



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA

Nota Técnica n.º /2005/SDE/DPDE/CGAJ

Data: 16 de novembro de 2005

Protocolado: 08012.005335/2002-67

Natureza: Averiguação Preliminar

Representantes: Editora Nova Atenas Ltda. e Ponto da Arte Editora Ltda.

Advogado: Fernanda da Cunha Paranhos e outros

Representada: Ediouro Publicações S/A

Advogado: Darwin Corrêa e outros

Assunto: Abuso de poder econômico

Senhora Diretora,

I. RELATÓRIO

1. Em 05.08.2002, foi encaminhada representação a esta SDE, por parte da Editora Nova Atenas, contra Ediouro Publicações S/A, versando sobre possível infração contra a ordem econômica.
2. Informa a Representante que foi constituída em dezembro de 2000, com o objetivo de publicar e comercializar revistas de entretenimento, do tipo passatempos, palavras cruzadas, criptogramas e caça palavras.
3. Informa que o mercado de revista de entretenimento movimentava cerca de R\$ 35.000.000,00 por ano e é dominado pela Representada, EDIOURO. Informa ainda que investiu em planejamento e desenvolvimento de seus produtos, na tentativa de arrecadar parte considerável deste mercado, razão pela qual, de acordo com a Representante, a EDIOURO iniciou sua política ameaçadora.
4. Segundo a Representante, tudo começou com uma notificação extrajudicial, na qual a Representada dizia estar disposta a adotar medidas judiciais se a Representante introduzisse seus

exemplares no mercado, já que estes teriam conteúdo e características idênticas às suas revistas de entretenimento. Além disso, alegou que a EDIOURO era titular das marcas registradas “cripto”, “caça-palavra”, “pega”, “super desafio”, “Passatempos evangélicos”, “super fácil”, “grande titã”, “picolé cruzadinha”, “ouro dólar”, “TV sucesso”, dentre outras.

5. Ainda com relação à notificação, a Representada aduziu que a publicação da Representante seria editada com possível utilização de informações privilegiadas e confidenciais, objeto de segredo de negócios, a que tiveram acesso por meio de funcionários da Ediouro, que foram dispensados, o que constituiria crime de concorrência desleal, na forma do artigo 195, inciso XI, da Lei de Propriedade Intelectual.
6. A Representante, por sua vez, contra-notificou a Representada informando que era detentora de direitos autorais da marca que utilizava, ENIGMA, e que estaria fazendo uso somente desta. Quanto ao estilo, a Representante informou que a revista de passatempos ENIGMA tinha estilo e layout distintos.
7. Informou ainda que a Representada é reincidente na tentativa de intimidar suas concorrentes a não editarem revistas semelhantes às suas. Como prova disto, anexou sentença proferida pelo MM. Juízo da 26^a Vara Criminal do Rio de Janeiro, no processo ajuizado pela EDIOURO contra os Senhores Hercílio de Lourenzi (diretor presidente da editora ESCALA e da editora HEAVY METAL) e Wilson Benvenuto (ex funcionário da Representada, e atual funcionário da empresa ESCALA), na qual o juiz decidiu ser infundada a queixa com base nos artigos 189, I, 195, III e XI, ambos da lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial). Afirma o MM. Juízo, *in verbis* (Fls. 64):

“A nós parece que foi isso. A empresa Querelante [EDIOURO] não aceitou uma concorrência que lhe ameaçasse nos domínios que exercia desde os idos de 1970, repartindo um negócio que chega a envolver, segundo noticiado pela imprensa, a venda mensal de até dois milhões de exemplares (fls. 267).”

8. Segundo a Representante, em decorrência desta decisão, a EDIOURO formalizou acordo com a empresa HEAVY METAL, no qual arcou com pagamento de expressiva quantia a título de indenização por perdas e danos, enquanto esta se obrigou a não mais produzir as revistas passatempos, como se verifica, *in verbis* (doc. 05):

“As CONTRATANTES, com fundamento nos artigos 1.025 e ss., Código Civil, concordam em remediar e terminar o litígio instaurado perante o Juízo de Direito da 9^a Vara Cível, nas Ações Cautelares e Ordinárias referidas no item 8 da cláusula 3, assim como a

Queixa – Crime oferecida pela EDIOURO em face de Hercílio de Lourenzi perante o Juízo de Direito da 26ª Vara Criminal e outra ajuizada pela EDITORA ESCALA LTDA. contra Jorge Rodrigues Carneiro, Marco Antônio Carneiro, Irina Gertum Carneiro, Elizabete Carneiro Floris perante o Juízo de Direito da 14ª Vara Criminal, acertam transacionar para prevenir e evitar futuras disputas as quais, por alguma forma, possam afetar o relacionamento comercial entre elas, CONTRATANTES, salvaguardando princípios eqüitativos de concorrência.

SEGUNDA: obrigações recíprocas.

As revistas de divertimento, assim entendidas as publicações de palavras cruzadas, caça-palavras e criptogramas, inclusive as palavras cruzadas “diretas”, objeto da patente registrada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI pela EDIOURO (...), que sejam atualmente produzidas pela ESCALA e HEAVY METAL, serão a partir da data desta transação, publicadas e comercializadas, **exclusivamente, pela EDIOURO.** (grifei)
(...)

A EDIOURO pagará a ESCALA e HEAVY METAL, a título de reembolso pelas despesas por estas havidas até este momento com a produção de revistas de divertimento cuja publicação foi suspensa nos termos da decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Cível, nos autos das Ações Cautelares referidas na Cláusula Primeira, item 1, *supra*, na proporção de metade para cada uma, as quantias mensais abaixo indicadas:

a. de abril até setembro de 2001: **R\$ 100.000,00 por mês;**
b. de outubro de 2001 até junho de 2002: **R\$ 75.000,00 por mês;**
c. de julho de 2002 em diante: **R\$ 20.000,00 por mês ajustados anualmente pelo IGPM.”**

9. A EDIOURO também respondeu uma queixa-crime, ajuizada por SR3 Editora, perante o juízo da 1ª Vara Criminal de Jabaquara,

Estado de São Paulo, por veicular em suas revistas passatempos advertência de registro de marca da expressão “PASSATEMPO”.

10. O Laudo pericial foi no sentido de não existir nenhum registro para a expressão “Passatempo”, já que esta é de domínio público. A Representante acredita que a EDIOURO poderia ter sido inclusa no art.195, XIII, da Lei 9.279/96, mas a sentença não foi proferida, pois as empresas envolvidas no litígio firmaram acordo no mesmo sentido daquele firmado anteriormente, no qual ela deteria a exclusividade na publicação e comercialização das revistas de divertimento, em troca do pagamento de indenização.
11. Informa que atitudes semelhantes também teriam sido utilizadas contra outras concorrentes, tais como a RG SANTORO.
12. A Representante alega que a Representada, por vias transversas, obrigou a distribuidora das revistas, DINAP, a romper o contrato anteriormente firmado, para que a primeira ficasse sem condições de escoar suas publicações. De acordo com a Representante, isto ocorreu porque a DINAP é a empresa distribuidora da EDIOURO em todo o Brasil, e não poderia perder seu maior cliente. Por isso sucumbiu à pressão feita pela Representada, vindo a romper contrato 15 dias após o lançamento das revistas (fls. 168 a 181).
13. Não tendo como distribuir suas revistas, a Representante paralisou completamente suas atividades.
14. Por fim, requereu perante esta SDE a instauração de Processo Administrativo contra a EDIOURO para apurar as condutas ora descritas, bem como requereu a oitiva das seguintes pessoas: José Eud Antunes – Diretor comercial da DINAP, Laércio Anésio Ribeiro, Giovanni Santoro, Fernando Mathias – Diretor comercial da DINAP na filial do Rio de Janeiro, Renato Pereira Santana – Sócio da Representante.
15. Em 30/08/2002, a EDIOURO protocolizou manifestação alegando que tomou conhecimento da instauração da representação contra si, não tendo sido notificada, desconhecendo também a instauração de Processo Administrativo.
16. Afirma que a empresa é atuante há mais de 63 anos no mercado editorial, possuindo 450 funcionários, sendo empresa totalmente idônea.
17. Por tais características, a empresa se coloca à disposição desta Secretaria para quaisquer esclarecimentos, requerendo para isto a instauração de averiguações preliminares, em caráter sigiloso.
18. Em 23/09/2002, a EDIOURO protocolizou manifestação alegando o que segue:
 - que atua hoje no mercado de passatempos e palavras cruzadas, juntamente com um número expressivo de concorrentes;¹

¹ Acosta exemplares de 8 concorrentes, a saber: Gryphos, da Editora Litterae; High Cruzadas, da editora RT Edições; Talento, da Edigrama S.A.; A Recreativa QI, da A Recreativa Ltda.; Lei Cruzada, da Editora Ruiz; Enigmística, da Labirinto Publicações; Caras Lazer, Editora Abril e finalmente, Enigma, da RG Santoro, a própria Representada. Além de revistas de entretenimento infantil.

