe concorrência mas esta não é efetiva, ou seja, quando não passa de um potencial ou, às vezes, menos que isso¹⁴⁴, ou seja, hipóteses que se enquadram no conceito técnico de concorrência mas sem gerar rivalidades ou alterações significativa no ambiente concorrencial. Tal fato é abordado, por exemplo, quando se menciona a concorrência entre a internet e a TV aberta. Consideramos o enorme potencial da internet como meio de comunicação de massa, mas em vista do seu restrito acesso a população brasileira se comparada ao amplo acesso ao sinal da TV aberta, tem-se que considerar que ela não concorre ainda de forma efetiva ou frontal. Faz-se mister mencionar que tal conceito é mencionado em diversos momentos na legislação comunitária europeia - Artigo 82 EC e Artigo 2 (3) da Regulação de Fusões Europeia (Regulation 139/2004 [2004] OJ L 124/1). Apesar de tais menções legais, tal expressão nunca foi objeto de definição normativa, judicial ou da Comissão Europeia.

delegados para a iniciativa privada começou a haver o questionamento da legitimidade de certas condutas e práticas que compunham os mercados no que diz respeito a possibilidade de concorrência. Em última instância, havia situações em que em princípio certas práticas poderiam ser consideradas legais dada a existência de norma e arcabouço jurídico que a conferiam legalidade. No entanto, quando se analisava a prática ou certa interpretação conferida as normas vislumbrava-se uma distorção concorrencial. Em certas hipóteses a própria norma colocava um agente em posição dominante ou como monopolista, ou ainda, estabelecia condições para o abuso do poder de mercado.

Neste contexto de insegurança concorrencial, em alguns momentos simplesmente a lógica de um agente do mercado privado era não operar ou entrar em dado mercado. Seria melhor para um agente investir seus recursos para atuar em outro país ou em outro mercado do que encarar um concorrente ocupante de posição dominante e com uma estrutura regulatória com tendência a manutenção do *status quo*. A adoção de modelos regulatórios pro-concorrenciais pode servir como um meio de estimular o dinamismo e a competitividade entre agentes em setores que pelos mais variados motivos estavam engessados, assim como a possibilidade de atrair novos agentes que passam a vislumbrar a possibilidade de atuação em um segmento que antes de encontrava fechado a entrantes. Em certos casos, inclusive, novos entrantes podem estar impedidos de atuar por questões de natureza regulatória ou legal¹⁴⁵.

É preciso ainda destacar que em certas hipóteses a regulação pro-concorrencial pode se dar por via indireta. Neste sentido, cabe destacar que a normatização de certos fenômenos tecnológicos pode servir como uma forma de incrementar a concorrência ao conferir uma certa previsibilidade em relação a atuação do Estado, o que, por sua vez, confere segurança jurídica aos investimentos que podem ser realizados em dado setor o que, indiretamente, favorece a entrada de novos agentes em um determinado mercado e

¹⁴⁵ Entendemos que certas barreiras legais podem servir como uma barreira à entrada, além de eventuais obstáculos regulatórios. Exemplo desta hipótese é a limitação do capital estrangeiro em certa empresa, este fato acontece tanto no setor de radiodifusão, por conta da Constituição, como no caso do setor aéreo, com fundamento no Código Aeronáutico.

a criação de novos modelos de negócios mais eficientes¹⁴⁶. A regulação de novos fenômenos tecnológicos também pode servir para a adoção de novos modelos de negócio pelos agentes já estabelecidos. Neste ponto, cabe menção a lição da professora Jessica Litman:

If our goal in reforming current law were to make things more difficult for emerging technology, in order to protect current market leaders against potential competition from purveyors of new media, then cleaving to old rules would be satisfactory, if temporary, solution. Adhering to old rules might distort the marketplace for new technology for at least the short term (since that, after all, would be one of its purposes), which might influence how that technology developed in the longer term, which, in turn, might influence whether and how the affected industries would compete in the markets for those technologies in the future. It would probably delay the moment at which the current generation of dominant players in information and entertainment markets were succeeded by a new generation of dominant players in different information and entertainment markets.¹⁴⁷

Dentro desta questão, cabe menção a implementação do modelo da TV Digital no Brasil. A regulação desta inovação tecnológica, dependendo da forma como venha a ser concretizada, pode servir como um meio de estímulo a concorrência entre agentes já atuantes no mercado através da facilitação da transmissão de sinais de qualidade que permitam um acesso mais amplo aos diversos canais, a possibilidade de ampliar a grade de programação através da ampliação dos canais, a diminuição de custos de produção e de transmissão, dentre outros aspectos¹⁴⁸.

¹⁴⁶ A título exemplificativo cabe menção aos novos modelos de negócio que utilizam a internet como instrumento de difusão de obras audiovisuais, tais como o sítio Joost. Tal sítio, dentre outros aspectos, tem por objetivo permitir com que o usuário monte a sua própria programação e acesse uma programação bem mais ampla do que uma TV aberta tradicional tendo-se um modelo de negócio com potencial para concorrer com outros meios de radiodifusão tradicionais. No entanto, tal potencial de concorrência somente tende a se tornar efetivo com uma quantidade de investimentos que permita a sua ampliação e a realização de investimentos em publicidade e marketing que são pesados custos afundados. Tais investimentos para se concretizarem demandam uma segurança jurídica que até o momento não foi conferida nos mais diversos ordenamentos. Para obter maiores informações sobre tal sítio, pode-se acessar através da internet o domínio: <http://www.joost.com/about/> (acessado em 21 de maio de 2009)

¹⁴⁷ LITMAN, Jessica. "Digital Copyright". Amherst, NY: Prometheus Books, 2001. p. 172.

