

LIVROS, JORNAIS, RÁDIO E TV: O MERCADO DE BENS SIMBÓLICOS NA ÓTICA DAS AUTORIDADES CONCORRENCIAIS NOS DIREITOS AMERICANO, ITALIANO E BRASILEIRO

Books, newspapers, radio and tv: the market for symbolic goods from the perspective of authorities in competitive american, italian, and brazilian laws.

RICARDO ANTONIO LUCAS CAMARGO

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. E-mail: ricardocamargo3@hotmail.com.

BRUNO MENEGAT

Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: brunomenegat@yahoo.com.br

RECEBIDO EM: 23.08.2012

APROVADO EM: 30.11.2012

RESUMO

Pretende-se examinar, aqui, o tratamento ofertado pelos órgãos de defesa da concorrência no Brasil, nos Estados Unidos e na Itália, ao mercado de bens simbólicos, verificando até que ponto, no rastreamento da adequada solução normativa aos problemas a ele concernentes, as características dele teriam sido respeitadas e o quanto do respectivo comportamento caberia nos critérios do denominado “Direito Antitruste”. Debate-se, ainda, a adequação do emprego dos conceitos pertinentes a outros ramos da realidade econômica e buscam-se esclarecimentos acerca dos elementos aptos a possibilitarem a correta aplicação das normas de proteção da concorrência, a partir tanto da teoria das necessidades quanto da teoria dos bens.

PALAVRAS-CHAVE: CONCORRÊNCIA. BENS SIMBÓLICOS. BRASIL. ITÁLIA. EUA.

Abstract

It is intended, here, study treatment given by Antitrust Authorities in Brazil, United States and Italy to market of symbolic goods, testing how much, searching right normative solution to the problems concerning such a market, its characters could have been respected and how much of its behavior could fit so-called “Antitrust Law” criteria. One argues, yet, the fitness of employing concepts concerning other branches of economic reality and explanations are searched on which elements could be able to make possible right application of Competition Protection Laws, coming from theory of necessities as well theory of goods.

KEYWORDS: COMPETITION. SYMBOLIC GOODS. BRAZIL. ITALY. USA.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Defesa da concorrência nos meios de comunicação social. 2. Livrarias e Editoras. 3. Televisão. 4. Rádio. 5. Jornais. 6. Publicidade. 7. Um caminho possível – a revisita das teorias da necessidade e dos bens. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por intuito analisar a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica nos casos que envolvam ramos da comunicação social e averiguar quais as constantes apresentadas pelos conselheiros em suas decisões, assim como fazer conexões com a atuação de órgãos controladores de outros países, principalmente Itália e Estados Unidos. Atentar-se-á para quatro setores: livrarias e editoras, jornais e revistas, rádio e televisão, tanto em processos de averiguação preliminar, quando há suspeita da ocorrência de abusos do poder econômico, como em atos de concentração que passaram pelo crivo do Conselho, regidos pela Lei 8.884/94, modificada pela recente Lei 12.529/11.

O texto voltar-se-á às características próprias da comunicação social, embora não se ignore muitas vezes a presença de concessionárias de telecomunicações comandadas pelos mesmos que detêm o controle das empresas àquela outra voltadas. Apontar-se-á, efetivamente, para o desafio enfrentado pelas autoridades encarregadas da repressão ao abuso do poder econômico no âmbito concorrencial no que tange à aplicação dos conceitos próprios do antitruste.

Ao final se terá um panorama com as principais vertentes de resolução, ventilando-se as principais semelhanças e diferenças entre os ramos da comunicação

social, bem como suas particularidades.

1. DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

A Constituição de 1988, na mesma linha das Constituições países de “capitalismo avançado”, valoriza a livre iniciativa, mas não tolera o abuso de poder econômico. Para fiscalizar, orientar, prevenir e apurar eventuais abusos de poder econômico, repudiados, mesmo que em diferentes níveis, desde a Constituição de 1937²⁸⁶, criou-se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que desde 1962, mesmo orientado sob outra ideologia, exercia e ainda exerce papel de tutela e prevenção do mesmo. De sua criação até o ano de 1986, permaneceu praticamente inativo. Como instrumento do Estado em ações de combate ao crime contra a economia popular e contra o desabastecimento de determinados produtos essenciais, além de atuar contra agentes econômicos que atentaram contra o Congelamento de Preços nos “Planos” Cruzado e Verão, o grande protagonista fora a Superintendência Nacional do Abastecimento – SUNAB, criada durante o regime parlamentar e extinta no primeiro Governo de Fernando Henrique Cardoso. Atualmente, transformado em autarquia, o CADE tem o papel de decidir sobre matéria concorrencial nos processos encaminhados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, desempenhando os papéis preventivo, repressivo e educativo, dentro do mercado brasileiro. São instituições com funções semelhantes e equivalentes àquelas do CADE, em outros países, o *Federal Trade Commission* (FTC) nos Estados Unidos da América, a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* na Itália, a *Office of Fair Trade* (OFT) no Reino Unido, a *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) na Austrália. Esses órgãos, diferentemente do CADE, também tutelam os direitos dos Consumidores. No presente trabalho, atender-se-á exclusivamente para os dois primeiros órgãos citados.

A atividade de comunicação social, sendo espécie do gênero atividade econômica, se sujeita aos princípios e regras gerais a esta dirigidos, ou seja, também a comunicação social, enquanto atividade econômica, está sujeita às disposições dos

286 Neste sentido, ver: TOMASINI, Marcelo Pellenz. *A Concorrência no Pensamento do Professor Werter Rotunno Faria*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011, p. 13 (trabalho de conclusão de curso); MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda n. 1, de 1969. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, t. 6, pp. 48-49.

artigos 170²⁸⁷ a 175 e 179 da Constituição Federal,²⁸⁸ devendo atentar também para o § 5º do artigo 220²⁸⁹.

Igualmente, há na Itália o respeito ao artigo 21 da *Costituzione* de 1947 e à jurisprudência da Corte Constitucional Italiana²⁹⁰, e nos Estados Unidos, onde há por paradigmático o caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* que enfatiza o direito à comunicação social livre²⁹¹, cabendo observar que este não se confunde com as liberdades – já distintas entre si – de expressão e de informação, pois pressupõe a organização de recursos materiais e humanos para a consecução de seus fins essenciais²⁹². É de se notar que um dos principais aspectos extra-econômicos enfatizados por quantos se debruçam sobre o problema da concentração no âmbito da comunicação social – o assegurar que as mais diferentes concepções éticas, pedagógicas, filosóficas, políticas, religiosas e estéticas possam encontrar espaços para se manifestarem²⁹³ – foi considerado, por ocasião do julgamento, pelo CADE, do caso SKy-

287 Segundo Werter R. Faria, “a liberdade de concorrência é relativa ao direito de praticar o jogo econômico com os demais empresários que desempenham suas atividades no mercado, sem que estes ponham entraves à competição” em “Liberdade de empresa e de concorrência” In *Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990 p. 108.