- que as ações judiciais apontadas pela Representante, envolveram acirrada discussão entre as partes sobre o uso indevido dos segredos de fábrica e de negócio. Uma vez tendo ficado reconhecido que foi o uso indevido destes segredos, transigiram as partes, evitando os riscos inerentes a qualquer ação judicial;
 - que as transações assinadas não vedam a continuidade da edição de passatempos por terceiros;
 - que a transação acordada com a Escala e Heavy Metal, empresas do mesmo grupo, possibilitou a Ediouro, o lançamento de seu produto TV Extra, sendo que os anúncios de lançamento e divulgação foram efetuados na revista da Editora Escala, ou seja, os pagamentos efetuados foram pagamentos em propaganda e marketing;²
 - que a alegada perseguição contra a editora RG Santoro, trata-se de processo judicial legitimamente instaurado, por uso indevido de marca ainda em trâmite;
 - que a alegação da Representante de que estaria afastada do mercado não corresponde com a realidade. Acosta os produtos obtidos no mercado, com a devida nota fiscal de compra, correspondendo a início do mês de setembro de 2002; e
 - requer que as Averiguações sejam desenvolvidas em caráter sigiloso para preservação da imagem da empresa.
19. Por último, requer a continuidade da presente Averiguação Preliminar, para que ao fim de sua instrução seja esta arquivada.
 20. Conforme Nota Técnica (fls. 294/303) que entendeu haver indícios de infração à Ordem Econômica, em 25/11/2002, foi instaurada Averiguação Preliminar, nos termos do Despacho do então Secretário de Direito Econômico.
 21. Devidamente notificada, em 03 de fevereiro de 2003, a Representada apresentou esclarecimentos, aduzindo em síntese:
 - “os acordos firmados pela Ediouro, tiveram como causa comum a proteção da ora Representada contra a concorrência desleal, nos termos da Lei de Propriedade Intelectual (Lei nº 9.279/96). As respectivas demandas cíveis e criminais terminaram mediante transações judiciais, com concessões recíprocas das partes envolvidas. Não houve em tais acordos, qualquer repercussão negativa no âmbito da Lei Antitruste;”
 - “o ‘Instrumento Particular de Transação e Outros Pactos’ (fls. 80/97), firmado em 05 de abril de 2001, entre Ediouro Publicações S/A, Editora Escala Ltda., Heavy Metal Editora,

² Acostam revista da Editora Escala com a publicação de propaganda de revista da editora Ediouro.

Importadora e Exportadora Ltda., teve por objeto remediar e terminar demandas judiciais legítimas de aplicação da Lei nº 9.279/96 promovidas pela Ediouro em face das referidas editoras e seus administradores. O mesmo acordo também levou a termo a ação penal privada promovida pela Escala em face de administradores da Ediouro;”

- os dispositivos do instrumento firmado “não impedem a publicação de revistas de entretenimento concorrentes como palavras cruzadas ou outras pela Escala e a Heavy Metal, desde que, obviamente, não se valham de expedientes vedados pela Lei de Propriedade Intelectual, tratados justamente no acordo, e que eram o centro do litígio judicial entre as partes contratantes;”

- os acordos firmados “foram o resultado de acirradas discussões entre as respectivas partes, envolvendo a aplicação da Lei de Propriedade Intelectual, notadamente o uso indevido de marca, segredos de fábrica e de negócio, em relação as quais as partes houveram por bem transigir, evitando os riscos inerentes às ações judiciais;”

- “a Ediouro possui no mercado concorrentes contra os quais jamais se envolveu em qualquer litígio, justamente porque tais empresas não se enveredaram pelo caminho da concorrência desleal;”³

- “a demanda judicial promovida pela Ediouro em face da editora R.G. Santoro destinou-se a remediar um caso típico de concorrência desleal. Ao contrário de ilustrar um caso de prática exclusionária por parte da Ediouro, como pretende a Nova Atenas em sua fantasiosa Representação, o caso em questão é representativo de uma ação oportunista criminosa da qual a Ediouro com freqüência é vítima;”

- “a publicação ‘Mania’, da R.G. Santoro, constitui uma verdadeira cópia do formato, da diagramação, *layout*, além de envolver a apropriação indevida das marcas “Caça”, “Cruzadas” e “Diretas”, registradas pela Ediouro junto ao INPI;”⁴

- “as notificações extrajudiciais expedidas pela Ediouro à Representante (fls. 15 e ss), e às distribuidoras DINAP e Fernando Chinaglia, possuíram um conteúdo estritamente voltado ao **resguardo de direitos**, *in casu* direitos de propriedade intelectual da ora Representada. E a motivação dessa providência por parte

³ Menciona a publicação “A Recreativa”, revista concorrente de palavras cruzadas que, segundo a Representada, pertence a editora mais antiga do que a Ediouro, e que **existe há mais de 40 anos**. E ainda, a publicação “Genial”, da Editora Litterae. Informa ainda que ambas são distribuídas pela segunda maior distribuidora de revistas do país, a Fernando Chinaglia Distribuidora S/A.

⁴ Para corroborar a presente informação, anexou cópias do Laudo Pericial e do Laudo Pericial Complementar, apresentados pelo Perito do Juízo da 8ª Vara Empresarial de Falências e Concordatas do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do Processo 2002.001.027094-5. Em resposta ao quesito nº 3, o Sr. Perito informa que “... . A circunstância das revistas estarem juntas, numa mesma linha de exposição, poderia, sem dúvida, causar confusão ao adquirente no momento da compra, confundindo os dois produtos face, principalmente, às semelhanças dos ‘layouts’ das capas dos produtos”.

da Ediouro foi a suspeita, que posteriormente acabou se confirmando, do envolvimento de “*ex- funcionários da notificante, recentemente dispensados*” (fl. 16) com a Nova Atenas, nomeadamente um **ex-gerente comercial** da Representada, Sr. Laecio Anésio Ribeiro, dispensado em 25.07.2001, no projeto de lançamento da publicação “Enigma”. Portanto, a notificação da Ediouro foi eminentemente preventiva, e poderia inclusive ter sido promovida na esfera judicial, conforme lhe assegura a Lei (CPC, art. 867);”

- “nas citadas notificações, a Ediouro esclarece a respeito das marcas de sua titularidade, relacionadas à linha “Coquetel”, devidamente registrada junto ao INPI, assim como dos direitos autorais relativos às publicações Família Animação, Família Cata, Família Cripto, Família Desafio, Família Evangélico, Família Fácil, Família Grande, Família Letrão, Família Picolé, Família Ouro e Família TV;”

- **“uma notificação para resguardo de direitos não materializa nenhum tipo infringente sob a Lei Antitruste.** Ao contrário, trata-se do esforço lícito de um agente econômico em se resguardar contra possíveis práticas de *free riding*;”

- informou que a Ediouro não exerceu qualquer pressão ou prática equivalente a fim de que a DINAP rompesse seu contrato com a Representante. Informou ainda que a Nova Atenas não ofereceu qualquer evidência de que tal pressão por parte da Ediouro tenha existido, mesmo porque, sequer haveria capacidade de a Representada, em termos econômicos, exercer a referida conduta, dada, por exemplo, sua pouca relevância no faturamento da DINAP;

- “a Ediouro enfrenta concorrência no seu mercado de atuação, fazendo prova disso a relação acostada à presente petição (Anexo VI) que discrimina, por Editora, os lançamentos efetuados pela distribuidora Fernando Chinaglia no período de 1997 a 2002”. Assim, aduz que não é a única editora de revistas de entretenimento a se valer da malha de uma distribuidora nacional, não se afigurando razoável supor, em uma análise antitruste minimamente criteriosa, que existam vedações ao uso dessas redes de distribuição por empresas concorrentes, ainda mais por imposição de um terceiro agente, no caso a Representada;

- “É de se notar o grande número de lançamentos esporádicos, realizados por editoras que podem ser qualificadas como **‘entrantes não comprometidos’** nesse mercado. Isso se dá porque é alta a substituição de revistas de entretenimento pelo lado da oferta. De fato, um editor já instalado no mercado editorial tem custos de entrada bastante reduzidos para ingresso no segmento de palavras cruzadas, que não exige, *v.g.*, qualquer conhecimento industrial ou tecnológico de domínio restrito. Serve de exemplo de atuação recente de entrante não comprometido a Revista Caras, que há pouco lançou o volume dois de uma edição especial de palavras cruzadas, e o da Revista Viva Mais, com um

encarte de palavras cruzadas. É de se destacar que são ambas do Grupo Abril, e distribuídas pela DINAP;”⁵

- a DINAP, além do substancial rol de revistas do Grupo Abril, o maior do país, opera com cerca de **60 (sessenta) editoras**, enquanto que a Fernando Chinaglia atua com aproximadamente **150 (cento e cinquenta) editoras**. A Ediouro, cujas revistas de entretenimento são distribuídas por ambas distribuidoras, corresponde certamente a uma parcela irrelevante dos faturamentos dessas distribuidoras, razão pela qual não se justificaria qualquer tratamento comercial preferencial à Ediouro. Acrescente-se o segmento de livros da Ediouro, que responde pela maior parcela de seu faturamento, não é distribuído por essas citadas distribuidoras;

- existem diversas estratégias de distribuição de revistas que não apenas as que envolvem as duas distribuidoras mencionadas pela Representante. Com efeito, se por um lado as duas únicas distribuidoras de revistas com penetração nacional são a DINAP (Grupo Abril) e a Fernando Chinaglia (Independente), de outro é importante registrar um “detalhe esquecido” pela Representante, o de que “existem várias distribuidoras com atuação regional, nos diversos estados da federação, capazes de viabilizar uma entrada competitiva no mercado de revistas de entretenimento. Serve de exemplo o Jornal esportivo ‘Lance’, que tem penetração nacional e adota como estratégia o uso de distribuidores regionais”; (grifamos)

- “existem basicamente dois aspectos fundamentais para caracterizar uma infração antitruste: a capacidade do agente acusado em levar adiante tal conduta e os incentivos que tal agente possui para fazê-la”;

- no que se refere à capacidade do agente em levar adiante as condutas infringentes que lhe são imputadas, ressalta que “o mercado de publicações de entretenimento é extremamente competitivo. Isso porque sofre pressão concorrencial não só dos (a) competidores instalados, como *v.g.*, nos casos das editoras Recreativa (“A Recreativa”), há mais de 40 anos no mercado, como dito, da Pescaria Editora (“Pesca Tempo”), e da publicação “Genial”, da Editora Litterae, mas ainda dos entrantes não comprometidos e das diversas publicações estritamente diversas destinadas ao entretenimento;”

- quanto aos incentivos, aduz que “as barreiras à entrada nesse mercado não são relevantes, o que atua negativamente no incentivo de uma editora instalada em pretender exercer poder de mercado junto às distribuidoras. Inexistem barreiras institucionais ao ingresso no mercado, assim como conhecimento industrial ou tecnológico de domínio restrito; as publicações podem ser impressas em estruturas gráficas relativamente simples, terceirizadas, e podem ainda ser distribuídas por distribuidores com atuação nacional ou regional, conforme a estratégia pretendida pelo editor”; e por fim,

⁵ Anexou exemplares das referidas revistas, constantes nos autos às fls. 425/426.