¹⁴⁸ Destacamos que apesar de se tratar de um assunto um tanto quanto interessante a questão das novas tecnologias e seu impacto na radiodifusão, este não será aprofundado no presente trabalho por uma questão metodológica. O ponto que busca-se frisar é o de que a devida regulação de uma inovação tecnológica pode servir como uma forma de estímulo da concorrência em um determinado setor.

No que diz respeito ao escopo jurídico conferido as agências reguladoras federais¹⁴⁹ destacam-se algumas leis, inclusive, como a da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL¹⁵⁰ e a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL¹⁵¹. Tais leis criam ritos bastante específicos para a análise de atos afetos ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Outras agências reguladoras fazem menções gerais ao estímulo a concorrência em seus respectivos setores e algumas possuem convênios de colaboração com os órgãos integrantes do SBDC.

Em que pese tal atribuição das agências reguladoras, pelos mais variados motivos, em certas hipóteses, alguns casos foram levados ao SBDC para que fossem analisados sob a ótica do direito antitruste.

Em um precedente¹⁵² interessante envolvendo regulação e concorrência no setor aquaviário houve questionamento sobre até que ponto caberia ao SBDC apontar a solução e eventual sanção, e em que momento a solução seria da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ dada a sua competência regulatória sob tal setor. Na decisão foi apontado que não havia conflito de competências entre as duas autarquias, pelo contrário, deveria haver uma atuação complementar das duas¹⁵³ e houve a sanção das representadas por conta das condutas anticoncorrenciais. Posteriormente, a ANTAQ revisou o modelo regulatório de concessão de terminais de contêineres para evitar que houvesse um novo abuso de posição dominante na atividade.

¹⁴⁹ Neste trabalho optamos por restringir a análise deste ponto às agências reguladoras federais. Uma eventual ampliação do foco deste trabalho para uma análise do tratamento conferido pelas mais diversas agências reguladoras estaduais e municipais tenderia em contribuir pouco a argumentação.

¹⁵⁰ A legislação afeta a tal questão é a Lei No. 9.472/97, o Decreto No. 2.338/97 e a Portaria Conjunta No. 1, de 9 de setembro de 1998, entre o CADE e a ANATEL. Em relação a Lei No. 9.472/97, cabe menção específica aos artigos 5º, 6º, 7º e ao inciso XIX do artigo 19.

¹⁵¹ Neste ponto cabe chamar a atenção para a Lei No. 9.427/96, Decreto No. 2.335/97 e Resolução No. 94 da ANEEL, de 30 de março de 1998. Destacam-se os incisos VIII e IX, assim como o parágrafo único, do artigo 3º da Lei No. 9.427/96.

¹⁵² CADE – Processo Administrativo No. 08012.007443/99-17. Representante: SDE *ex officio*. Representadas Terminal para Contêineres da Margem Direita – TECONDI, Libra Terminais S/A – Terminal 37, Usiminas (Rio Cubatão Logística Portuária Ltda.) e Santos Brasil – Tecon. Relator: Luiz Carlos Delorme Prado. Relator para o acórdão: Ricardo Villas Bôas Cueva.

¹⁵³ Neste sentido, cabe menção a lição dos professores Gesner Oliveira e João Grandino Rodas que expressam: “A interação entre agências de defesa da concorrência e regulatórias, no âmbito de um sistema de competências complementares, é essencial para o processo de modernização da economia.” Ao longo de sua obra os professores fazem um interessante estudo sobre as possíveis configurações institucionais entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. “Direito e Economia da Concorrência”. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004. p. 142-150.

Neste momento também cabe menção ao caso TVA v. TV Globo¹⁵⁴. Se no caso envolvendo o setor de transporte aquaviário a decisão do CADE foi madura, neste caso a solução foi criticável. *Data maxima venia*, mas entendemos que as atribuições da ANATEL estão afetas a questões relacionadas ao uso do espectro magnético, questão de grande complexidade mas que não tem qualquer relação com a questão do conteúdo que é transmitido nas mais variadas ondas constantes do espectro. A ANATEL não tem competência para proibir que as pessoas falem palavras de baixo calão ao telefone celular, assim como não tem atribuição para intervir em questões relacionadas à licenças de conteúdo de canais de televisão. Eventual agente regulador com atribuição para intervir neste campo específico seria o que fazemos menção ao longo deste trabalho e que teria como competência atuar em questões relativas a conteúdo e concorrência na radiodifusão. De mais a mais, conforme já observado ao longo deste trabalho, as transmissões da TV Globo tem capacidade de atrair significativo público e audiência, principalmente no que diz respeito aos eventos esportivos. Ora, um assinante de TV por assinatura busca comodidade e qualidade superior na transmissão. Acreditar que a existência de “chave” que faria a alternância entre a transmissão pública e a transmissão por assinatura seria suficiente para não gerar danos concorrenciais é algo bastante criticável. Por fim, entendemos que assim como em outros casos decididos em outras jurisdições¹⁵⁵, e tendo em vista que a TV aberta trata-se de um serviço público, consideramos que a solução ideal seria a licença de transmissão do canal de TV aberta mediante uma determinada e equilibrada remuneração pela TVA. Esta solução estaria mais próxima ao ideal se fosse apresentada no âmbito regulatório e dentro de uma perspectiva preventiva da regulação, ao invés de um caso de direito antitruste.

Existem ainda outros casos sendo tratados na esfera do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que dizem respeito a fronteira entre regulação e concorrência. No entanto, por uma questão metodológica, optamos por nos restringir a esses dois casos, um por se tratar de valioso precedente e o outro, mesmo já tendo sido abordado

¹⁵⁴ CADE – Processo Administrativo No. 53500-000359/99. Representante: TVA Sistema de Televisão S.A. Representada TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo. Conselheiro Relator: João da Fonseca.