288 WEINHEIMER, Manoel, “*A Função Social da Propriedade nos Meios de Comunicação Social*”. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011, p. 41 (trabalho de conclusão de curso).

289 GARBER, Surya. *Uso e abuso do poder econômico*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012 (trabalho de conclusão de curso).

290 “resulta perciò, dal lato attivo, inevitabilmente compressa la libertà di manifestazione (libertà di dare e divulgare notizie, opinioni, commenti); e ne risulta altresì menomato – dal punto di vista, invece, dei destinatari della manifestazione – l’interesse generale, anch’esso indirettamente protetto dall’articolo 21, alla informazione, il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee”. Corte Constitucional Italiana. Sentenza n. 105 del 1972. Disponível em <http://www.giurcost.org/decisioni/1972/0105s-72.html>.

291 Caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* (395U.S. 367,89 S.1969): “*there is nothing in the First Amendment which prevents the government from requiring a licensee to share his frequency with others and to conduct himself as a proxy or fiduciary with obligations to present those views and voices which are representative of his community and which would otherwise, by necessity, be barred from the airwaves (...). It is the right of the views and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount*”. Disponível em: <http://aclu.procon.org/view.resource.php?resourceID=3043>

292 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, t. 4, p. 514.

293 SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 330; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de & MENEZES NETO, Elias Jacob de. *A proteção da liberdade de expressão e comunicação como direito fundamental na de-*

DirectTV, externalidade estranha ao aspecto concorrencial.

Feitas estas considerações de ordem mais genérica, passa-se a examinar os pronunciamentos dos órgãos de defesa da concorrência dos países escolhidos para este trabalho em relação aos setores específicos relacionados ao mercado de bens simbólicos.

2. LIVRARIAS E EDITORAS

No que pese o caráter eminentemente mercantil da atividade do setor de livrarias e editoras, bem como da sua acessibilidade a empresas de pequeno e médio porte, serão, para os efeitos do presente trabalho, tratadas como integrantes do setor de comunicação social, uma vez que põem à disposição de um público difuso os veículos do pensamento de quem se dispõe a escrever.

Ramo tão específico e diferenciado não pode ser assemelhado a, por exemplo, varejo de alimentos ou indústria automobilística. E, de fato, não o é. Exemplos não faltam de processos que se preocupam com as características que diferenciam os livros dos demais produtos ofertados nos mercados nacionais.

Neste sentido é o posicionamento do órgão fiscalizador da concorrência da Itália:

Na indústria editorial e, mais genericamente, em todos os meios de comunicação de massa, o objetivo da defesa da concorrência deve ser acoplado ao propósito de salvaguarda do pluralismo de informação. Em geral, as dinâmicas competitivas selecionam os concorrentes, conduzindo ao desenvolvimento de operadores de monopólios, em face dos menos capazes de responder a exigências do mercado, acabando estes últimos, por fim, absorvidos pelos maiores. No caso das editoras, o objetivo de proteção econômica e financeira é de alto propósito, pois visa à preservação de uma pluralidade de fontes de informação, mesmo quando este não é o ideal em termos de alocação de recursos e eficiência geral do sistema. A promoção da concorrência vem do pressuposto de que uma correta interação, impedindo a criação de açambarques, além de primar pelo baixo preço de serviços, em benefício dos consumidores²⁹⁴.

mocracia constitucional: o problema da concentração dos meios de comunicação de massa no Brasil. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO, 20º. Anais. Vitória: 2011, p. 8.225; HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 251; NALINI, José Renato. *Constituição e Estado democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 268; FERREIRA, Luís Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 7, pp. 256-257.

294 IC35 – Indagine Cognoscitiva Riguardante il Setore Dell’Editore Quotidiana, Periodica e Multimediale (prima parte) – Autorità Garante Della Concorrenza e del Mercato. Disponí-

Uma das propriedades dos livros mais acentuadas pelos conselheiros é a “elevadíssima diferenciação título a título”²⁹⁵. Entretanto, como bem lembra o Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, Antônio Henrique Pinheiro Silveira²⁹⁶, a simples adoção dessa forma de diferenciação não seria capaz de promover análise concorrencial a contento, uma vez que, seguindo esse raciocínio, somente haveria concentração entre editoras caso as mesmas produzissem necessariamente o mesmo título. Assim, mesmo que dois livros tratassem exatamente do mesmo assunto, possuindo conteúdo quase idêntico, seriam considerados distintos por apresentarem simplesmente títulos diferentes.

Solução para o caso seria a adoção de uma segmentação por categorias de livros, como, aliás, existe, feita pela Câmara Brasileira do Livro em cooperação com a Fundação Instituto de Pesquisas Economicas da USP, que divide o mercado de livros em quatro grupos: (i) livros didáticos e paradidáticos, (ii) livros de interesse geral, (iii) livros religiosos e (iv) os livros científicos, técnicos e profissionais, conhecidos como CTPs. Entretanto, tal solução não é aplicada pelo CADE, visto a chamada “especificidade do consumidor”, o que levaria a uma segmentação por centenas de temas e áreas de interesse, existindo elevada substituíbilidade pelo lado da oferta, afastando a possibilidade de sobreposição de atividades por se vender os mesmos segmentos de livros.

A inovação tecnológica que caracterizou o último decênio influenciou fortemente a evolução da indústria editorial. O desenvolvimento de aplicações digitais chamou para um processo de integração entre os diferentes meios de comunicação, reduzindo a diferença entre a mídia tradicional (imprensa, rádio e televisão) e permitindo não só espalhar através da rede de cada um do fabricante típico da mídia tradicional, mas a integração destes produtos. Em particular, o surgimento e a disseminação da Internet tornaram possível a oferta de novos serviços, graças à possibilidade de canalização através de um único meio de áudio, formato vídeo e texto, que é uma das ofertas principais da *web*. O chamado *e-comercio*²⁹⁷, o comércio virtual, apontado pelas requerentes de atos de concentração como substituto perfeito do comércio tradicional, de venda em lojas, devendo ser considerado como um

vel em: www.agcm.it/.../538E44DC5E77716C125764D00483D9A.html?a...pdf

295 Atos de Concentração 08012002366/2008-51 Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan de 26 de Agosto de 2009 (disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000446781262.pdf); 08012004878/2002-67 Conselheiro-Relator Cleveland Prates Teixeira de 26 de fevereiro de 2002 (disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000005171693.pdf); 08012008442/1999-90 Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca de quatro de outubro de 2000 e, especialmente, 08012012235/2008-82 Conselheiro-Relator César Costa Alves Mattos de cinco de agosto de 2009 (disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000444051103.pdf).