• “com respeito à distribuição, não se pode deixar de acrescentar a informação de que **não existem no mercado acordos de exclusividade de distribuição** que impeçam um distribuidor concorrente de ingressar no canal de qualquer das duas principais distribuidoras de alcance nacional, o mesmo podendo ser estendido às distribuidoras regionais.”

22. Em 13/05/2003, a Representada encaminhou a esta SDE cópia da sentença proferida pelo Juízo de Direito da Oitava Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro (fls. 434/450), que pôs fim ao litígio, julgando procedente as ações cautelar e ordinária promovida pela Ediouro em face da editora R.G. Santoro.⁶
23. Às fls. 457/458, este DPDE encaminhou Ofício à Distribuidora DINAP questionando se a referida distribuidora promoveu a distribuição das revistas da empresa Nova Atenas, solicitando que indicasse o produto distribuído, o período de duração do contrato e as condições de distribuição. Questionou ainda, se a referida distribuidora tem conhecimento de quaisquer condutas praticadas pela Ediouro no sentido de restringir a atuação de sua concorrente, a editora Nova Atenas.
24. Às fls. 465/466, a DINAP apresentou resposta ao Ofício encaminhado no qual informou:

(i) que comercializou as publicações da Nova Atenas no período de 15/08/2001 a 05/11/2001. Os títulos comercializados eram: Multipalavras Plutão, Simbolograma Mercúrio, Cruzadas Marte, Multipalavras Terra e Simbolograma Vênus. A DINAP distribuía os títulos acima, a todo Brasil, por conta e ordem da Nova Atenas recebendo por esta distribuição porcentagem da venda realizada;

(ii) a DINAP desconhece qualquer conduta da Ediouro no sentido mencionado na questão; e

(iii) “ao rescindir o contrato com a Nova Atenas, utilizou-se de prerrogativa ali prevista na cláusula 13^a, qual seja, que o contrato poderia ser rescindido com 60 (sessenta) dias de antecedência, imotivadamente. O rompimento se deu tendo em vista os maus resultados das vendas. Como a DINAP recebia como retribuição pela distribuição em todo Brasil e posterior recolhimento uma porcentagem das vendas realizadas, viu-se impedida de continuar a proceder esta distribuição, tendo em vista que os valores que

⁶ Vale destacar os seguintes trechos da sentença proferida pelo referido Juízo: “Dessa maneira, dúvidas não pairam sobre o comportamento ilícito da ré. Diferentemente do que alegou, as autoras não visam à aniquilação de qualquer tipo de concorrência, mas somente daquela desleal, que possa trazer sérios danos a sua empresa.

Em nenhum momento, as autoras negaram o direito de outras publicações utilizarem-se daquilo que é de sua criação, qual seja, o método de palavras cruzadas DIRETAS; todavia, tal uso deve ser feito de modo a não levar os consumidores a erro, o que acarretaria prejuízos, uma vez que os consumidores levariam uma revista por outra.

Situação pior seria a ré beneficiar-se de caracteres específicos tradicionalmente elaborados pelas autoras, até chegarem na atual estruturação, que inclui desde o formato até as técnicas de venda. Tal prática seria consumada caso a ré continuasse a comercializar as revistas ‘Símbolo Mania’, ‘Caça Mania’, ‘Diretas Mania’ e ‘Cruzadas Mania’.”

percebia não pagavam seus custos, tornando o negócio inviável. Neste sentido, infundada a alegação da Nova Atenas de que a DINAP teria cedido a apelos da Ediouro para proceder à rescisão do contrato”.

25. Às fls. 468/469, este DPDE encaminhou Ofício à ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE REVISTAS – ANER, informando sobre os fatos investigados na averiguação promovida a partir da denúncia apresentada pela Editora Nova Atenas em face da Ediouro e questionando:

- 1) Vossa Senhoria tem conhecimento de algum dos fatos narrados acima?
- 2) O que se entende por revista de “passatempo”? Descrever todos os tipos de revistas e/ou periódicos em geral que concorrem neste mercado.
- 3) Listar quais as publicações atualmente no mercado podem ser consideradas como “passatempo” e suas respectivas editoras.
- 4) Quais as publicações e respectivas editoras que concorrem com a Ediouro no mercado de “passatempo”?
- 5) Qual o volume comercializado por ano das publicações de “passatempo” existentes no mercado? Sabe informar as participações percentuais de cada uma?
- 6) O mercado de “passatempo” pode ser considerado de difícil acesso para novos competidores? Indicar detalhadamente as razões.
- 7) A Ediouro teria poder de mercado suficiente para constranger a Dinap S/A – Distribuidora Nacional de Publicações a romper o contrato de distribuição firmado entre esta e a Nova Atenas ?

26. Às fls. 473/476, a ANER apresentou resposta ao Ofício encaminhado, informando:

- que tomou conhecimento dos fatos objeto da presente Averiguação Preliminar por meio do Ofício encaminhado por esta SDE;
- que são consideradas revistas de passatempo toda e qualquer publicação com atividades tipo jogos, cruzadas, problemas de lógica, caça palavras. Tais revistas são direcionadas a crianças, adolescentes e adultos de todas as classes sociais;
- as editoras que atuam neste mercado trabalham segmentando o público pela idade e sexo;
- no que se refere aos itens 3 e 4 do Ofício, relativos à concorrência enfrentada pela Ediouro no segmento de passatempo, relacionou as seguintes revistas e distribuidoras:

PUBLICAÇÃO	EDITORA	DISTRIB
COQ. CATA PALAVRA	Ediouro Pub. Lazer e Cult Ltda.	DINAP
COQ. BUSCA-PALAVRA	Ediouro Pub. Lazer e Cult Ltda.	DINAP
COQ. CACA-GRILO	Ediouro Pub. Lazer e Cult Ltda.	DINAP
COQ. CATA-MARIPOS	Ediouro Pub. Lazer e Cult Ltda.	DINAP
COQ.CRIPTOMANIA	Ediouro Pub. Lazer e Cult Ltda.	DINAP
COQ.CRIPTOMIX	Ediouro Pub. Lazer e Cult Ltda.	DINAP
COQ. MATA PALAVRA	Ediouro Pub. Lazer e Cult Ltda.	DINAP
COQ.DESAF.CEREBR	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ.DESAF.COBRAO	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. DESAFIO.CUCA	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. FACIL SUAVE	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. FACIL	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. GDE. AQUILES	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. GDE. MIDAS	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ.GRANDE APOLO	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. LETR.VISTA	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. LETRAO OLHO	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. OURO DOLAR	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. OURO REAL	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. OURO. ESCUDO	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. SIMPL. CALOUR	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. SIMPL. INICIA	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. SIMPL. INTELI	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. SIMPL. NOVATO	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. TV ASTROS	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
COQ. TV. SUCESSO	Ediouro Pub. Passat e Mult Ltda.	DINAP
PASSATEMP. SUPER	Editora Globo S/A	DINAP
PASSATEMP. MONICA	Editora Globo S/A	DINAP
VER. PAS. MON. SUPE	Editora Globo S/A	DINAP
V. BRINC. PALAVRAS	Ind. Gráfica Bentivegna Ed. Ltda.	DINAP
NOVATRIX	Nova Sampa Diretriz Ltda.	DINAP
A RECREATIVA	A Recreativa	F.C.
A RECREATIVA QI	A Recreativa	F.C.
A RECREATIVA RELAX	A Recreativa	F.C.
SABATINA	Coge Material Literário Ltda.	F.C.
COQ. NUMEROX	Ediouro Pub. Lazer e Cult Ltda.	F.C.

COQ. PROB. LOGICAS	Ediouro Pub. Lazer e Cult Ltda.	F.C.
DESAFIOS DE LOGICA	Ediouro Pub. Lazer e Cult Ltda.	F.C.
CACA BIBLICO	Ediouro Publicações S/A	F.C.
CACA COLORIDO CACA	Ediouro Publicações S/A	F.C.
CACA PICOLE	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. ACHA-PALAVRA	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. BIBLICO	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. CACA-FORMIGA	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. CATA-GAFANHO	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. CRIP. CRUZADA	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. CRIPTO. JOIA	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. CRIPTOGENIO	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. CRIPTOGRAMA	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. CRUZADAX	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. DOMINOX	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. DUPLEX	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. E SOPA	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. FACIL LEVE	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. GDE. TITA	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. GDE. HERCULES	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. GDE. JUPITER	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. GDE. AJAX	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. LETR. DIFICIL	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. LETR. MASTER	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. MOLEZA	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. OURO CRUZEI	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. OURO LIBRA	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. OURO PESO	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. OURO RUBLO	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. PESCA-PALAV	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. PICOL BACANA	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. PICOL CRUZAD	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. SHOW PASSATE	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. SUPER DESAF	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. SUPER FACIL	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQ. TV VIDEO	Ediouro Publicações S/A	F.C.
COQUETEL SHOW QUIS	Ediouro Publicações S/A	F.C.