¹⁵⁵ A título exemplificativo fazemos menção ao caso: Radio Telefis Eireann (RTE); and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities. (6 April 1995) Referência: [1995] EUECJ C-241/91P.

anteriormente, por envolver direitos de transmissão e uma solução mais adequada se imposta na esfera regulatória, uma regulação que intervem também em questões concorrenciais.

Seguindo, um outro ponto relevante diz respeito à forma e ao momento da regulação. Inicialmente, no que diz respeito à forma, observa-se que ela pode assumir diversos contornos, no presente trabalho, para simplificação, trabalhamos com três formas de regulação. Em primeiro lugar, podemos considerar uma regulação incisiva, incisiva no sentido de exigir diversas obrigações e contra-partidas, cabendo observar que quanto mais amplo for o rol de obrigações do agente regulado, haverá, em contraponto, um maior custo, tanto do agente regulado no sentido de gerir e cumprir com as ditas obrigações, como também por parte do órgão regulador pois ele terá maior custo para fiscalizar o cumprimento adequado das obrigações, no inglês, *enforcement*¹⁵⁶. Complementarmente, a regulação incisiva poderá servir como um inibidor à entrada de novos agentes no mercado, tanto em razão dos custos, como também na impossibilidade de atender os requisitos necessários¹⁵⁷.

Como segunda forma, haveria uma regulação moderada, o que, por simetria, geraria custos moderados e barreiras à entrada moderadas. Por fim, como uma terceira hipótese, é possível simplesmente uma opção por não regular, ou ainda, regular de forma tão geral e ampla que não se torna possível afirmar que existe uma regulação propriamente dita de um determinado setor por conta da inexistência da possibilidade de ocorrer uma concretização dos princípios e previsões constitucionais. Na hipótese do setor de televisão, existem previsões e princípios expostos expressamente na

¹⁵⁶ Pedimos desculpas pelo uso de outra língua, mas entendemos que a noção de “enforcement” amplamente debatido nos mais variados campos de estudo não possui uma tradução tão óbvia para o português. Temos que o termo fiscalização tem clara afinidade com a idéia de “enforcement” mas não é suficiente. Desta forma, caberia uma definição de “enforcement” como sendo a concretização da norma, ou seja, o ato de trazer a norma do campo abstrato para o campo concreto voltado a operacionalidade da norma, como parte de tal operação está incluída a idéia de fiscalização no sentido de uma atuação do órgão regulador para aferir se existe o efetivo cumprimento da norma abstrata, que foi tornada operacional, pelos agentes regulados.

¹⁵⁷ Como um exemplo de regulação incisiva no Brasil, podemos mencionar o modelo adotado pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Tal modelo ampliou o número de requisitos e enfermidades que deveriam ser tratados pelos planos de saúde. Tal opção levou a saída do mercado de alguns planos, assim como a liquidação administrativa de outros, havendo uma concentração do mercado. Por não fazer parte do objeto deste trabalho, não iremos entrar no mérito de tal opção política.

Constituição, como analisado anteriormente. Porém, o fato de que tais dispositivos não tiveram a sua complementação por normas de hierarquia inferior ao longo do tempo e não houve a criação de um agente regulador, permite aferir que houve uma opção do legislador em não regular o tema, ou seja, a não complementação normativa impede que haja uma efetiva regulação do setor.

Como observado anteriormente, a opção por regular é uma escolha política¹⁵⁸, fundada, em regra, no interesse público afeto a questão. *A contrario sensu*, a opção por não regular também é uma opção política e como tal pode ter os mais variados fundamentos dos quais destacamos alguns. Uma primeira hipótese diz respeito a possibilidade de haver um equilíbrio natural do setor em que apesar do interesse público afeto a este, a opção por não regular seja justificável, ou, em outras palavras, se um mercado está equilibrado e gerando os dividendos sociais esperados uma eventual regulação poderia prejudicar este equilíbrio, além de gerar custos para o Estado. Uma segunda hipótese está na impossibilidade de regular um determinado setor, tal impossibilidade pode se dar por falta de competência legal para atuar, como ocorre em certas questões internacionais que repercutem no Brasil¹⁵⁹ ou ainda na falta de ausência de um escopo legal que permita o Estado atuar, haja visto o princípio da legalidade. Uma terceira hipótese seria a incapacidade de determinação do objeto da regulação, tal situação estaria ligada a inovação tecnológica e ao dinamismo das mais variadas relações econômicas que criam cotidianamente as mais variadas possibilidades fáticas¹⁶⁰ que nos mais diversos momentos quebram os paradigmas e balizas afetas a um setor. Por fim, há uma quarta hipótese em que os custos envolvidos na regulação de um setor são extremamente altos frente aos benefícios sociais que poderiam ser obtidos. Por mais difícil que seja quantificar os benefícios sociais para depois compará-los com os custos, existem situações extremas nas quais tal hipótese faz sentido.

¹⁵⁸ O Professor Stigler em seu artigo que analisa intensamente a questão da escolha política observa: “Propomos a hipótese geral: toda indústria ou toda ocupação que tem poder político suficiente para utilizar o Estado procurará retardar o acesso à entrada. Além disso, a política regulatória muitas vezes será moldada de forma a retardar a taxa de crescimento de novas empresas”.

STIGLER, George J. “A Teoria da Regulação Econômica” em *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano* (coord. Paulo Mattos). São Paulo: Editora 34, 2004. p. 27.

¹⁵⁹ Cabe mencionar, como exemplo, a recente crise financeira na qual houve diversas questões de política e regulação bancária no âmbito de outras jurisdições e que geraram repercussões no mercado brasileiro.

¹⁶⁰ Novas tecnologias e modelos de negócio surgem cotidianamente. Exemplo recente diz respeito a comunicação por voz utilizando a internet como suporte, o VOIP (Voice over Internet Protocol). Tal meio de comunicação efetivamente compete com outros já existentes e regulados.