296 No Ato de Concentração 08012004878/2002-67.

297 Especialmente no Ato de Concentração 08012012235/2008-82.

único mercado. Tal argumento não é acatado pela Autarquia. Para os conselheiros, os consumidores do *e-comercio* precisam ter acesso, na maioria dos casos, a canais fechados de TV, computadores com acesso à internet, fazendo com que, sem dúvida, se restrinja o universo de consumidores que possuem acesso aos meios necessários para demandar na modalidade à distância. Vejamos:

Destaca-se também que, do ponto de vista do acesso a esses dois canais de vendas (tradicional e a distância), o cliente do último pode facilmente optar pela aquisição de um produto ofertado pelo primeiro, enquanto o oposto não é necessariamente verdadeiro, tendo em vista que o comércio a distância exige do consumidor uma estrutura adicional para a realização da compra. (...) No entanto, poder-se-ia, também, considerar que o comércio tradicional não substituiria aquele à distância, dado que o primeiro possui peculiaridades que o distinguem do outro tais como (i) o consumidor precisar se locomover até o estabelecimento para adquirir o bem procurado, (ii) o preço cobrado, eventualmente, inferior, e as outras vantagens relacionadas à aquisição do bem no canal tradicional (como o contato físico com o bem adquirido)²⁹⁸.

Tal posição acima afirmada, talvez, mereça revisão, devido ao aumento do número de computadores no Brasil²⁹⁹, além da modernização da internet (o trecho citado ainda fala em “conexão de telefone”, referindo-se a internet discada, algo praticamente extinto no país), possibilitando um acesso maior de pessoas ao comércio virtual, de forma mais rápida e segura.

O CADE também tem atentado para o comércio de CDs e DVDs³⁰⁰ que passaram a fazer parte do portfólio das livrarias, além do comércio de produtos de informática e vídeo games que passaram a fazer parte das livrarias denominadas *megastores*. Entretanto, a venda de tais produtos é tão ínfima que é frequentemente desconsiderada pelos conselheiros.

É interessante notar que muitos atos de concentração³⁰¹ são aprovados

298 Parecer da SEAE, Ato de Concentração 08012007893/2005-18, Requerentes: Lojas Americanas e Shoptime. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000229721992.pdf.

299 Existem cerca de 85 milhões de computadores no Brasil contra 32,1 milhões existentes em 2005. Fonte: IBGE, disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/psti/2009/default.shtm>.

300 Atos de Concentração 08012012235/2008-82 e 08012002366/2008-51.

301 Atos de Concentração 08012002366/2008-51, 0801200347/2005-48 Conselheiro-Relator Roberto Augusto Pfeiffer de seis de abril de 2005 (disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000220861151.pdf); 08012006769/2004-46 Conselheiro-Relator Luis Fernando Rigato Magalhães de 20 de outubro de 2004 (disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000414771051.pdf) e 08012001030/2000-14 Conselheiro-Relator Afonso

pelo fato do pequeno porte das livrarias que, mesmo após a concentração, não terão expressão relevante nos mercados em que atuam, decisões estas baseadas no inciso IX do Art. 1 da Portaria Conjunta n 8/SEAE/SDE, de 02.02.2004, que estipula um valor de R\$ 400 milhões para que possa haver prejuízo a livre concorrência.

Com menos frequência aparecem razões de aprovação de concentração empresarial pela falta de interação de atividades³⁰² desenvolvidas pelas requerentes, onde o objetivo é, por exemplo, deixar de terceirizar serviços, ou criação de *joint venture*³⁰³ com atividade diferente das empresas requerentes, reestruturações societárias³⁰⁴ ou mesmo “substituição de agentes econômicos”.³⁰⁵

Importa, de qualquer forma, salientar que, em termos de poder econômico, este é o setor que se mostra menos pujante, mais próximo que é do comércio em moldes tradicionais, sem grandes possibilidades de influenciar o próprio modo de vida da população. Por esta razão, não incidem neste setor as disposições próprias às empresas jornalísticas, ou seja, as jornalísticas stricto sensu, as de rádio, televisão e outras mídias eletrônicas, voltadas a veicular mensagens em caráter massivo, nem os próprios à publicidade comercial.

Passa-se, agora, ao exame dos pronunciamentos dos órgãos de defesa da concorrência nos países escolhidos em relação aos setores que vieram a ser objeto de preocupação constitucional específica.

Arinos de Mello Neto de 22 de novembro de 2000 (disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000174471797.pdf)

302 Ato de Concentração 08012005900/2010-04 (Conselheiro-Relator Vinícius Marques de Carvalho de primeiro de setembro de 2010, disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000552751001.pdf), onde uma requerente é do ramo de edição e varejo de livros e a outra é uma distribuidora de notícias.

303 Ato de Concentração 08012001162/2001-27 (Conselheiro-Relator Ronaldo Porto Macedo Júnior, em 30 de outubro de 2002, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000200131209.pdf), onde uma empresa alemã do ramo de maquinário para editoração de livros e uma editora brasileira constituíram *joint venture* para criar cartões magnéticos.

304 Ato de Concentração 08012009796/2009-85 (Conselheiro-Relator César Costa Alves de Mattos, em 20 de janeiro de 2010, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000506211801.pdf), onde empresas *holding* passou a integralizar capital de uma *joint venture* de sua controladora e 08012002630/2010-71 (Conselheiro-Relator César Costa Alves de Mattos, em 28 de abril de 2010, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000523121973.pdf) mera reestruturação de obrigações de passivos dos quais são devedoras ou garantidoras de contratos de crédito.

305 Ato de Concentração 08012008442/99-90 (Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca em 4 de outubro de 2000, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000172911802.pdf), em que a editora Abril e a Havas SA, empresa francesa de comunicação, adquiriu diretamente 62% e indiretamente 27% das cotas das Editoras Ática e Scipione.

3. TELEVISÃO

As normas gerais de proteção à ordem econômica são também aplicáveis ao setor das telecomunicações, de acordo com o Artigo 7º da Lei Geral das Telecomunicações, Lei 9.472/97, tornando obrigatório nos atos de concentração envolvendo o ramo televisivo, o parecer da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Entretanto, antes de analisar a jurisprudência do Conselho envolvendo televisão faz-se necessário fazer alguns comentários sobre esse segmento do entretenimento.

É interessante notar que a maioria das grandes empresas do ramo televisivo também trabalha com outras seções da comunicação, igualmente grandes, como jornais, rádios, internet banda larga, gravadoras etc, conferindo a tais empresas verdadeiros *status* de monopólio. Sem cair em teorias da conspiração, já em 2000 concluía-se que “quatro ou cinco grupos dominarão todas as formas de mídia concebível, da imprensa tradicional à internet, passando pelo cinema, rádio, televisão, videogames, não só nos Estados Unidos como provavelmente em todo o mundo”³⁰⁶

Um exemplo irrefutável de concentração e gigantismo no setor foi a fusão das empresas AOL e Time Warner, em 2000, dando origem a um grupo com valor de mercado estimado em 350 bilhões de dólares. A espantosa dimensão do grupo pode ser avaliada quando se considera que, nos Estados Unidos, a AOL entrega o dobro de correspondências (e-mail) que os Correios; a Time Inc. vende um quarto de toda a publicidade de revistas; a Warner Music é um dos cinco maiores grupos musicais do país e a Time Warner Cable é a segunda maior empresa de TV a cabo.³⁰⁷

A situação no Brasil não é diferente, já que quatro ou cinco grandes grupos controlam a programação das TVs abertas, com programação absurdamente parecida, canais de TV fechada, jornais de grande circulação, as rádios mais ouvidas e as gravadoras que ainda conseguem lucro na época dos *downloads* ilegais. A competição no mercado de TV por assinatura no Brasil, por exemplo, segundo dados da ANATEL³⁰⁸, está sob o controle de três empresas: Net, Sky e Embratel, respondendo por cerca de noventa por cento da distribuição de canais. Há até mesmo quem chame a atenção para o “coronelismo eletrônico”, ou seja, as concessões e autorizações para executar serviços de radiodifusão (artigo 223 da Constituição Federal, Decreto 52.795/63, com redação dada pelo Decreto 91.837/85, o Decreto 2.108/96 e a Portaria Interministerial 651/99 MEC/MC), dada a setores privados que possam favorecer interesses pessoais de determinados ocupantes de cargos políticos³⁰⁹.