CRIPTO COLORIDO CRIPTO	Ediouro Publicações S/A	F.C.
FACIL COLORIDO FACIL	Ediouro Publicações S/A	F.C.
LETRAO COLORIDO LETRAO	Ediouro Publicações S/A	F.C.
PICOLE ESP	Ediouro Publicações S/A	F.C.
PRATA COLORIDO MEDIO	Ediouro Publicações S/A	F.C.
GIRASSOL	Flama	F.C.
GENIAL	Litterae	F.C.
GRYPHOS	Litterae	F.C.
SO CRUZADAS	Litterae	F.C.
SO GRYPHOS	Litterae	F.C.
SO SOPAS	Litterae	F.C.
PAS. MILLENIUM ESCOLAR	Millenium	F.C.
PAS. MILLENIUM QUADRINHOS	Millenium	F.C.
PAS. MILLENIUM	Millenium	F.C.
CD-ROM CRIANÇA, VER.	Moving Imagem	F.C.
PESCA TEMPO BATALHA NAVAL	Pescaria Editora	F.C.
PESCA TEMPO PESCADAS AVA.	Pescaria Editora	F.C.
PESCA TEMPO PESCADAS BAS.	Pescaria Editora	F.C.
PESCA TEMPO PESCADAS INT.	Pescaria Editora	F.C.
PESCA TEMPO VERBETES AVA.	Pescaria Editora	F.C.
PESCA TEMPO VERBETES BAS.	Pescaria Editora	F.C.

- que não está filiada ao IVC – Instituto Verificador de Circulação, razão pela qual, desconhece o valor de faturamento e participação de mercado de cada editora;
- que o mercado brasileiro de revistas atua como qualquer outro mercado, há sempre oportunidade para quem tem conhecimento, competência e verba para investimento;
- que mensalmente são lançados 2110 títulos de revistas, por pequenas, médias e grandes editoras;
- que a DINAP é uma das empresas do Grupo Abril S/A e representa 65% do mercado brasileiro de revistas, trabalhando com alto nível de profissionalismo, respeito e é bem conceituada entre os editores brasileiros. Exemplo disto é que distribui as duas principais rivais semanais do mercado – Época (Globo) e

Veja (Abril) e jamais houve qualquer problema que se tenha conhecimento.

27. Em 19/fevereiro/2004, a empresa PONTO DA ARTE EDITORA LTDA. protocolizou representação em face da Ediouro Publicações S/A. Uma vez que evidenciou tratar-se de fatos semelhantes àqueles apresentados pela Editora Nova Atenas, o Sr. Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos determinou a juntada da representação em tela aos autos da presente Averiguação Preliminar.
28. Às fls. 666/691, a Ediouro reiterou os termos dos esclarecimentos apresentados em 15/agosto/2002, aduzindo que “as imputações apresentadas pela Ponto da Arte são infundadas, ‘requeantadas’, uma vez que não apresentam nenhum fato que não tenha sido irremediavelmente refutado na representação da Nova Atenas, e têm apenas o objetivo de retardar a inevitável conclusão dessa Secretaria quanto à insubsistência de tais imputações”. Porém, ressaltou que:
 - a Ponto Arte é ligada à editora R.G. Santoro, que cometeu práticas de concorrência desleal contra a Ediouro e foi referida na representação da Nova Atenas. Tal informação pode ser inferida do endereço de correio eletrônico da Ponto Arte, indicado na contracapa de suas publicações. Para tanto, anexou exemplar de revista publicada pela Ponto Arte, onde se verifica o endereço eletrônico: pontodaarte@rgsantoro.com.br. Informa ainda que ambas as empresas possuem o mesmo endereço comercial como se verifica das certidões expedidas pela Junta Comercial do Rio de Janeiro (constantes nos autos às fls. 695/696); e
 - em alusão a queixa-crime ajuizada pela R.G. Santoro na 32ª Vara Criminal do Rio de Janeiro em face da Representada, a Ponto Arte teria se “olvidado” de esclarecer que o acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, concedeu Habeas Corpus e determinou o trancamento da Ação Penal Privada movida contra a Ediouro.⁷
29. Às fls. 692/707, a Ediouro anexou diversos exemplares de revistas, dentre outros documentos.
30. Em 20/08/2004, a Editora Nova Atenas protocolizou petição neste Departamento, na qual informa:
 - que apresentou junto ao Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Osasco, nos autos da Ação Ordinária que promove em face da DINAP S/A, petição onde promovia o encarte de disco digital e da transcrição da gravação de um diálogo ocorrido durante um almoço de negócios entre o seu representante legal e o daquela empresa;
 - que também foram juntadas àqueles autos as transcrições que reproduzem os diálogos ocorridos em almoço de negócios entre o

⁷ Cópia de Certidão informando acerca do trancamento da Ação Penal pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro à fl. 704.

representante legal da Nova Atenas e o diretor comercial da Distribuidora Fernando Chinaglia;

- que a juntada do referido disco digital segue orientação Jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que, em recente decisão prolatada pela 3ª Turma, entende que não há ilegalidade ou imoralidade na gravação de conversa própria, mesmo que sem o conhecimento dos demais interlocutores, se esta for utilizada apenas para a reparação de danos morais ou materiais;

31. Às fls. 722/740, verifica-se cópia devidamente protocolizada perante a 7ª Vara Cível da Comarca de Osasco, e transcrições das gravações de conversas com o Sr. **José Eud**, representante da DINAP e com o Sr. **Carlos Henrique**, diretor comercial da Distribuidora Fernando Chinaglia.
32. Às fls. 754/769, a Ediuoro apresentou manifestação na qual aduziu as seguintes preliminares:

1- Falta de Perícia Judicial nos Originais das Gravações e de Transcrições Oficiais - Nulidade da Prova - Desentranhamento.

- Segundo a Ediuoro, a perícia judicial é o único meio legítimo e válido de prova para que se possa assegurar **fática e juridicamente** o seguinte:

(i) que as gravações são autênticas e não foram editadas fraudulentamente;

(ii) que as vozes nelas constantes são realmente das pessoas apontadas pela parte interessada que realizou a gravação, de modo a se ter certeza sobre a identidade dos interlocutores presentes; e

(iii) que as transcrições das gravações são fiéis aos originais e foram feitas na íntegra, sem cortes ou qualquer outra forma de edição ou de manipulação de conteúdo.

2- Cerceamento dos Direitos Constitucionais de Ampla Defesa e do Devido Processo Legal - Nulidade da prova - Desentranhamento.

- Segundo a Ediuoro, em virtude da ausência de perícia judicial das gravações e de transcrições oficiais, e dadas as incertezas sobre o conteúdo das gravações e sobre a verdadeira identidade dos interlocutores envolvidos, a Ediuoro fica cerceada no exercício dos seus direitos constitucionais de ampla defesa, contraditório e do devido processo legal.

3- Inadmissibilidade da prova contra a Representada - Nulidade da Prova - Desentranhamento.

- Alega a Ediuoro que toda e qualquer evidência que possa ser inferida das referidas gravações somente poderia ser admissível, em tese, para uso contra algum dos interlocutores presentes nas gravações. O uso desse meio de prova contra terceiros não participantes da gravação seria antijurídico e imoral, violando o comando geral do art. 332 do CPC;

- “o uso ‘emprestado’ da prova afigura-se ilegal e nulo por violação dos direitos da personalidade, notadamente dos direitos à privacidade, à intimidade e à imagem da parte contra quem a gravação foi feita de forma desleal, sub-reptícia, clandestinamente”.
33. No mérito, aduziu:
- “a Ediouro reserva-se o direito de contestar o mérito de tais gravações se e quando for realizada a necessária prova pericial perante o juízo competente e desde que julgada admissível tal prova contra si. Constranger a ora Representada a se defender de uma prova ilegal é inadmissível e, na ausência da prova pericial em discussão, fulminaria de plena nulidade o presente feito, por violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório;”
 - “é princípio elementar de Direito que não se pode qualificar como ‘pressão’ ou qualquer outra designação que busque refletir a existência de conduta ilícita o **exercício regular de direito.**”
34. Às fls. 774/775 e 776/777, este DPDE encaminhou Ofícios à Distribuidora Fernando Chinaglia e à DINAP, solicitando a estas que apresentassem manifestação acerca da transcrição de gravação de conversa. Solicitou ainda que informassem se distribuem com exclusividade as revistas da Ediouro e, em caso negativo, que informassem os nomes de outras empresas que distribuem tais revistas. Questionou acerca de outras revistas concorrentes da Ediouro e que são por elas distribuídas. Acerca do faturamento das distribuidoras acima nominadas, questionou qual o percentual relativo à distribuição de revistas Ediouro, levando-se em consideração todo o faturamento da distribuidora. Indagou-se, ainda, qual o faturamento obtido com revistas do gênero das editadas pela Ediouro e qual o percentual, nesse gênero, relativo à distribuição de revistas Ediouro.
35. Às fls. 788/789, a Fernando Chinaglia Distribuidora apresentou as seguintes informações:
- a empresa Fernando Chinaglia Distribuidora nada tem a comentar acerca da referida gravação, tendo em vista o decurso de praticamente três anos de sua ocorrência, a impossibilidade de se recuperar o teor do que foi conversado naquela data e, ainda, o total desconhecimento sobre a veracidade da gravação e da respectiva transcrição;
 - que distribui com exclusividade as seguintes revistas do tipo “passatempo” publicadas pela Ediouro: “Caça Colorido”, “Cripto Colorido”, “Criptocruzada”, “Cruzadox”, “Desafios de Lógica”, “Dominox”, “Fácil Colorido”, “Letrão Colorido”, “Numerox” e “Problemas de Lógica”. Outras publicações do mesmo tipo editadas pela Ediouro são distribuídas pela empresa DINAP S/A;
 - além das revistas do tipo “passatempo” editadas pela Ediouro, a Fernando Chinaglia comercializa também publicações editadas pela Editora A Recreativa, denominadas “Palavras Cruzadas A

Recreativa” e publicações editadas pela Editora Van Blad, as quais são denominadas “Palavras Cruzadas Colméia”;

- as revistas do tipo passatempo editadas pela Ediouro representam 2,56% do faturamento da Fernando Chinaglia. Dentro do gênero “passatempo” as publicações Ediouro representam 68% do faturamento da empresa.