Diante do exposto, tendo em vista a distorção concorrencial existente no setor de televisão, entendemos ser necessária a regulação neste momento¹⁶¹, para alguns já passou da hora¹⁶². Os preceitos constitucionais podem se concretizar em marcos regulatórios que busquem ampliar e equilibrar o setor. Neste contexto, o equilíbrio na distribuição dos direitos de transmissão esportiva pode ser um relevante ponto dada a sua capacidade de gerar receita para as redes de televisão. Em relação a forma, esta pode ter intensidade moderada e incidir de forma pontual nos pontos onde a distorção competitiva estiver mais intensa, em outras palavras, entendo que algumas pequenas intervenções podem ser suficientes para criar um cenário de maior diversidade e concorrência não sendo necessário “começar do zero” tal como ocorreu em outros setores.

Por fim, pretendemos focar nas características necessárias para que tal agente regulador goze da independência necessária para atuar em setor tão relevante. Inicialmente, constata-se que tal agente deve gozar de significativa neutralidade e neste ponto fazemos menção a Teoria dos Poderes Neutrais mencionadas em artigo do Professor Alexandre Aragão:

O que há em comum a todos estes órgãos, que, sem dúvida, possuem escala de autonomia variável é o (1) caráter não eletivo do provimento dos seus titulares, (2) a natureza preponderantemente técnica das suas funções e (3) a independência, ou seja, a ausência de subordinação hierárquica aos poderes políticos eletivos do Estado como forma de propiciar (4) o exercício imparcial de suas funções em relação aos diversos interesses particulares que

¹⁶¹ Expõe o professor Alexandre Ditzel Faraco: “A aplicação do direito antitruste, dadas essas limitações e características, seria um substituto falho de normas que procuram impor limitações estruturais gerais às atividades de comunicação social, em vista do controle do poder político”. E segue: “A referência aqui é ao artigo 220, parágrafo 5º, o qual estabelece que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. Esse específico tratamento constitucional para o setor implica, por conseguinte, a ilegitimidade *a priori* de estruturas concentradas de poder em atividades envolvendo os meios de comunicação social.”

FARACO, Alexandre Ditzel. Ob. Cit. P. 78.

¹⁶² Neste aspecto cabe reproduzir as palavras do professor Stigler: “Até que a lógica da vida política esteja desenvolvida, reformadores serão mal-guarnecidos para utilizar o Estado para suas reformas e vítimas do uso difundido do suporte estatal a grupos especiais estarão desamparados”.

STIGLER, George J. “A Teoria da Regulação Econômica” em Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano (coord. Paulo Mattos). São Paulo: Editora 34, 2004. p. 42.

estiverem em jogo, aos interesses do próprio Estado do qual fazem parte e à vontade majoritária da sociedade manifestada por seus representantes.¹⁶³

Isto posto, constata-se que a neutralidade é essencial para a devida atuação imparcial do agente regulador¹⁶⁴. Outro ponto que também é muito importante é a independência. De certa forma, como já de certa forma abordado na lição acima, constata-se que não é possível ser neutro ou imparcial sem um nível razoável de independência.

Como aspecto relacionado a independência, tendo como parâmetro o regime das agências reguladoras já existentes, é importante observar que ela se dará em três níveis, em relação as atividades da agência, propriamente ditas, aos seus dirigentes e a seus servidores. A independência da agência reguladora é composta de quatro elementos: a independência política de seus dirigentes, a independência técnica, a independência normativa e a independência gerencial, orçamentária e financeira. Em relação aos dirigentes das agências, estes possuem um regime jurídico próprio, desta forma possuem legitimidade, conferida pelo fato da nomeação do dirigente ser realizada pelo Presidente da República e aprovado no Senado Federal, assim como estabilidade decorrente do mandato fixo. Cabe ainda destacar a independência que deve caber aos servidores¹⁶⁵ das agências no exercício de suas atribuições, tais servidores devem gozar de isenção ao elaborarem seus trabalhos e pareceres de cunho técnico, não devendo ser admitida intervenção dos agentes regulados ou interferência hierárquica avessa ao devido processo legal administrativo.

¹⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras” em *Agências Reguladoras e Democracia* (coord. Gustavo Binbenojm) p. 1-20. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 17-18.

¹⁶⁴ Neste sentido, observa o professor Gustavo Binbenojm: “(...) talvez seja possível preservar um desejável *espaço de autonomia das agências* em setores onde predomine a necessidade de gestão profissional, de estabilidade em longo prazo e de administração não imediatamente responsiva à vontade das urnas (por se deverem adotar, por exemplo, medidas impopulares que sejam benéficas à coletividade em médio e longo prazo) (...)”.

BINENBOJM, Gustavo. “Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização”. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁶⁵ O regime jurídico dos servidores das agências reguladoras existentes é o constante na Lei No. 10.871/04, complementado pelo estatuto dos servidores públicos federais, Lei No. 8.112/90. Cabe também menção ao ilustre artigo do professor Diogo de Figueiredo - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Regime de Servidores Contratados de Agências Reguladoras”. *Revista de Direito Administrativo* No. 245 Maio/Agosto 2007. p. 31-51. São Paulo: Atlas, 2007.