306 LIMA, Venício de. “*Pesquisa e Investimento em ações na América Latina*”. Revista Carta Capital nº 116 de 16 de fevereiro de 2000, pp.68-71

307 Ibidem, pp. 75-76.

308 <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>.

309 BAYMA, Israel Fernando de Carvalho, “*A Concentração da Propriedade nos Meios de Comunicação e o Coronelismo eletrônico no Brasil*” 2011, disponível em: <http://donosdamidia.com.br/artigos/texto/80>

Vale observar que a legislação brasileira não impõe limites específicos à formação de conglomerados envolvendo atividades de comunicação social (concentração multisetorial). Como salienta André de Godoy Fernandes, “o único dispositivo legal que, de alguma forma, restringe esse tipo de concentração é o artigo 15 da Lei 8.977/95, que estabelece que as concessionárias de telecomunicação somente serão autorizadas a operar serviços de TV a cabo na hipótese de desinteresse manifesto de empresas privadas, caracterizado pela ausência de resposta a edital relativo a uma determinada área de serviço”.³¹⁰

Vejamos o caso do Grupo Abril, gigante da comunicação na América Latina, que possuiu nos últimos vinte anos diversos processos de concentração. Atuante em diversos ramos, desde revistas educativas até produção de canais a cabo, celebrou contratos com diversas empresas de comunicação de outros países: África do Sul,³¹¹ França,³¹² e, principalmente, Estados Unidos³¹³, empresas estrangeiras estas também de grande porte em seus países de origem. Justificando as aprovações dos contratos, o Conselho tem se pronunciado, além das justificativas de baixo ou ausente faturamento das empresas estrangeiras no Brasil e mera reestruturação acionária³¹⁴, alegações de que concentrações verticais ou horizontais já havia antes do julgamento dos feitos, mormente quando o ramo analisado é o televisivo.³¹⁵

310 “Meios de Comunicação no Brasil: Promoção do Pluralismo, Concorrencial e Regulação”, Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da USP. 2009, p. 74.

311 Ato de Concentração 08012005694/2006-48 (Conselheiro-Relator Paulo Furquim de Azevedo em 16 de agosto de 2006, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000239801320.pdf).

312 Ato de Concentração 08012008442/99-90.

313 Atos de Concentração 0801200730/2005-04 (Conselheiro-Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos em 13 de julho de 2005, disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000221031086.pdf), 53500001591/2004 (Conselheiro-Relator Luiz Alberto Esteves Scalope em 13 de julho de 2005, disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000220631722.pdf) e 08012008411/2003-77 (Conselheiro-Relator Thompson Almeida Andrade em 12 de maio de 2004, disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000208401205.pdf).

314 Atos de Concentração 53500028344/2006 9 (Conselheiro-Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos em 21 de março de 2003, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000269161201.pdf) e 52500001591/2004 (Conselheiro-Relator Luis Alberto Esteves Scalope, em 13 de junho de 2005, disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000220631674.pdf).

315 No Ato de Concentração 0801200730/2005-04, no parecer da SEAE/MF “No que se refere à programação de TV, as relações comerciais entre as Requerentes na MTV Brasil são pré-existentes à presente operação. Essa associação data de 1990, quando os Grupos Viacom e Abril constituíram conjuntamente a MTV Brasil Ltda., uma produtora voltada para a música e para o público jovem. Da mesma forma, a integração vertical entre a Abril Radiodifusão e a MTV Brasil já existia antes da presente operação, uma vez que a Abril Radiodifusão vem adquirindo e transmitindo a programação produzida pela MTV desde a década de 1990.

Exemplo de empresa televisiva que também trabalha com outros ramos da comunicação é a extinta DirecTV, que foi vendida para a Sky³¹⁶, mediante transferência de ativos, passando a aumentar o poderio da marca no mercado de banda larga. Neste caso surgiu, como observado pela Procuradoria da autarquia, concentração vertical, visto que a Intelsat Brasil, grupo controlador da Sky/Terra já possuía exploração de serviços de banda larga. Todavia, tal impedimento foi afastado com o argumento de que o mercado de satélites brasileiros opera com capacidade ociosa de quarenta por cento, não havendo, assim, possibilidade de dominação de mercado decorrente da operação, argumento este já utilizado em outro ato³¹⁷ envolvendo empresas do mesmo ramo.

De forma diferente dos livros, os canais fechados são considerados pelo Conselho como altamente substituíveis, principalmente aqueles que têm programação de filmes e séries estrangeiras,³¹⁸ bem cumprido o Decreto 2.206/97, que reza que a contratação pela operadora de TV a Cabo de programa gerado no exterior deverá sempre ser realizada através de empresa localizada no território nacional. Outro motivo para aprovação, da mesma forma que no setor livreiro é o baixo valor das empresas, principalmente envolvendo TVs regionais.³¹⁹

No âmbito norte-americano, interessante foi o caso *United States v. Paramount Pictures Inc*³²⁰, onde a Suprema Corte decidiu ser danoso para a concorrência o fato dos estúdios de cinema possuírem também suas próprias salas de projeção e terem os direitos exclusivos nas salas em que apresentavam seus filmes. Tal decisão mudou o modo de Hollywood produzir, distribuir e exibir seus filmes, sendo também um caso pioneiro de combate às concentrações verticais. Claro, este aresto se referia ao setor cinematográfico, mas se aplica perfeitamente ao televisivo, tendo em vista que a veiculação de películas de ficção integra a respectiva grade de programação.

Discutidas as questões concernentes ao setor televisivo, passa-se ao rádio, o primeiro dentre os meios a propiciarem uma comunicação instantânea dirigida a

Consequentemente, a presente operação não alterará a concorrência existente no mercado.

316 Ato de Concentração 53500000753/2005 (Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado em 31 de janeiro de 2007, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000239251422.pdf).

317 Ato de Concentração 53500009502/2004 (Conselheiro-Relator Luis Fernando Schwartz em 14 de fevereiro de 2007, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000239121808.pdf), entre as empresas Star One AS e SES Americom Inc.