36. Às fls. 797/803, a DINAP apresentou as seguintes informações:

- as manifestações do Sr. José Eud porventura realizadas em conversa informal durante almoço são de sua inteira responsabilidade. Elas não refletem, nem representam, em nenhum momento, o entendimento da DINAP. As informações e esclarecimentos prestados pela DINAP, apresentados por seus representantes legais e que devem realmente ser considerados, são aqueles constantes dos documentos que já constavam nesta Averiguação Preliminar;

- a DINAP em momento nenhum sofreu pressão da Ediouro, pois se assim fosse não estaria distribuindo outras revistas deste segmento (entretenimento) que não as da própria Ediouro;

- que distribui revistas concorrentes às da Ediouro. Na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, a DINAP distribui a ‘Sopa de Letras’, da Editora Papini/Editora Tryo (esta em caráter de teste), que é concorrente da Ediouro. Além disso, distribui produtos similares para todo o Brasil, tais como a publicação ‘Nova Trix’, da Editora Nova Sampa Diretriz e a publicação ‘Caras Cruzadas’, da Editora Caras;

- que “produtos similares são distribuídos para todo o Brasil, como por exemplo a publicação ‘Nova Trix’, da Editora Nova Sampa Diretriz, cuja edição nº 1 foi distribuída em maio de 2003 e a publicação ‘Caras Cruzadas’, da Editora Caras, cuja distribuição da nº 1 foi realizada em janeiro de 2002. Tais distribuições, cumpre dizer, permanecem sendo feitas dessa forma até o presente momento”;

- que não distribui com exclusividade as revistas da Ediouro e tampouco é a única distribuidora das publicações dessa editora. Salaria que a Fernando Chinaglia também efetua a distribuição das publicações da Ediouro, tanto no Rio de Janeiro como para o restante do território nacional;

- que a distribuição das revistas da Ediouro representa 5,5% no faturamento total da DINAP e 30% do faturamento obtido com revistas do gênero/segmento;

- a DINAP não representa a única alternativa para que a Nova Atenas distribua seus produtos, sendo que existem outras empresas que seriam perfeitamente capazes de realizar tal serviço. Destacou, ainda, que essa foi a conclusão emitida pelo SBDC na análise do Ato de Concentração 08012.006532/2001-12, que tratou do mercado de distribuição de produtos editoriais;

37. Às fls. 824/828, a Editora Nova Atenas requereu a juntada aos autos dos *Compact Discs* e que foram reconhecidos como

instrumento probatório pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁸.

38. Às fls. 831/838, a Ediouro apresentou manifestação acerca da juntada aos autos dos *Compact Discs* pela Nova Atenas.
39. Em sua manifestação a Ediouro reiterou as preliminares suscitadas na petição protocolizada em 17.09.2004, mencionadas em tópico anterior e, ao final, requereu o desentranhamento dos referidos *Compact Discs*.
40. Às fls. 840/842, este DPDE encaminhou Ofício/Nº 2829/DPDE ao Instituto Verificador de Circulação⁹ no qual questionou, dentre outros, acerca das Editoras que concorrem no mercado de Passatempos, suas participações de mercado, volumes comercializados, quais os distribuidores que atuam no mercado brasileiro.
41. Em resposta apresentada à fl. 844, o IVC informou não ter publicações filiadas do tipo passatempo, e que não tem estudos referentes aos custos e/ou eficiência de empresas de distribuição.
42. Às fls. 849/856, foram encaminhados novos ofícios às distribuidoras Fernando Chinaglia e DINAP.
43. Nos ofícios foi questionado se dentre as publicações editadas pela Ediouro, estas distribuem somente as publicações do tipo “passatempo”. Solicitou-se que informassem os nomes de todas as publicações da Ediouro que são por elas distribuídas e, ainda, que informassem o percentual de vendas de todos os produtos da Ediouro em seus faturamentos.
44. Em 22/julho/2005, a DINAP apresentou as seguintes informações:
 - além das publicações do tipo “passatempo”, distribui outros produtos editados pela Ediouro, que são classificados nas categorias “história em quadrinhos” (HQ)/ “manga” e “atividades”¹⁰;
 - as publicações da Ediouro representam 6% do faturamento da empresa.
45. Em 21/julho/2005, a Fernando Chinaglia apresentou as seguintes informações:
 - que a partir de julho começará a distribuir o título “QUARK’ quadrinhos Manga”;

⁸ A Representante anexou termo de audiência realizada perante o Poder Judiciário de São Paulo (fl. 825), na qual a Exma. Juíza determinou a juntada do CD, bem como da gravação, diante da notícia de ter sido dado provimento ao Agravo interposto contra a decisão que anteriormente indeferiu a juntada de tais documentos .

⁹ O IVC é uma empresa sem fins lucrativos e tem por objetivo proporcionar autenticidade às circulações de publicações, bem como a distribuição destas informações para as empresas associadas ao Instituto.

¹⁰ Às fls. 865/866, a DINAP apresenta relação de todas as publicações da Ediouro por ela distribuídas.

- as publicações da Ediouro representam 2,56% do faturamento da Fernando Chinaglia¹¹.
46. Às fls. 857/863, foram encaminhados ofícios às representantes nos quais questionou-se:
1. As empresas TAM Express, Varig Log, Empresa de Correios e Telégrafos e a S. Paulo Distribuição e Logística Ltda (SPDL), atuam no mercado brasileiro na distribuição de revistas e jornais?
 2. Essa empresa tem conhecimento acerca da atuação, bem como os preços cobrados pelas empresas mencionadas?
 3. Qual a viabilidade financeira e adequação em realizar a distribuição de suas publicações através das empresas TAM Express, Varig Log, Empresa de Correios e Telégrafos e a S. Paulo Distribuição e Logística Ltda (SPDL)?
 4. Qual a diferença de custos e logística dessas em relação à Distribuidora Fernando Chinaglia e à DINAP?
47. Em 02/agosto/2005 (fls. 899/903), a Ponto da Arte Editora Ltda. apresenta as seguintes informações:
- as empresas TAM Express, Varig Log, Correios e Telégrafos não atuam na distribuição de jornais, livros e revistas. Atuam apenas no mercado de transporte de pequenas e grandes encomendas. Não têm atuação na macro e micro distribuição de jornais e revistas no território nacional;
 - a empresa SPDL atua no segmento de distribuição de jornais e revistas, porém difere da atuação das distribuidoras DINAP e Fernando Chinaglia, pois sua atuação, quanto às revistas, é restrita ao Estado de São Paulo e algumas cidades do interior do país, quanto aos jornais, a distribuição tem alcance nacional;
 - não garante o pagamento das vendas efetuadas, independentemente da possível inadimplência do ponto de venda;
 - os valores a serem cobrados são variáveis e dependem do número de pontos de venda a serem atingidos pela distribuição. É cobrado valor pelo custo de distribuição e não pelo total da venda;
 - que a SPDL não realiza nenhum estudo ou análise que tenha como finalidade a sugestão de tiragem por ponto de venda, cabendo a decisão ao editor, ao contrário da FC e DINAP;
 - não há retorno dos exemplares não vendidos;
 - os serviços prestados pela Varig Log, TAM e Correios são diferentes dos serviços de distribuição de revistas prestados pela DINAP e pela FC, não há como comparar os preços de tais empresas.

¹¹ Às fls. 875/884, a FC apresenta relação de todas as publicações da Ediouro por ela distribuídas.

• cem por cento dos produtos editoriais que tenham necessidade de ser comercializados em bancas de jornais e revistas em todo o território nacional são distribuídos pela distribuidoras DINAP e Fernando Chinaglia. Não existe viabilidade financeira ou de logística, devido à falta de abrangência nacional, para distribuição de produtos voltados a bancas de jornais e revistas, por meio das empresas citadas.

48. À fls. 906/909, foi encaminhado ofício nº 4188 à Representada, no qual se questionou:

1. As empresas TAM Express, Varig Log, Empresa de Correios e Telégrafos e a S. Paulo Distribuição e Logística Ltda (SPDL), atuam no mercado brasileiro na distribuição de revistas e jornais?

2. Caso afirmativo, essa empresa utiliza-se dos serviços de distribuição das referidas empresas?

3. Essa empresa tem conhecimento acerca da atuação, bem como os preços cobrados pelas empresas mencionadas?

4. Qual a viabilidade financeira e adequação em realizar a distribuição de suas publicações através das empresas TAM Express, Varig Log, Empresa de Correios e Telégrafos e a S. Paulo Distribuição e Logística Ltda (SPDL)?

5. Qual a diferença de custos e logística dessas em relação à Distribuidora Fernando Chinaglia e à DINAP?

49. Em 03/outubro/2005, a Ediouro apresentou resposta aos questionamentos, informando:

• que vários jornais utilizam os serviços destas empresas para atender sua necessidade de distribuição em diversas praças do país. Além disso, a própria Ediouro já utilizou os serviços da ECT para entrega de suas publicações a leitores;

• que não utiliza os serviços de distribuição de nenhuma das empresas mencionadas;

• que existem outras empresas que atuam no segmento de distribuição e logística de produtos em todo o território nacional, tais como Martins e Peixoto, entre outros.

50. Às fls. 910/921, foram encaminhados ofícios às empresas: TAM Express; Varig Log; Correios e Telégrafos e São Paulo Distribuidora e Logística (SPDL), nos quais questionou-se:

1. Essa empresa atua no mercado brasileiro na distribuição de revistas e jornais? Informar, detalhadamente, a forma de atuação dessa empresa.

2. Essa empresa tem contrato de distribuição de revistas de passatempo com alguma empresa que atue nesse mercado? Em caso afirmativo, informar a razão social da empresa e encaminhar cópia do contrato.