Por fim, cabe menção a necessidade da adoção de procedimentos voltados ao controle social das atividades de uma agência reguladora. Em se tratando de matéria tão relevante como a regulação de meios de comunicação de massa, mais especificamente a televisão, sempre é necessário cuidado para que a regulação não se aproxime do dirigismo estatal, característico de regimes autocráticos. Desta forma, é sempre desejável uma permeabilidade do agente regulador, que não se confunda com a “captura”, voltada a concretização dos valores democráticos e do direito de manifestação dos agentes do mercado e cidadãos¹⁶⁶. Neste ponto, é relevante para a agência reguladora que esta não se torne um órgão hermético e alheio ao dinamismo e as peculiaridades do mundo que lhe rodeia. Desta forma, somos entusiastas de mecanismos tais como consultas públicas e audiências públicas, assim como de um fortalecimento das ouvidorias das agências, posto que um agente regulador isolado corre o risco sério de perder a sua legitimidade. É necessário ouvir os cidadãos, afinal eles são um dos motivos pela qual uma agência existe e será um dos beneficiados pela inserção de elementos concorrenciais no setor de televisão.

¹⁶⁶ Cabe reproduzir duas partes de texto da Professora Odete Medauar que têm afinidade com o tema em estudo:

“Vincula-se o pluralismo, caracterizado na essência, pela multiplicidade dos grupos, pela multiplicidade das interações indivíduo-sociedade e dos interesses; o binômio pluralismo-participação é indissolúvel.” (p. 229)

“A participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses.”

MEDAUAR, Odete. “O Direito Administrativo em Evolução”. 2ª. edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003 p. 229-230.

CONCLUSÃO

Iniciamos a nossa conclusão após a exposição sobre os diversos aspectos relevantes no setor de transmissão de eventos esportivos na TV aberta e sobre a necessidade de adoção de um modelo de regulação pro-concorrencial do setor de televisão, buscando a concretização da concorrência, e, conseqüentemente, a monopolização ou oligopolização do segmento, como preceituado em nossa Constituição. Verificou-se que o incentivo à concorrência no setor é um passo para o alcance do interesse público afeto aos meios de comunicação de massa, dentre os quais enfocamos a diversidade de fontes.

Ao longo do trabalho inicialmente foram analisados aspectos relativos à televisão no mundo e no Brasil, assim como os princípios constitucionais relacionados a este meio de comunicação de massa. O segundo capítulo foi focado na questão das transmissões esportivas, modalidade de transmissão televisiva com diversas peculiaridades jurídicas e mercadológicas, dentre as quais enfatizamos a não existência de um bem jurídico definido, que será objeto de licença ou cessão. Analisamos, também, alguns casos que tiveram por objeto o direito de transmissão de conteúdo televisivo. Posteriormente, na terceira parte do estudo, constatou-se que os desvios concorrenciais ocorridos no âmbito das transmissões esportivas não são uma exclusividade brasileira. Uma pequena e objetiva observação de alguns casos ocorridos em outras jurisdições nos permitiu aferir que não existe uma única solução para tratar sobre o tema, dada a sua complexidade. Cada mercado, cada país, cada esporte goza de peculiaridades. Seguindo no quarto capítulo, foram abordadas, de forma simplificada, as premissas do direito antitruste. Cabe ressaltar que em diversas situações o direito da concorrência terá os instrumentos suficientes para corrigir eventuais desvios competitivos dos agentes do mercado, fato evidenciado até mesmo em casos ocorridos no Brasil e em outras jurisdições, como mencionados neste trabalho. No entanto, dada as peculiaridades do mercado brasileiro, opinamos pela adoção de um modelo de correção de desvios e do excesso de concentração através da regulação, que busca influenciar as estruturas do mercado de televisão, com finalidade de estímulo à concorrência, aspecto este tratado em um quinto

momento. Conjuntamente, tratamos de um fundamento que consideramos bastante relevante para a intervenção regulatória, que é o estabelecimento de um modelo que privilegie a pluralidade de fontes e de meios de comunicação social.

Em uma visão pessoal do direito econômico, é possível definir duas balizas que estabelecem limites para a atuação dos agentes de mercado. Ou seja, o Estado tem dois sistemas básicos de intervenção nos mercados em questões afetas à concorrência. O primeiro sistema é o do Direito Antitruste, que no Brasil é concretizado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O segundo sistema é a regulação, que pode ser exercida diretamente pelo próprio ente que compõe o Estado. E, também, pode ser transferida às agências reguladoras. Na hipótese ora debatida, a regulação tem um viés pro-concorrencial.

Os agentes de determinado mercado são livres para concorrer entre si. Podem estabelecer políticas de marketing e de preços, gozam de liberdade para contratar e empreender; podem ofertar seus produtos e serviços livremente no mercado e até mesmo se associar. No entanto, devem observar sempre estas duas balizas acima citadas. No que tange ao direito antitruste, por exemplo, os agentes são livres para se associar, desde que não formem um cartel de preços. Em relação à segunda balisa, a regulatória, o agente é livre para comercializar seus produtos e serviços, mas pode ter seu direito objeto de limitação, por exemplo, se algum requisito sanitário não for cumprido, como a necessidade de utilizar caminhões climatizados. Ou ainda, podem ser impostos limites geográficos para a exploração de um serviço, como ocorre no mercado de telefonia regulado no Brasil pela ANATEL. Frisamos, portanto, que os agentes são livres para concorrer, desde que respeitados os limites impostos pela regulação e pelo direito antitruste.

No caso dos meios de comunicação de massa existem algumas peculiaridades. A primeira é a de que existe uma grande tendência à concentração nestes mercados. Em termos práticos, uma central de jornalismo bem estruturada pode servir a diversos meios de comunicação de massa ao mesmo tempo. Por exemplo, o jornal O Globo e o jornal Extra, apesar de terem perfis e públicos diferentes, compartilham uma mesma estrutura.