318 Ato de Concentração 08012002507/2000-89, com referência ao canal Film&Arts.

319 Atos de Concentração 535001212/2006 (Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel JoppertRagazzo em 9 de junho de 2010 disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000538241504.pdf) e 5350028344/2006 (Conselheiro-Relator Luis Fernando Rigato Vasconsellos em 21 de março de 2007, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000269161771.pdf).

320 334 US 131 (1948), disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/334/131/>.

um público difuso.

4. RÁDIO

O setor da radiodifusão, como é sabido, tem características similares às do mercado televisivo, encontrando-se atualmente superconcentrado. Pode-se dizer até mesmo que o setor de jornais foi subsidiado pelas emissoras de TV, visto que é quase impossível atualmente encontrar jornais desvinculados de grandes grupos televisivos. Um dos casos mais interessantes – porque traduz, também, uma das primeiras manifestações da presença do capital estrangeiro no setor das empresas de comunicação social – foi justamente o da *Joint venture* entre a Viacom e a Abril Radiodifusão S/A, já referida anteriormente, quando se enfrentou o tema referente à concentração no setor televisivo. No caso específico, o Conselho deu-se ao luxo de dispensar-se da análise do mercado relevante, ao fundamento de que não haveria concentração horizontal e, quanto à concentração vertical, esta já existia em relação à MTV e a Abril Radiodifusão. Pode-se referir, também, o caso da aquisição do capital da Rádio Itapema FM, de São Paulo, pela Rádio Holding S/A e o Grupo The Walt Disney Company, operação na qual não se divisou qualquer abusividade tendo em vista a existência de dezoito concorrentes, bem como a baixa participação das empresas interessadas nos mercados envolvidos³²¹.

Adotou-se, pois, como critérios para a identificação do caráter abusivo ou regular da operação concentracionista neste setor: (1) grande pluralidade de agentes; (2) a abrangência geográfica da audiência; (3) a ausência de concentração horizontal; (4) a ausência do aumento do grau de concentração vertical preexistente.

5. JORNAIS

Foi técnica do Conselho³²² definir os seguintes mercados relevantes para os jornais: (i) o de jornal diário não-especializado, constituído por uma variedade de temas: política, esportes, economia, classificados, informática, lazer, turismo etc.; (ii) o de venda de espaço para publicidade em jornal impresso, diário e não especializado; (iii) o de venda de espaço para publicidade virtual, veiculado a Internet e (iv) o de venda de espaços para classificados. Outro ponto que foi merecedor de atenção foi a classe-alvo atingida pelos jornais. Atualmente, existem os formatos dos jornais

321 Ato de Concentração 08012.010278/2009-12, Conselheiro-Relator César Costa Alves de Matos em 3 de março de 2010, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000511971592.pdf.

322 Atos de Concentração 08012002761/2001-68 Conselheiro-Relator Thompson Andrade de 20 de maio de 2002, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000200361398.pdf, e Ato de Concentração 08012008790/2006-48, Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado, 04 de Setembro de 2007

ditos populares, que atendem à população de baixa renda. Todavia, para a Autarquia, as classes-alvo ou o nível de renda dos leitores é desconsiderado, pois o que importa realmente para o leitor são o conteúdo e a periodicidade do jornal.

Essa distinção de segmentos, segundo a SEAE, se dá sob o ponto de vista do leitor: jornais que não apresentam publicação diária (semanais ou de maior periodicidade), ou que são especializados (como os financeiros e os esportivos) ou mesmo as revistas que contém notícias, publicidade e classificados, atendem a diferentes necessidades dos leitores. O jornal diário e o não-especializado são consultados por um tipo específico de leitor: o que deseja obter informações diárias (recentes), gerais e bastantes detalhadas. Já os leitores das demais publicações não estão em busca de “urgência” de notícias e preferem leituras condensadas, mesmo que de assuntos não tão atualizados. Assim, “essas publicações, em função do público alvo de cada uma, fazem parte de mercados relevantes de produtos distintos dos jornais publicados pelas empresas envolvidas na operação”³²³.

Na questão da dimensão geográfica, é interessante analisar a posição tomada pelo CADE no ato de concentração em que interessados os jornais Zero Hora e A Notícia, onde geraria óbvia concentração empresarial no Estado de Santa Catarina, onde ambos veiculavam jornais³²⁴. Entretanto, tal alegação foi afastada pelas requerentes com o argumento de que a análise geográfica deve ser feita de forma regional, com base nos locais de atuação dos jornais envolvidos. Para as requerentes, o caráter local/regional dos mercados de jornais é também reconhecido por extensa jurisprudência norte-americana, que define o mercado relevante na maioria dos casos como a área metropolitana que alberga os jornais envolvidos.³²⁵ Argumentam também que outro critério importante seria a penetração principal dos jornais – no qual se define o mercado como aquele em que os jornais interessados têm participação mais expressiva³²⁶, ou na preocupação do jornal em abordar os assuntos de maior interesse

323 Parecer Técnico nº 42 COGSEAE/MF, referente ao Ato de Concentração 08012008790/2006-48.

324 Ato de Concentração 08012008790/2006-48.

325 “In the most newspaper antitrust cases, the boundaries of the relevant geographic market have not been at issue. The courts simply have assumed that the metropolitan area in which the defendant circulates its products constitutes the appropriate geographic market in which to measure the effect of the alleged monopolistic practices. See e.g. *Byars v Bluff City News Co.*, 609 F.2d 843, 849 (6th Cir 1980); *Greenville Publishing Co. v. Daily Reflector Inc.*, 496 F.2d 391, 399 (4th Cir 1974); *Morning Pioneer Inc. v. Bismark Tribune Co.*, 493 F.2d 383, 386 (8th Cir., 1974) (...) and *Bowen v. New York News Inc.*, 366 F. Supp. 651, 674 (S.D.N.Y. 1973)”. SCHUMADINE, Conrad; KATCHMARK, Michael. *Antitrust and Media*. Disponível em www.wstlaw.com.

326 “*In Sun Newspaper Inc v. Omaha World-Herarl Co., No. CV82-6-627 at 15(D. Neb.) aff’d 713 F.2d 428 (8th Cir. 1983) the district adopted a narrow geographic market. Relying on Areeda and Turner’s contention that the ability of a firm to sell its products in certain locations reflects the appropriate geographic market, the court ruled a defendant newspaper’s*

de moradores locais.³²⁷

Passado o exame dos produtos e serviços próprios das empresas jornalísticas, é o momento de se verificar como os órgãos de defesa da concorrência têm tratado a publicidade.