3. Essa empresa tem contrato de distribuição com as Editoras Ediouro Publicações S/A, Nova Atenas Ltda. e Ponto da Arte Editora Ltda.? Em caso afirmativo, informar a razão social da empresa e encaminhar cópia do contrato.
 4. Essa empresa tem conhecimento acerca da atuação, bem como os preços cobrados pelas Distribuidoras Fernando Chinaglia e DINAP nesse mercado? Caso afirmativo, essa empresa atua de maneira idêntica ou semelhante às referidas empresas? Caso haja diferenças, explicitá-las.
 5. Caso essa empresa atue na distribuição de revistas e jornais, informar detalhadamente os seguintes aspectos:
 - abrangência da distribuição (nacional/regional);
 - informar se essa empresa garante o pagamento, ao editor, das vendas efetuadas independentemente da possível inadimplência do ponto de venda;
 - informar se o valor cobrado é baseado no custo da distribuição ou no total das vendas;
 - informar acerca das formas de pagamentos;
 - informar se essa empresa realiza estudos ou análises que tenham como finalidade a sugestão de tiragem por ponto de venda. Caso tenha conhecimento, informar acerca da realização dos referidos estudos por empresas distribuidoras, tais como: Fernando Chinaglia e DINAP; e
 - informar se essa empresa efetua a devolução dos exemplares não vendidos ao editor.
 6. Qual a viabilidade financeira e adequação para que uma editora de livros e revistas realize a distribuição de publicações do tipo revistas de passatempo através da empresa TAM Express?
 7. Existem diferenças de custos e logística dessa empresa em relação à Distribuidora Fernando Chinaglia e à DINAP?
51. Às fls. 923/925, a empresa São Paulo Distribuidora e Logística (SPDL) apresentou os seguintes esclarecimentos:
- que distribui apenas os jornais O Estado de São Paulo; Folha de São Paulo; Jornal da Tarde; Agora e Valor Econômico, somente em São Paulo e alguns municípios da grande São Paulo;
 - a SPDL conta com nove empresas franqueadas;
 - que não distribui revistas de passatempo;
 - que não tem contratos com as editoras Ediouro, Ponto da Arte ou Nova Atenas;

- que não trata da venda dos produtos pois seu trabalho limita-se à prestação dos serviços de logística de distribuição dos jornais citados; e
 - os valores cobrados são baseados apenas nos custos de distribuição e os pagamentos são efetuados quinzenalmente;
 - que efetua a devolução dos exemplares vendidos ao editor.
52. Às fls. 927/928, Varig Log apresentou os seguintes esclarecimentos:
- que distribui as publicações das Editoras Abril e Globo nos modais rodoviários aéreo;
 - que não tem contrato de distribuição de revistas de passatempo;
 - que não possui qualquer tipo de contrato de distribuição com as empresas Ediouro, Ponto da Arte ou Nova Atenas.
53. À fl. 929, verifica-se que a correspondência encaminhada à TAM Express foi devolvida pela ECT.
54. Em 17/outubro/2005, a Empresa de Correios e Telégrafos apresentou resposta à solicitação do DPDE, informando:
- que em dezembro/2004 lançou o serviço Correios Entrega Direta, que é destinado à distribuição de periódicos. Nesta primeira fase, a ECT está apenas ofertando a distribuição de revistas a assinantes;
 - que atua na distribuição de revistas contendo informações com periodicidade diversas (semanais, quinzenais, mensais, etc.) basicamente para a entrega a assinantes em domicílio. As revistas destinadas a passatempo geralmente são vendidas em bancas, segmento em que, neste momento, os Correios não atuam;
 - caso as editoras tenham interesse em efetuar a distribuição de revistas de passatempo por meio dos Correios, neste momento, deverão se utilizar dos serviços de Mala Direta Postal; Impresso Especial e Impresso Normal, porém, para entrega em domicílio.
55. É o relatório.

II. ANÁLISE

56. Mister se faz analisar se os fatos trazidos ao conhecimento desta Secretaria, através da representação, constituem práticas anticoncorrenciais, com aptidão de gerar efeitos prejudiciais à livre concorrência e à livre iniciativa, nos termos da Lei nº 8.884/94.

II.1. PRELIMINARMENTE

57. Como visto no relatório, a Representada suscitou as seguintes preliminares, referentes a gravações de áudio de conversas envolvendo funcionários de distribuidoras:

- i. Falta de Perícia Judicial nos Originais das Gravações e de Transcrições Oficiais – Nulidade da Prova – Desentranhamento.
 - ii. Cerceamento dos Direitos Constitucionais de Ampla Defesa e do Devido Processo Legal – Nulidade da prova – Desentranhamento.
 - iii. Inadmissibilidade da prova contra a Representada – Nulidade da Prova – Desentranhamento.
58. Entretanto, este DPDE deixa de se manifestar acerca das preliminares suscitadas, uma vez que, por tratar-se de Averiguação Preliminar, não há que se falar em contraditório. Além disso, a principal razão para a não manifestação, é que seja qual for o teor do material juntado, ele se revela irrelevante para o presente feito, à luz dos argumentos abaixo aduzidos.

II.2. DO OBJETO DA PRESENTE AVERIGUAÇÃO

59. A representação que originou a presente averiguação descreve os seguintes comportamentos por parte da Representada:
- (i)** envio de notificações extrajudiciais ameaçando adoção de medidas judiciais caso as Representantes introduzissem no mercado publicações nos mesmos moldes e com as mesmas características da revista Coquetel, de propriedade da Representada;
 - (ii)** “bloqueio” à iniciativa comercial das Representantes através do incentivo à interrupção dos meios de distribuição de suas publicações de entretenimento¹².
60. Cabe examinar se tais práticas imputadas à Representada são aptas a gerar efeitos prejudiciais à livre concorrência ou à livre iniciativa, nos termos da Lei nº 8.884/94.
61. Os fatos acima referidos podem ser resumidos no objeto da presente Averiguação Preliminar que consiste na “Apuração de possível prática anticoncorrencial consistente em criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente e impedir o acesso de concorrente aos canais de distribuição, nos termos do artigo 21, incisos V e VI , da Lei nº 8.884/94.”

¹² Visando a comprovar a mencionada prática, a Editora Nova Atenas anexou aos autos, às fls. 726/740, transcrições de gravações de diálogos ocorridos durante almoços de negócios entre representantes da Nova Atenas, das distribuidoras DINAP e FERNANDO CHINAGLIA. À fl. 824, anexou fotocópia dos *Compact Discs – CDs* contendo as gravações das conversas. Salienta que os CDs foram reconhecidos como instrumento probatório pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

62. A Lei nº 8.884/94 tem por finalidade a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, conforme os ditames constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º da Lei nº 8.884/94).
63. Consoante o ordenamento jurídico pátrio, uma determinada prática será considerada contrária à ordem econômica quando tenha por objeto ou possa produzir pelo menos um dentre os efeitos previstos no art. 20, a saber: (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, ainda que tais efeitos não sejam alcançados.
64. Logo, segundo a sistemática brasileira, as práticas tipificadas no art. 21 da Lei nº 8.884/94 serão consideradas contrárias à ordem econômica desde que impliquem a incidência de qualquer dos incisos do art. 20 da Lei nº 8.884/94.
65. Assim sendo, a mera semelhança de determinadas condutas com alguns dos incisos do art. 21 do referido diploma legal não é suficiente para a configuração de lesão à ordem econômica, pois o *caput* deste artigo atrela a caracterização das condutas descritas nos seus incisos (além de outras) à configuração das hipóteses previstas no mencionado art. 20.
66. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho:
- “Não há, portanto, como configurar-se a infração contra a ordem econômica isolando o descrito em cada um dos dispositivos legais componentes da estrutura da hipótese infracional. Aliás, o próprio *caput* do art. 21 preceitua, cabalmente, a indispensabilidade da remissão ao art. 20, ao fixar que as condutas nele exemplificadas são infracionais ‘na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos’”.¹³
67. Em sendo assim, uma vez que “*inexiste conduta ilegal per se na legislação de defesa da concorrência brasileira*”¹⁴, o não preenchimento das condições previstas no artigo 20 pelas condutas descritas, ainda que sejam elas idênticas a qualquer das hipóteses dos incisos do artigo 21, não as caracteriza como infrações à ordem econômica, nos termos da Lei nº 8.884/94.

II.3. DO MERCADO RELEVANTE

68. Ponto fundamental ao exame das práticas anticompetitivas diz respeito à delimitação do mercado relevante, sob dois aspectos

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. “Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei 8884/94”, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 53.

¹⁴ Processo Administrativo 148/92 Caso/Kibon/Conselheiro Relator Leônidas Xausa, *in* Relatório Anual do CADE de 1997, p. 70, item 4.3.6

complementares e indissociáveis, i.e., o mercado relevante geográfico e o mercado do produto ou mercado relevante material. Isto porque, uma prática só pode ser considerada como anticompetitiva após a análise do contexto econômico em que está inserida, a fim de que se possa examinar se teve por objeto ou efeito prejudicar as relações concorrenciais travadas naquele mercado. Vale transcrever os ensinamentos da doutrina:

“O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua delimitação é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 20 da Lei nº 8.884/94. A partir do momento em que o texto normativo faz menção à restrição da ‘concorrência’, para a caracterização do ilícito devemos determinar de qual concorrência estamos tratando (com o escopo de verificar se a prática analisada teve por objeto ou por efeito restringi-la)”.¹⁵

69. Portanto, não basta apenas alegar a existência de prática prejudicial à concorrência, é indispensável à aplicação de uma norma antitruste que se estabeleça a “área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva”¹⁶ (mercado geográfico) e o mercado no qual “o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece”¹⁷ (mercado do produto ou mercado relevante material).