A rede de jornalismo da Rede Bandeirantes também atende ao canal à cabo Band News. A cobertura de diversos eventos esportivos é compartilhada entre a Rede Globo e o Canal SporTV, canal da Globosat que integra pessoa jurídica distinta, mas dentro de um mesmo grupo. O compartilhamento não se dá só em questões técnicas, de estrutura ou de conteúdo, mas também através do compartilhamento de talentos, por exemplo, radialista que migra para empresa de televisão do mesmo grupo. Há, também, o compartilhamento de mercados nos quais são definidos o meio e a forma de atuação, para não concorrer ou prejudicar a projeção de outra empresa de comunicação do mesmo grupo. Por fim, existe o compartilhamento de linhas editoriais, ou seja, apesar de meios de comunicação “distintos”, uma linha editorial comum estabelece uma identidade entre os diversos meios e diminui a noção de pluralidade e diversidade, que é essencial para um sistema democrático. Eventualmente, a uniformidade editorial pode ser utilizada para fins não muito nobres em questões políticas e servir como um instrumento causador de déficits democráticos.

Observando o caso específico dos direitos de transmissão esportiva, constata-se que certos esportes são um significativo atrativo de audiência para as redes de televisão. Como conseqüência desta audiência, as transmissões geram grandes receitas publicitárias, que servirão para fortalecer a posição de uma determinada rede de televisão em seu mercado. No caso brasileiro, a posição dominante é ocupada pela Rede Globo, conforme citado ao longo do trabalho. Esta circunstância analisada isoladamente e sob a perspectiva das eficiências econômicas é positiva para o dito agente, e, eventualmente, para o mercado. No entanto, quando a nossa Constituição expressamente estipula que não deve haver a monopolização ou oligopolização do setor de comunicação, exigindo a pluralidade e diversidade de agentes no setor de comunicação, torna-se necessário avaliar sobre a necessidade de intervenção direta do Estado, com a finalidade de dar efetividade aos preceitos da Constituição, afeto aos valores democráticos.

A política antitruste, concretizada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é uma política pública que versa sobre direitos difusos, sendo muito bem implementada pelos diversos órgãos que compõe tal sistema. No entanto, existem limitações para a

atuação do sistema. Sob o aspecto preventivo, cabe observar que somente haverá atuação do Estado em hipóteses específicas em lei, relacionadas a atos de concentração de empresas de grande porte. No que diz respeito ao aspecto repressivo da atuação do SBDC, também são necessárias algumas observações. Em primeiro lugar, a função repressiva somente ocorre após o dano, em que concorrentes foram prejudicados, deixaram de operar ou simplesmente se retiraram daquele determinado mercado. Complementarmente, novos entrantes, eventuais interessados em atuar em um mercado, deixaram de fazê-lo, dada a dificuldade de competir diante destas condutas ilegais. A coletividade, através dos instrumentos do SBDC, vai buscar ser ressarcida pelos danos sofridos, apesar da dificuldade de obter informações e provas para sustentar eventual condenação e sanção. Estas sanções tendem a ser objeto de disputas judiciais, o que acarreta bastante tempo para serem aplicadas em certos casos. O ponto positivo de uma sanção devidamente imposta pelo SBDC é a sua função exemplificativa da sanção, ou seja, outros agentes tendem a não agir da mesma forma que aquele que foi sancionado para não se sujeitarem a igual sanção pecuniária e moral.

Cabe ainda observar que diante do dinamismo da economia brasileira desde sua abertura em 1990, o SBDC tem sido cada vez mais demandado em evidente sinal de sua eficiência e legitimidade. Surgem diariamente fusões de empresas brasileiras em diversos setores e ao mesmo tempo condutas mais sofisticadas de agentes em certos mercados. A pluralidade de setores nos quais o SBDC deve atuar torna mais complexa a sua atividade. De certa forma, quando é defendida a idéia de complementariedade entre a atuação do SBDC e das agências reguladoras setoriais, busca-se retirar do SBDC o peso de “ter que conhecer muito e de tudo”, posto que as agências têm um papel social a desempenhar.

Portanto, neste trabalho nos posicionamos a favor da criação de um agente regulador independente do setor de radiodifusão de sons e imagens, que tenha atribuição legal para implementar políticas públicas e estabelecer marcos regulatórios que atendam o interesse público afeto ao setor, dentre as quais a regulação pro-concorrencial, e, incluindo o estabelecimento de um modelo amplo de concorrência para as transmissões de eventos esportivos. Este agente teria a função de concretizar os preceitos

constitucionais, no sentido de não permitir a monopolização ou oligopolização do setor de comunicação social, mais especificamente, no caso deste estudo, do setor de televisão. A agência seria dotada de pessoal tecnicamente capacitado a compreender o mercado regulado e sua especificidade, e, ao mesmo tempo, remunerado de forma a evitar possível “captura” pelos agentes do mercado. A sua atuação seria em conformidade com os valores democráticos modernos, não cabendo o uso de meios, tais como a censura, para a diminuição da participação de mercado do agente com posição dominante. Visaria a adoção de medidas que busquem o fortalecimento dos outros agentes já atuantes no mercado, principalmente das concessionárias locais e regionais de televisão; a diminuição das assimetrias de informação; o estabelecimento de regras que permitam a entrada de novos agentes, e, principalmente, teria uma atuação preventiva, voltada ao estímulo da concorrência, através do fortalecimento do setor como um todo e dos agentes com menor poder de mercado.

O foco deste trabalho nos direitos de transmissão esportiva está associado à sua relevância ímpar para o setor. A renda obtida neste segmento pode ser transferida para outras atividades desenvolvidas pelo agente. Por exemplo, parte da renda com as transmissões esportivas pode ser utilizada para atualizar o acervo tecnológico da área de jornalismo ou o desenvolvimento de obras culturais e experimentais. É necessário desenhar um modelo concorrencial que permita com que outros agentes do mercado de TV aberta também tenham acesso. Isto acarretaria inevitável fortalecimento do setor.