6. PUBLICIDADE

No que tange à publicidade e aos anúncios classificados, é necessário se tecer alguns comentários, para bem diferenciá-los, visto que esses dois segmentos foram separados nos mercados relevantes do CADE. Ora, a publicidade tem por objetivo primordial fornecer instrumentos de *marketing* para que seus clientes atinjam seus mercados consumidores, por meio da divulgação de seus produtos, da valoração e da diferenciação de suas marcas, sendo mesmo capaz de criar necessidades³²⁸. Assim, é comum que empresas, utilizando-se de serviços oferecidos no ramo da publicidade consigam, até mesmo, alterar preferências e hábitos dos consumidores. Desta feita, diferentemente dos anúncios classificados, a publicidade visa atingir um público que, na maioria das vezes, ainda não está disponível ao vendedor, uma vez que esta trabalha com a idéia de convencer o consumidor que determinado produto é melhor que outro. Portanto, as empresas que adquirem espaço para publicidade virtual atingem um público mais reduzido e mais específico e devem, portanto, obter um retorno diferente em comparação com outras mídias.³²⁹

Diversamente da publicidade, o classificado destina-se a vender um produto isolado ou um conjunto de produtos, tendo um público-alvo definido: aquele que deseja adquirir um determinado u conjunto de bens. Neste caso, é o consumidor que “vai” até o guia de vendas, procurando um determinado produto.

Por fim, ainda segundo a divisão do Conselho, cabe ainda diferenciar a publicidade virtual. A seu ver,³³⁰ o que diferencia esta da veiculada por jornal impresso

*area of principal penetration determined geographic boundaries. (...)”.*Idem

327 “*In Sun Newspaper Inc v. Omaha World-Herarl Co. supra No. CV82-6-627, at 21 the district court also considered the area in which the parties effectively competed in determining the relevant geographic market. One court that used effective competition geographic market definition considered nor only the degree of penetration, but also the extent of paper’s local news coverage and its attempt to address the concerns of the local residents: United States v. Times-Mirror Co., supra, 274 F. Supp. At 619-20.”.* Idem

328 HENNIGE, Ines. Publicidade do Crédito: consumo – mas também endividamento – ao alcance de todos *in* Associação Brasileira de Psicologia Social, Encontro Nacional (16: 2011: Recife, PE) Anais. 2011.

329 Ato de Concentração 08012007631/2008-98 Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo de 17 de setembro de 2008 (disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000394571591.pdf).

330 Parecer Técnico nº 42 COGSEAE/MF, referente ao Ato de Concentração 08012002761/2001-68.

é a interatividade. Por meio dos chamados *banners* ou outras formas assumidas pela publicidade virtual, o leitor de jornal na internet pode se transportar para outras páginas complementares do produto/serviço anunciado. Essa operação ainda fornece a possibilidade de efetuar a compra do produto a partir do *banner*. Portanto, o jornal eletrônico é apenas um caminho para tornar visual a publicidade, da mesma forma que qualquer outro *website*.

Ora, basta que duas dessas categorias estejam presentes em empresas que pretendem passar por alguma forma de concentração para ensejar abuso do poder econômico. Entretanto, em dois casos, para validar os atos concorrenciais adotou-se a teoria dos “mercados de duas pontas”³³¹. O conceito dos *two-sided markets* está relacionado a um produto que é ofertado para dois tipos de consumidores finais que precisam um do outro. O valor do produto para cada um dos tipos de clientes é tanto maior quanto mais este produto for demandado pelos consumidores do outro tipo. As empresas, então, agem como intermediários (*matchmaker*) que, para obter êxito, deve atrair ambos os tipos de consumidores para o seu negócio.

“Os mercados de dois lados são aqueles em que o valor obtido por um tipo de cliente aumenta com o incremento do volume de usuários; quando uma entidade intermediária for necessária para internalizar a interdependência criada entre os dois grupos ou quando as empresas necessitarem adotar estratégias de preços e de investimentos sob medida para atrair e manter os dois lados do mercado.”³³² Ou seja, as companhias de mídia buscam receita dos anunciantes, fazendo com que sua audiência desfrute do produto sem mesmo pagar pelos custos. Quem anuncia está disposto a pagar mais sempre que o veículo tiver o maior número de leitores. Nos casos, diferenciação entre anúncios publicitários e classificados não fariam sentido visto que o que importaria seriam os anunciantes, classificação esta parcialmente afastada pelos conselheiros, utilizado somente, ao final, na análise do *market share*.

Expostos os pronunciamentos dos órgãos de defesa da concorrência em relação a cada um dos segmentos do mercado de bens simbólicos, passar-se-á ao debate da adequação dos instrumentos conceituais empregados.

7. UM CAMINHO POSSÍVEL – A REVISITA DAS TEORIAS DA NECESSIDADE E DOS BENS

Cada um dos segmentos do mercado de bens simbólicos analisado pelos órgãos de defesa da concorrência vem a apresentar, como se verificou, algumas especificidades que desafiam a utilização dos conceitos próprios do antitruste, válidos para a maior parte dos produtos e serviços de outra natureza.

331 Ato de Concentração 08012008790/2006-48, de interesse das empresas Zero Hora (Grupo RBS) e Jornal A Notícia e Ato de Concentração e 08012002761/2001-68 de interesse da InfoGlobo Comunicações (Jornal O Globo) e do Jornal Diário Popular.

332 MENDES, Luis Augusto Lobão. “Um Mercado de Duas Pontas”. Disponível em <http://www.resellerweb.com.br/colunistas/artigo.asp?id=115378>.

Intuitivamente, tem-se presente a percepção do exercício do poder econômico neste campo, mas vão se colocando alguns obstáculos seguros à aplicação de determinados conceitos praticamente incorporados ao pensamento tradicional em sede de tutela da concorrência.

Uma edição de um texto original de Machado de Assis da Editora X ou da Editora Y vem a caracterizar-se pela substituíbilidade.

Cabe, aqui, em princípio, tomar em consideração o fator preço. Porém, o da Editora Y pode vir precedido de um estudo que auxilie a perceber dados que demandariam um conhecimento adicional do leitor para a compreensão do seu significado no texto.

Ou o da Editora X pode ter ilustrações da lavra de um grande artista que já o diferenciam e, também, viriam a tornar irrelevante o preço na decisão do consumidor entre adquirir um ou outro exemplar.

Como se medirá o poder de mercado de uma ou outra Editora, neste caso, já que os conceitos inerentes à verificação da “elasticidade cruzada”³³³ se mostram, no caso, de pouca relevância, no que diz respeito à relação fornecedor x consumidor?

Em relação aos espaços disponibilizados aos anunciantes, claro, tais conceitos têm plena aplicabilidade, já que é da venda de espaços que vivem todas as empresas de comunicação social, sejam os veículos impressos, sejam os eletrônicos, sendo de notar que, para efeitos trabalhistas, já se considerou esta atividade como inerente a elas³³⁴.

Mas, como dito, ela somente teria aplicabilidade tendo em consideração a “procura derivada”, sem que isto sirva para explicar em que termos se colocaria o poder econômico em face dos “consumidores de mídia”, embora bem se saiba a interação que existe entre estes, que vão em busca de informação, entretenimento e, em menor escala, educação, e os anunciantes de produtos e serviços, financiadores das empresas de comunicação social³³⁵.