II.3.1. Dimensão do Produto

70. Inicialmente, vale salientar que, na representação apresentada, as Representantes não apontaram o mercado relevante que estaria sendo prejudicado com as práticas imputadas à Representada.
71. À fl. 03, a Editora Nova Atenas informa ter sido constituída com o objetivo de publicar e comercializar revistas de entretenimento e que, através do trabalho e planejamento de seus sócios, foi criada a linha de revistas de passatempos ENIGMA.
72. À fl. 485/486, a Representante Ponto da Arte informa que, quando da sua constituição, seus diretores “pretendendo explorar o mercado nacional no segmento de passatempos, do tipo palavras cruzadas, criptogramas e caça palavras”, empreenderam árduo trabalho de planejamento e desenvolvimento de produtos,

¹⁵ FORGIONI, Paula A., “Os Fundamentos do Antitruste”, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1998, p. 200.

¹⁶ FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 201.

¹⁷ FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 207.

que resultaram na concepção da linha de revistas de passatempos COLMÉIA.

73. À fl. 336, a Ediouro informa destacar-se no segmento de revistas de entretenimento como palavras cruzadas, caça-palavras e assemelhadas no universo editorial brasileiro.
74. À luz dos documentos constantes nos autos, verifica-se que os motivos que levaram as Representantes Nova Atenas e Ponto da Arte a representarem contra a empresa Ediouro Publicações seriam: **(i)** o fato de que a Ediouro as teria notificado extrajudicialmente, uma vez que as Representantes estariam pretendendo introduzir no mercado publicações nos mesmos moldes e com as mesmas características da revista COQUETEL, publicação da linha de entretenimento de propriedade da Representada e, ainda, **(ii)** o fato de a Ediouro alegadamente ter feito ingerências junto aos principais distribuidores do país DINAP e FERNANDO CHINAGLIA (FC) para que estes não distribuíssem as publicações das Representantes.
75. No intuito de melhor conhecer o mercado de revistas de entretenimento, esta Secretaria efetuou diligência junto à ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE REVISTAS – ANER, no qual questionou acerca do mercado de revistas de “passatempo”.
76. Ao apresentar sua resposta ao Ofício encaminhado, a ANER informou que são consideradas revistas de passatempo toda e qualquer publicação com atividades tipo jogos, cruzadas, problemas de lógica, caça palavras.
77. Assim, de todo o exposto e das informações colhidas nos autos, o mercado relevante do produto a ser considerado é o de publicações do gênero passatempos, incluindo-se publicações com atividades tipo jogos, cruzadas, problemas de lógica e caça palavras.

II.3.2. Dimensão Geográfica

78. O mercado relevante geográfico, para a análise antitruste, é definido pela área geográfica onde se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.
79. Quanto à dimensão geográfica, observa-se que, no mercado relevante material definido, qual seja, de publicações do gênero passatempos, segundo as informações constantes nos autos, os concorrentes atuam em todo o território nacional, podendo utilizar estratégia de distribuição em nível nacional ou em nível regional.
80. Logo, o mercado relevante geográfico a ser considerado na presente análise é o nacional.

II.4. DA PULVERIZAÇÃO DO MERCADO

81. Diante das denúncias apresentadas pelas Representantes de que a Ediouro estaria adotando medidas para impedi-las de introduzir no mercado publicações nos mesmos moldes e com as mesmas características da revista Coquetel, de propriedade da Representada, e que estaria bloqueando os canais de acesso a distribuidores, impedindo assim, que as Representantes distribuíssem as revistas por elas editadas com o objetivo de excluí-las do mercado, esta SDE adotou medidas no sentido de investigar se tais práticas, ainda que comprovadas, poderiam ter por objeto ou poderiam produzir algum dos efeitos anticoncorrenciais previstos na Lei 8.884/94.
82. Neste sentido, a SDE encaminhou ofícios à ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE REVISTAS – ANER, bem como às empresas distribuidoras DINAP e Fernando Chinaglia, e ainda, oficiou ao INSTITUTO VERIFICADOR DE CIRCULAÇÃO – IVC (mencionado pela ANER em sua resposta), solicitando diversas informações acerca do mercado de revistas de passatempos.
83. Através das respostas apresentadas, já relatadas, verificou-se que são vários os Editores que atuam no mercado, publicando revistas de passatempos em concorrência com a Ediouro.
84. É o que se infere da resposta apresentada pela ANER ao Ofício encaminhado por este Departamento, que às fls. 474/475, cita as seguintes Editoras: **GLOBO S/A, IND. GRÁFICA BENTIVEGNA ED. LTDA., NOVA SAMPA DIRETRIZ LTDA., A RECREATIVA, COGE MATERIAL LITERARIO LTDA., FLAMA, LITTERAE, MILLENIUM, MOVING IMAGEM, PESCARIA EDITORA.**
85. Há que se salientar que a própria Representada, em sua defesa, às fls. 336/339, informa:

“a Ediouro enfrenta concorrência no seu mercado de atuação, fazendo prova disso a relação acostada à presente petição (Anexo VI) que discrimina, por Editora, os lançamentos efetuados pela distribuidora Fernando Chinaglia no período de 1997 a 2002”.
86. Às fls. 417/424, a Representada¹⁸ apresentou listagem com os principais lançamentos de Passatempos distribuídos pela Distribuidora Fernando Chinaglia (FC), no período de 1997 a 2002. Na referida listagem, infere-se que a FC distribuiu publicações das seguintes Editoras: **FAMA COMUM MARKETING PARTICIP., FC EDITORA, FLAMA, LABIRINTO, AKS, RT EDITORA, A RECREATIVA, EDIGRAMA, ERT, ESCALA, MARFE, MF COMUNICAÇÕES E MARKETING, LITTERAE,**

¹⁸ Às fls. 214/216, antes da instauração da Averiguação Preliminar, a Representada apresentou manifestação, ocasião em que anexou diversos exemplares de Editoras concorrentes (RG Santoro e Litterae) e exemplares da revista Coquetel (revista de passatempo de propriedade da Representada). Assim, os volumes II e III dos autos são compostos por inúmeros exemplares de revistas.

MILLENIUM, OWEN, PEN, PHENIX, POLIGLOTA, PRESS EDITORA, RT/ME, SECULO FUTURO e RG SANTORO.

87. Segundo a Representada:

“o mercado de publicações de entretenimento é extremamente competitivo. Isso porque sofre pressão concorrencial não só dos (a) competidores instalados, como *v.g.*, nos casos das editoras Recreativa (‘A Recreativa’), há mais de 40 anos no mercado, como dito, da Pescaria Editora (‘Pesca Tempo’), e da publicação ‘Genial’, da Editora Litterae, mas ainda dos entrantes não comprometidos e das diversas publicações estritamente diversas destinadas ao entretenimento;”¹⁹

88. Registre-se que no mesmo sentido foi a resposta apresentada pela Distribuidora Fernando Chinaglia, às fls. 788/789, que informou:

“além das revistas do tipo ‘passatempo’ editadas pela Ediouro, a Fernando Chinaglia comercializa também publicações editadas pela Editora A Recreativa, denominadas ‘Palavras Cruzadas A Recreativa’ e publicações editadas pela Editora Van Blad, as quais são denominadas ‘Palavras cruzadas Colméia’.”

89. Vale ressaltar ainda, as informações acerca de outras Editoras atuantes no mercado brasileiro, mencionadas pela DINAP, às fls. 797/803, no seguinte sentido:

“que distribuí outras publicações na cidade do Rio de Janeiro, tais como a ‘Sopa de Letras’, da **Editora Papini** e da **Editora Tryo** (esta em caráter de teste), ressaltando que estas são concorrentes da Ediouro” (grifamos).

“produtos similares são distribuídos para todo o Brasil, como por exemplo a publicação ‘Nova Trix’, da **Editora Nova Sampa Diretriz**, cuja edição nº 1 foi distribuída em maio de 2003 e a publicação ‘**Caras Cruzadas**’, da Editora Caras, cuja distribuição da nº 1 foi realizada em janeiro de 2002. Tais distribuições, cumpre dizer, permanecem sendo feitas dessa forma até o presente momento” (grifamos).

90. Assim, pelas informações colhidas nos autos, verifica-se que existem no mercado, aproximadamente, 30 (trinta) editoras que publicam revistas de passatempos, sendo distribuídas pelas Distribuidoras Fernando Chinaglia e DINAP, o que demonstra uma considerável pulverização.

91. Ressalte-se que os volumes II e III dos autos da presente Averiguação preliminar são compostos por inúmeros exemplares

¹⁹ A Representada às fls. 425/426 anexou exemplares das revistas VIVA MAIS e da Revista CARAS (este exemplar consiste numa edição especial de Caras cujo conteúdo é exclusivamente de palavras cruzadas).

de revistas de passatempos editados pela Ediouro, RG Santoro e Litterae. E ainda, às fls. 243/244, verifica-se exemplares de revistas publicadas pela Pescaria Editora.

II.5. ANÁLISE DE PODER DE MERCADO

92. Sérgio Varella Bruna²⁰ relaciona os conceitos de poder de mercado e posição dominante, *in verbis*:

“Posição dominante é aquela que confira a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer atuando sobre o volume da oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante. No dizer de Carvalhosa, posição que confira a seu titular ‘uma capacidade decisória que transcende às leis concorrenciais’, e cujo exercício abusivo possa prejudicar a concorrência em nível juridicamente relevante”.

Para Luis Fernando Schuartz :

“...*poder de mercado* quer dizer nada mais que a capacidade de impor, consistente e lucrativamente, preços acima dos custos marginais (‘supracompetitivos’), com redução da quantidade ofertada a um nível inferior ao eficiente (e produção do correspondente ‘*deadweight loss*’ alocativo), ao passo que *exercício* de poder de mercado significa o uso dessa capacidade no sentido de uma efetiva imposição de preços superiores aos competitivos”²¹.

93. Objetivando verificar as participações de mercado da Representada, este DPDE investigou junto aos Distribuidores DINAP e FC, questionando acerca do percentual relativo à distribuição de revistas Ediouro levando-se em consideração todo o faturamento da distribuidora. E ainda, qual o faturamento obtido com revistas do gênero das editadas pela Ediouro e qual o percentual nesse gênero relativo à distribuição de revistas Ediouro.