Durante este processo de construção de um modelo concorrencial para as transmissões esportivas será possível analisar algumas hipóteses com a finalidade de maximizar o bem-estar social afeto ao tema. Numa primeira hipótese, por exemplo, se é coerente e faz sentido no atual cenário mercadológico um jogo não poder ser transmitido para a cidade de sua realização. Observando-se que a experiência de assistir um jogo no estádio ou ginásio e na televisão são bastante diversas, pode haver ou não elasticidade cruzada. As receitas de bilheteria diminuiriam e as estruturas mercadológicas são muito diferentes. Pode ser oportuno mudar tal paradigma. Em uma segunda hipótese, seria possível a adoção de outras formas de comercialização dos direitos de transmissão, como a concorrência na aquisição dos direitos de transmissão entre times específicos, ao

invés do conjunto de times ou do campeonato. Esta comercialização em separado eventualmente permitiria com que concessionárias regionais de radiodifusão de sons e imagens pudessem adquirir os direitos de transmissão por TV aberta de um determinado time de sucesso em sua região e mercado de atuação. Desta forma, não só as redes iriam poder atuar, mas também as concessionárias regionais. Ainda, como uma terceira hipótese, deveria ser avaliada a possibilidade de transmissão simultânea em TV aberta de duas partidas diferentes. O modelo atual em que dois times transmitem o mesmo jogo não é concorrencial, posto que o agente com posição dominante possui maior capilaridade de sua rede e melhor imagem. Por outro lado, se a segunda rede transmitisse um outro jogo haveria um incremento do público das transmissões esportivas e ao mesmo tempo haveria uma participação maior na rede transmissora da segunda partida, e, conseqüentemente, da publicidade e das receitas obtidas. Por fim, como uma quarta hipótese, seria oportuno buscar modelos que estimulassem ou fortalecessem a transmissão de outros eventos esportivos além do futebol. Alguns esportes, como o voleibol e o basquete, despertam significativo interesse do público, mas tem pouco espaço na TV aberta. Um eventual modelo de comercialização mais pulverizado dos direitos poderia permitir com que o público fosse ampliado em regiões específicas onde um determinado esporte tem maior apelo de público.

Esclarecemos que as hipóteses acima descritas não são exaustivas do tema, pelo contrário, são somente exemplificativas de questões que demandariam um estudo específico mais profundo dentro de um modelo de regulação pro-concorrencial.

Cabe ainda ressaltar que um modelo de regulação pro-concorrencial dos meios de comunicação social, e no caso específico deste trabalho, da comercialização dos direitos de transmissão esportiva na TV aberta, deverá adotar os devidos instrumentos modernos e democráticos de legitimidade da regulação. Desta forma, é essencial que o desenho de um modelo de regulação pro-concorrencial tenha a permeabilidade e a participação social, e, eventualmente, a consensualidade, necessários para o sucesso de tal modelo.

Por fim, podemos concluir que assim como gritar “FOGO” num teatro cheio não é considerado uma forma legítima de exercício da liberdade de expressão, por não gerar

ganhos sociais, mas tão somente possíveis prejuízos, deve-se observar que a concentração dos meios de comunicação social também não traz ganhos sociais para a coletividade, mas somente um grande prejuízo. Através deste trabalho temos a ambição de colocar os refletores sobre esta distorção concorrencial, e, ao mesmo tempo, estabelecer um meio para solucioná-la com o objetivo de estimular um ambiente democrático no qual o cidadão, o público e os geraldinos e arquibaldos tenham os seus direitos constitucionais concretizados.

BIBLIOGRAFIA

AMEC – The Association of Media & Entertainment Counsel. “Television in the Emerging Markets – Brazil, Russia, India and China”. White paper. Nova Iorque, EUA: 2008

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico”. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

_____. “A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras” em *Agências Reguladoras e Democracia* (coord. Gustavo Binbenojm) p. 1-20. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direito Autoral”. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARROSO, Luis Roberto, BARCELLOS, Ana Paula de. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”. *Revista de Direito da Procuradoria da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*. Páginas 91 a 134. Rio de Janeiro, 2003

BINENBOJM, Gustavo. “Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa”. *Revista de Direito da Procuradoria da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*. Páginas 67 a 90. Rio de Janeiro, 2003

_____. “Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização”. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLUMENTHAL, Howard J., GOODENOUGH, Oliver R. “This Business of Television”. 3a. edição. Nova Iorque: Billboard Books, 2006.

BRITTOS, Valério Cruz. NAZÁRIO, Paola Madeira. SIMÕES, Denis Gerson. “Conselho de Comunicação Social: possibilidades e limites”. *UNIrevista - Vol. 1, nº 3* - julho 2006. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. “O Poder Normativo das Agências Reguladoras”. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006

CROTEAU, David; HOYNES, William. “The Business of Media – Corporate Media and the Public Interest”. 2ª. Edição. Califórnia, EUA: Pine Forge Press, 2006.

FARACO, Alexandre Ditzel. “Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação – Rádio, Televisão e Internet”. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

FEINTUCK, Mike, VARNEY, Mike. “Media Regulation, Public Interest and the Law”. Edinburgo, Grã-Bretanha: Edinburgh University Press, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. “Direito Econômico”. 4ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001

FORGIONI, Paula A. “Contrato de Distribuição”. 2ª. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

GALVÃO, Rodrigo. “Por um Conceito Contemporâneo de Democracia”. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n.24, p. 175-187, abril/junho 2006.

GERSEN, Jacob E., POSNER, Eric A. “Timing Rules and Legal Institutions”. Harvard Law Review. Volume 121 : 543 2007 p. 543-589. Cambridge, MA, EUA. Gannett House.

GOMES, Eduardo, REIS, Tarcísio (organizadores). “Desafios do Direito Internacional no Século XXI”. Ijuí, RS: Editora Unijuí, 2007.