Quanto à prática de preços diferenciados em relação a anunciantes, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser, em princípio, lícita³³⁶.

Um outro dado merecedor de consideração quando da mensuração do grau de poder econômico de que dispõem os agentes no mercado de comunicação social

333 COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 69; NUSDEO, Fábio. *Curso de economia política – introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 242.

334 BRASIL Tribunal Regional do Trabalho. 4ª Região. Recurso ordinário 0044600-24.2000.5.04.0373. Relatora: Juíza Magda Barros Biavaschi. J. em 5 dez 2001.

335 FABRIS, Fernando Smith. *Concentrações empresariais e o mercado relevante*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 99.

336 Recurso especial 151409/SP. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJU 29 mar 1999; REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, pp. 411-412.

diz com a sua capacidade de se auto-sustentarem independentemente de financiamentos provenientes de terceiros.

Quanto mais independentes forem das receitas provenientes de anunciantes ou de direitos autorais ou de assinantes, maiores serão as possibilidades de tais empresas influírem na configuração das relações que se travam no meio (ou nos meios) em que operam.

Esta capacidade se pode verificar, por exemplo, quando existe a possibilidade de se migrar de uma atividade menos lucrativa para uma mais lucrativa ou quando uma possa auxiliar na promoção da outra.

Esta situação de prática independência se verifica de modo mais evidente quando ocorre a denominada “propriedade cruzada”, em que não há apenas a concentração horizontal como também a vertical³³⁷.

Note-se, ainda, que há uma tendência de se supor que, já estando concentrado o mercado, uma vez que não haja um acréscimo significativo, não haverá como se ter a operação de concentração como abusiva.

Embora não caiba o apriorismo nesta caracterização – do uso ou abuso do expediente concentracionista –, importa salientar que está pressuposto um caráter estático neste campo.

Ignora-se que o poderio das empresas pode assumir o denominado “efeito de monopólio” independentemente de se verificar, na aparência, o estabelecimento da situação monopolística ou oligopolística³³⁸.

Situação de fato que, entretanto, sempre se tomou em consideração para efeitos trabalhistas – confira-se a Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 2º, § 2º-, independentemente da própria formalização em cartório: “pode-se acolher a existência do grupo, desde que emergjam evidências probatórias de que estão presentes os elementos de integração interempresarial de que falam os mencionados preceitos da CLT e da Lei do Trabalho Rural”³³⁹.

A formalização, como se sabe, tem como objetivo permitir o controle da regularidade, ante o potencial destrutivo da concorrência pressuposto em cada ato

337 FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 193-4; LOPES, Vera Maria Nusdeo. O direito à informação e as concessões de rádio e televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 256-258; SCORSIM, Ericson Meister. TV digital e comunicação social – aspectos regulatórios. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 318-320; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser & CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Sociedade da informação: limites e possibilidades das redes sociais. In: CONGRESSO DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 20º. Anais. Vitória: 2011, pp. 12.-14.

338 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de Direito Econômico. 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 303.

339 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 398.

de concentração³⁴⁰.

Entretanto, mesmo não formalizada, a concentração pode ser identificada pelos seus efeitos, e é precisamente nestes casos que se há de presumir o efetivo perigo de instauração das situações prosritas tanto pelo § 4º do artigo 173 quanto pelo § 5º do artigo 220 da Constituição Federal.

A reconstituição de tais efeitos presume-se passível de se realizar perante um órgão de defesa da concorrência, como, perante o direito positivo dos EUA tem sido realizada pela FTC e pela FCC e perante o direito positivo italiano pela Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato³⁴¹.

Quanto ao aspecto extra-econômico da previsão posta no § 5º do artigo 220 da Constituição Federal, o dado de constituir uma externalidade não faz com que, peremptoriamente, se possa afirmar a sua irrelevância para a concorrência, uma vez que, dentre as “falhas de mercado”³⁴², tem sido chamada a atenção para a “assimetria de informações”, que tenderia a se acentuar, caso os dados a informarem as decisões dos agentes econômicos somente tivessem a oportunidade de vir a público na medida dos interesses de um ou alguns poucos detentores do conhecimento destes dados³⁴³.

Embora, aparentemente, não ultrapasse o domínio das proposições evidentes por si mesmas a constatação de que não se pode converter a informação de interesse público em propriedade exclusiva de quem a detenha³⁴⁴, é de se ter presente que ela se justifica diante do dado de realidade da impossibilidade prática da eliminação total da assimetria de informações, quando nada, pela própria existência – com franca tutela jurídica – do segredo da empresa³⁴⁵, consensualmente considerado como alma e arma do negócio³⁴⁶, integrante da “universalidade” tradicionalmente

340 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 615.628/DF. Relator: Min. Herman Benjamin. DJ-e 4 maio 2011.

341 ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. A regulamentação concorrencial dos meios de comunicação. In: CONGRESSO DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 20º. Anais. Vitória: 2011, p. 3.325.

342 FORGIONI, Paula Andréa. A evolução do direito comercial brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 223.

343 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Fundamentos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 514; MENEGAZZI, Piero Rosa. A efetividade do direito à informação no meio ambiente do trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p. 9; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser & BUBLITZ, Michelle Dias. Sociedade da informação e a pessoa no “presente” – no trabalho e no lazer. In: CONGRESSO DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 20º. Anais. Vitória: 2011, p. 3.527.

344 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 53.

345 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar 13.103/SP. Relator: Min. Herman Benjamin. DJU 14 ago 2007.

346 BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 244.

conhecida como “fundo de comércio”.

O pluralismo, aqui, também se instrumentalizaria, economicamente, no sentido de dificultar a utilização de um conhecimento desigual das informações para o fim de propiciar o domínio de mercado, bem como para assegurar a liberdade dos profissionais produtores de conteúdo³⁴⁷.

É de se notar que, das decisões referidas ao longo do texto, a única que realmente tangenciou este aspecto foi a da autoridade peninsular, transcrita no início.

É de se advertir, contudo, que o aludido pluralismo, embora salutar e, mesmo, posto como meta, pode ter como efeito colateral – “externalidade negativa” – o estabelecimento de uma concorrência em tal intensidade que, no que diz respeito especificamente à oferta de informação, reduzir-se cada vez mais a possibilidade de se investigar a veracidade do que venha ao conhecimento de quem a veicula, repercutindo nas decisões – inclusive econômicas – que em função dela se tomarão³⁴⁸.

Importa, também, ter presente o dado de que não se pode confundir a exploração de meios físicos de comunicação, que se veiculam por um produto industrial corporificado – quais sejam, os impressos – com a exploração do espectro eletromagnético, bem público, cujo uso é passível de delegação, para fazer chegar ao conhecimento de quem quer que tenha um aparelho receptor a mensagem que se desejar veicular³⁴⁹.

O modo da exploração é diverso, e o universo dos possíveis atingidos também³⁵⁰.