GRAU, Eros Roberto. “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”. 9ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

GUERRA, Sérgio. “Discrecionabilidade e Reflexividade: Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas”. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

HEINS, Marjorie “Not in Front of the Children: 'Indecency,' Censorship, and the Innocence of Youth”. Nova Iorque, EUA: Hill & Wang, 2001

HOVENKAMP, Herbert. “Antitrust”. 4a. edição. Estados Unidos: Thomson/West, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. “Teoria Geral das Concessões de Serviço Público”. São Paulo: Dialética, 2003.

KAMINA, Pascal. “Film Copyright in the European Union”. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2002

LANDES, William M., POSNER, Richard A.. “The Economic Structure of Intellectual Property Law”. Cambridge, EUA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

LUPPI, Barbara, PARISI, Francesco. “Optimal Timing of Legal Intervention. The Role of Timing Rules” Harvard Law Review. Volume 122 : 18 2009 p. 18-31. Cambridge, MA, EUA. Gannett House.

MEDAUAR, Odete. “O Direito Administrativo em Evolução”. 2ª. edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003

MINOW, Newton N. e LaMAY, Craig L. “Abandoned in the Wasteland: Children, Television, & the First Amendment”. Nova Iorque, EUA: Hill & Wang, 1995

MOGEL, Leonard. “This Business of Broadcasting”. Nova Iorque, EUA: Watson-Guptill Publications, 2004.

MONTI, Mario. “Sport and Competition”. Excerpts of a speech given by the European Commissioner for Competition Policy at a Commission-organised conference on sports. Bruxelas, 17 de abril de 2000.

MORAES, Guilherme Pena. “Direito Constitucional – Teoria do Estado”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Regime de Servidores Contratados de Agências Reguladoras”. Revista de Direito Administrativo No. 245 Maio/Agosto 2007. p. 31-51. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. “Beyond the Spectrum Constraint: Concentration and Entry in the Broadcasting Industry”. In Antitrust, Regulation and Competition – Central Issues in Contemporary Economic Theory and Policy. (org. Mario Baldassari). Palgrave Macmillan: Nova Iorque, EUA, 2003.

OCDE, Policy Roundtables – Media Mergers 2003

OCDE, Policy Roundtables - Competition Issues Related to Sports 1996

OCDE, Policy Roundtables - Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the light of Convergence 1998

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. “Direito e Economia da Concorrência”. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004

PAIXÃO, Leonardo André. “Aspectos Jurídico-Institucionais do Setor Elétrico Brasileiro” em Direito Regulatório: Temas Polêmicos (org. Maria Sylvia Zanella di Pietro). 2ª. edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p.339-378.

PÉREZ, Diego Selhane. “Auto-regulação: Aspectos Gerais” em Direito Regulatório: Temas Polêmicos (org. Maria Sylvia Zanella di Pietro). 2ª. edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 583-600.

PONS, Jean-François. “Sport and Europeans Competition Policy”. Fordham Corporate Law Institute, Twenty-sixth Annual Conference on International Antitrust Law & Policy. Nova Iorque: Outubro, 1999

PORTELA, Vinícius Alves. “Fundamentos da Atividade Cinematográfica e Audiovisual”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

- POSNER, Richard A. "Economic Analysis of Law". Quinta edição. Nova Iorque, EUA: Aspen Law & Business, 1998
- _____. "Frontiers of Legal Theory". Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 2004
- _____. "Overcoming Law". Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1995
- _____. "Teorias da Regulação Econômica" em Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano (coord. Paulo Mattos). São Paulo: Editora 34, 2004. p. 49-80.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. "Direito Concorrencial – As Estruturas". Terceira edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. "Direito da Concorrência e a Obrigação de Contratar". Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- SCHAUB, Alexander. "Sports and Competition: Broadcasting Rights of Sports Events". Jornada día de la competencia. Madrid, 26 de fevereiro de 2002.
- SCHMITT, Rosane Heineck. "Direito à Informação – Liberdade de Imprensa x Direito à Privacidade" em A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 211-241.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. "Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo: A Autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência". Revista de Direito Administrativo No. 245, maio/agosto de 2007. p. 96-127
- SPEKMAN, Robert E. "NBC Sports: The Major League Baseball Television Rights Decision". Darden Case No. UVA-M-0691. University of Virginia - Darden Graduate School of Business Administration. Charlottesville, VA, EUA: University of Virginia Darden School Foundation, 2004
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. "Direito Administrativo das Concessões". 5ª. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- _____. "Direito Administrativo em Debate". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. "Direito Autoral". Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998
- STIGLER, George J. "A Teoria da Regulação Econômica" em Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano (coord. Paulo Mattos). São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23-48.

SULLIVAN, Lawrence A., GRIMES, Warren S. “The Law of Antitrust: An Integrated Handbook”. Estados Unidos: Thomson/West, 2006

TOFT, Torben. “Sport and Competition Law”. Broadcasting Competition Law. Londres, 23 de fevereiro de 2005. European Commission, referência – Comp/C.2/TT/hvds D(2005).

TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” em Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 239-376, organizador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Silvia Faber. “O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo”. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

UNGERER, Herbert. “Commercialising Sport”. Understanding the TV Rights debate. Barcelona, 2 de outubro de 2003. European Commission, referência – COMP/C/2/HU/rdu

WACHTMEISTER, A.-M. “Broadcasting of Sport Events and Competition Law”. Competition Policy Newsletter, 1998 – número 2, junho.

WERNECK, Bruno Dário. “A Auto-regulação da Atividade Econômica no Brasil” em Direito Regulatório: Temas Polêmicos (org. Maria Sylvia Zanella di Pietro). 2ª. edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 601-618.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)