Eis o porquê de não parecer satisfatória a análise sumária levada a cabo, por exemplo, no caso da Rádio Itapema FM, de São Paulo: não basta a existência de uma multiplicidade de estações de rádio, se esta multiplicidade é meramente aparente, havendo, em realidade, unidade de ação em um determinado sentido³⁵¹.

A multiplicidade, em si e por si, viria como um meio de se mitigar a dependência dos anunciantes em relação à oferta de espaços, mas não se mostraria suficiente em relação aos destinatários tanto dos produtos como dos serviços.

Para se construir uma solução que se mostre adequada, é necessário revisi-

347 SIERVO, Ugo de. *Stampa (Diritto Pubblico)*. In: PLURES. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1990, v. 43, p. 628.

348 FERNANDES, Stanley Botti. *A verdade midiática e a verdade judicial*. In: ENCONTRO DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 19º. Anais. Fortaleza: 2010, p. 4.020; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Os meios de comunicação no Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 76.

349 SANDULLI, Maria Alessandra. *Radioaudizioni e televisione*. In: PLURES. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, v. 38, pp. 200-201.

350 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. 2, p. 101.

351 COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial – estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 277-278.

tarmos as teorias das necessidades e dos bens.

Qual o tipo de necessidade que se pretende atender mediante a utilização de bens simbólicos? É necessidade “natural”, “espontânea”, “originária”, ou “artificial”, “derivada”? É necessidade “rígida” ou “elástica”? Qual o grau de sua essencialidade? Será “essencial”, “não-essencial” *stricto sensu* ou “suntuária”?³⁵²

Não se pode esquecer que as próprias carências vêm a sofrer gradações em suas intensidades e na respectiva escala de prioridades, como é sobejamente conhecido.

Quanto mais essencial uma necessidade, menos importância tem o fator preço para a mensuração do poder econômico de um produtor de bens simbólicos.

Os desequilíbrios de mercado, aqui, serão identificados muito menos pelas variações de preços e muito mais pela capacidade de influenciar um número maior de leitores ou ouvintes ou telespectadores.

Deve-se notar, outrossim, que o próprio caráter da necessidade pode sofrer modificações a partir da atuação do produtor de bens simbólicos.

Também o deflagrar do surgimento de necessidades muito tem que ver com a atuação destes agentes.

Conceitos como o de “procura viscosa” – o fenômeno que se traduz por existirem determinados consumidores cativos de certo ofertante - e “linhas de preferência” tornam-se indispensáveis, aqui, para a verificação do modo como o poder econômico estaria a ser exercido neste campo, se de modo regular ou abusivo.

É a partir da teoria das necessidades que se coloca a pergunta acerca do que torna tal ou qual bem simbólico apto a levar o receptor a reiterar a procura por ele, em detrimento de qualquer outro da mesma espécie ou de espécies diferentes, mas aptos, de qualquer sorte, em tese, a satisfazerem em igual ou superior intensidade a uma mesma necessidade.

Pareceria que a jurisprudência se teria aproximado desta consideração no que tange à tomada como ponto para a determinação do mercado relevante a preocupação majoritária dos jornais em versarem matérias do maior interesse do público local, não fosse a constatação de que o denominado “princípio da soberania do consumidor” estaria, modo certo, sendo invocado aqui, como pressuposto, aliás, em

352 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico e Economia Política. Belo Horizonte: Prisma, 1970, v. 1, p. 210-214; NUSDEO, Fábio. Curso de economia política – introdução ao Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25-6; ROSETTI, José Paschoal. Introdução à economia. São Paulo: Atlas, 1971, p. 84; VEBLEN, Thorstein. A teoria da classe ociosa. Trad. Olívia Krahenbühl. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 16; SIMCH, Francisco Rodolfo. Economia social. Porto Alegre: Globo, 1912, p. 3; SAMUELSON, Paul A. Introdução à análise econômica. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Agir, 1966, v. 1, p. 158; BARRE, Raymond. Manual de economia política. Trad. Pierre Santos. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1970, v. 1, p. 20-1; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Economia política para o curso de Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 19-20.

muitas das análises do fenômeno concorrencial.

“Princípio”, este, seguidamente infirmado pela própria existência da atividade de publicidade comercial, dado que seu objetivo é induzir comportamentos para que os indivíduos venham a adquirir ou utilizar determinados bens ou serviços³⁵³.

De outra parte, cabe a pergunta acerca da natureza dos bens simbólicos.

É importante não confundir o suporte físico do bem com o bem em si.

Com efeito, há o suporte corpóreo dos impressos, dos sons e das imagens, mas estes são tomados em consideração meramente como meios para se acessarem os bens simbólicos, que têm caráter incorpóreo.

Embora não se esteja a trabalhar, aqui, com o conceito de “escassez”, no que tange, por exemplo, ao bem “informação”, há a questão do problema da acessibilidade.

Não resta a menor dúvida de que a maior pujança financeira, em regra, reduz as dificuldades de acesso aos insumos necessários à respectiva produção.

É de se notar, outrossim, que o regime jurídico de tais bens admitirá ou não a sua livre reproduzibilidade.

Quando sobre tais bens vêm a incidir regimes de monopólio, como é o caso do direito de autor e da propriedade industrial³⁵⁴, tem-se uma forte restrição que irá, sem sombra de dúvidas, influenciar na própria acessibilidade de tais bens, afetando, inclusive, o respectivo valor.

No que tange ao “entretenimento”, os direitos autorais vêm a assegurar fonte de receita ao lado da decorrente dos anúncios, o que não ocorre em relação à informação.

Note-se que o esquadramento das particularidades tanto das necessidades que se pretende satisfazer quanto da natureza dos bens ofertados vai permitir ao intérprete identificar as características comuns a todos os elementos deste setor e, conseqüentemente, a identificar os termos em que se colocam as relações de poder econômico neste campo, para se ter uma adequada forma de concretizar o projeto posto pela Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto quanto foi possível perceber, a especificidade do mercado de bens simbólicos impõe o debate de determinadas características que se julgavam presen-

353 FUSI, Maurizio. La comunicazione pubblicitaria Nei suoi aspetti giuridici. Milano: Giuffrè, 1970, p. 8; ESTRELLA, Hernani. Curso de Direito Comercial. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973, p. 196.

354 CHAVES, Antonio. Evolução da propriedade intelectual no Brasil. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 81, n. 685, p. 241, nov 1992; DUVAL, Hermano. Concorrência desleal. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 261; SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 72.

tes em todo e qualquer mercado e não próprias de determinados mercados.

Critérios que se entendiam aplicáveis a toda e qualquer relação que se trava no ambiente mercadológico passam, em virtude das características dos bens e das necessidades que se voltam a atender, bem como pelo modo da respectiva fruição, vêm a ter a sua aplicabilidade generalizada também como submetida a discussão, exigindo a elaboração de outros mais adequados à identificação das relações de poder neste campo.

De outra parte, as próprias características de cada uma das subdivisões do mercado de bens simbólicos, especialmente no que toca à comunicação social, vêm a se colocar como uma dificuldade a ser superada na identificação de critérios gerais que a ele possam ser adequadamente aplicáveis.