94. Das respostas apresentadas verificou-se que:

²⁰ BRUNA, Sérgio Varella, “O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício”, Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 115.

²¹ SCHUARTZ, Luis Fernando. "Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes" in POSSAS, Mario Luiz... [et al.], *Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência*, São Paulo : Singular, 2002, p. 103

- i. as publicações Ediouro representam **68%** do faturamento da distribuidora Fernando Chinaglia com revistas do tipo passatempo **2,56%** do faturamento total da distribuidora; e
- ii. a distribuição das publicações da Ediouro representa **30%** do faturamento obtido com revistas do gênero/segmento pela DINAP e **6%** no faturamento total dessa distribuidora.
95. Como visto, as publicações do tipo passatempo, editadas pela Ediouro, representam baixo percentual de vendas no faturamento total das distribuidoras FC (**2,56%**) e DINAP (**6%**). À luz desses fatos, não se pode afirmar que a Representada teria capacidade de bloquear o acesso aos canais de distribuição das demais editoras, tendo em vista a inexistência de dependência econômica das duas únicas grandes distribuidoras nacionais em submeter-se a pressões da Representada.
96. Nessa relação, ao contrário, seria mais plausível aferir que são as duas distribuidoras que apresentam condições de exercer poder de barganha em relação às Editoras e não o contrário. Não é crível, pois, que a Representada exerça influência sobre as distribuidoras mencionadas, na medida em que uma reivindicação sua que não representasse ganho econômico para as distribuidoras não se coadunaria com os interesses destas. Com isso, não teria a Representada condições de exercer qualquer retaliação em face das distribuidoras para que sua reivindicação fosse atendida por estas. Nem teriam as distribuidoras qualquer incentivo para proteger ou escolher determinada editora, especialmente considerando inexistir qualquer vínculo societário entre elas.
97. Ressaltem-se as declarações da DINAP (fl. 802), no sentido de que não sofreu qualquer tipo de pressão por parte da Ediouro para que rescindisse o contrato com a Nova Atenas e que rescindiu o contrato apenas em razão da inviabilidade econômica de sua manutenção.
98. Além disso, constatou esta SDE, na instrução, que as Distribuidoras Fernando Chinaglia e DINAP atuam no mercado distribuindo muitas outras publicações de Passatempos concorrentes da Representada.
99. Novamente, sobre esse ponto, a DINAP informa que “distribui publicações similares no território nacional e também no Rio de Janeiro, inclusive para empresas concorrentes da Ediouro”.
100. Vale registrar também que, em 19 de novembro de 2002, às fls. 243/244, a Ediouro apresentou exemplares de uma nova entrante denominada “Pescaria Editora”, informando que esta utiliza a Distribuidora Fernando Chinaglia na distribuição de suas publicações. Tal informação pode ser facilmente verificada, uma vez que, a própria publicação traz impresso o nome de seu distribuidor exclusivo “Fernando Chinaglia”.
101. Assim, conforme referido e pelas razões apresentadas, não se afigura plausível a realização de acordos entre a Representada e as distribuidoras mencionadas para excluir as Representantes ou

qualquer racionalidade econômica que possa levar à presunção da existência de qualquer interesse por parte das referidas distribuidoras em fazê-lo.

102. Essas, em primeiro lugar, por se encontrarem em elo distinto da cadeia de comercialização referida, não teriam um interesse *de caráter concorrencial* em excluir uma ou outra concorrente da Ediouro. Ao contrário, seria do interesse das distribuidoras terem mais fornecedores, reduzindo com isso, inclusive, a possibilidade de barganha de um fornecedor e, na disputa com este pelas margens nas vendas, apropriarem-se da maior parte possível.
103. No entanto, por óbvio, os produtos vendidos de tais fornecedores teriam de ser lucrativos. Dada a grande diversidade de produtos distribuídos, é pertinente considerar que os interesses econômicos de tais grandes distribuidoras sejam de distribuir produtos com maior valor agregado, que apresentem maior taxa de retorno, a fim de remunerar os custos de distribuição, especialmente nas situações em que a escala é relevante.
104. Com isso, a hipótese de as distribuidoras gastarem tempo e recursos com produtos de pouco retorno e baixo valor agregado, que poderiam estar sendo empregados em atividades mais lucrativas, acaba por representar-lhes altos custos, sejam eles financeiros ou de oportunidade²², a desestimular a distribuição.
105. A corroborar esse entendimento, segundo a DINAP, o rompimento com a Nova Atenas deveu-se ao fato de que “os patamares mínimos de venda, então previstos em estudos de mercado, não se realizaram, acarretando custos excessivos para a Dinap. Trata-se, assim, de uma questão de equilíbrio contratual, em nada se relacionando com uma possível intenção de exclusão de um *player* do mercado”.
106. A não distribuição de produtos pouco lucrativos, por outro lado, não seria mais econômica somente para a distribuidora, mas também para a sociedade, visto que o agente econômico engajar-se-ia em atividades mais eficientes, otimizando o gasto de recursos e reduzindo os custos de transação envolvidos.
107. Não obstante, mesmo que, por hipótese, se admitisse um comportamento *irracional* por parte das distribuidoras e estas fizessem de fato um acordo com a Representada para excluir as Representantes da distribuição, a pulverização do mercado relevante, como visto, bem como a irrelevância de quaisquer barreiras à entrada por ventura existentes, como se verá adiante, afasta qualquer conclusão pela existência de prejuízo concorrencial, ainda que potencial, no presente caso.
108. Importante observar, portanto, que a grande concentração no elo da distribuição em nível nacional, no qual participam a DINAP e a Fernando Chinaglia, afasta qualquer verossimilhança de que uma empresa que comercializa revistas do gênero passatempo venha a

²² Os custos de oportunidade, nesse caso, seriam o resultado da diferença entre dois custos: o da atividade mais lucrativa que pudesse ser desenvolvida naquele mesmo tempo e o da atividade escolhida.

exercer poder sobre tais distribuidores. Especialmente pelo fato de tais distribuidores operarem com diversos produtos, não sendo o faturamento daqueles com publicações do tipo “passatempo” um item de importância suficiente para se admitir que o poder no caso seria exercido do fornecedor para o distribuidor.

II.5.1 Da Inexistência de Barreiras à Entrada de Novos Concorrentes

109. À luz das diligências efetuadas, o que se depreende do mercado de publicação de revistas do tipo “passatempo” é que inexistem significativas barreiras à entrada, não se verificando fatores relevantes que impeçam o surgimento de novos concorrentes. A entrada de novas empresas neste mercado, conforme averiguado, não demanda grandes investimentos.
110. Segundo a Ediouro: “um editor já instalado no mercado editorial tem custos de entrada bastante reduzidos para ingresso no segmento de palavras cruzadas, que não exige, *v.g.*, qualquer conhecimento industrial ou tecnológico de domínio restrito”.
111. A Ediouro informou ainda que as barreiras à entrada nesse mercado não são relevantes, o que atua negativamente no incentivo de uma editora instalada em pretender exercer poder de mercado. Informa que inexistem barreiras institucionais ao ingresso no mercado, as publicações podem ser impressas em estruturas gráficas relativamente simples, terceirizadas e podem ainda ser distribuídas por distribuidores com atuação nacional ou regional, conforme a estratégia pretendida pelo editor.
112. As afirmações da Associação Nacional dos Editores de Revistas – ANER vêm ao encontro dessas assertivas, ao informar que “o mercado brasileiro de revistas atua como qualquer outro mercado, há sempre oportunidade para quem tem conhecimento, competência e verba para investimento”.
113. A própria existência de inúmeras publicações similares, juntadas aos autos, como já visto, atesta a grande pulverização desse mercado, impossibilitando exercício de posição dominante. Some-se a isso, o fato de outras Editoras, não tradicionais em publicação de “passatempos”, poderem oferecer o mesmo produto esporádica ou permanentemente, como é o caso da Revista Caras, que lançou dois volumes de uma edição especial de palavras cruzadas, e o da Revista Viva Mais, que lançou uma edição contendo um encarte de palavras cruzadas, conforme informado pela Ediouro, e cujos exemplares foram anexados às fls. 425/426.
114. Nota-se, nesse mercado, o aparecimento de concorrentes comprometidos (“Pescaria”), visto que ingressam com produtos de gênero semelhante aos produzidos pela Representada, seguindo, ao que tudo indica, uma linha de produção freqüente e periódica, e concorrentes não comprometidos (“Caras Edições Especiais” e “Viva Mais”), que não têm como seu *core business* o produto “revista de passatempos”, lançando-os no mercado sem

freqüência ou periodicidade, mas podendo desviar vendas dos concorrentes já estabelecidos.

115. Além disso, referida existência de entradas não comprometidas demonstra que eventuais custos irrecuperáveis (*sunk costs*), se existentes, não são capazes de desestimular o ingresso no mercado. Verifica-se, por tudo isso, grande liberdade de entrada nesse mercado.
116. Em sendo assim, inexistindo no contexto presente condições para dominação pela Ediouro nesse mercado de passatempos, conclui-se tratar o problema de lide privada entre Representantes e Representada.

III. CONCLUSÃO

117. Ante o exposto, não restando configurada prática que constitua infração à Ordem Econômica por parte da Representada, sugere-se o arquivamento da presente Averiguação Preliminar, recorrendo-se de ofício ao CADE, nos termos do art. 31 da Lei n° 8.884/94 e do art. 10 da Portaria MJ n° 849, de 22 de setembro de 2000.

Estas as conclusões.

À consideração da Senhora Diretora do DPDE.

Data supra.

LUCIANA DE CARVALHO VIEIRA

Chefe de Divisão

MARCEL MEDON SANTOS

Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos

De acordo.

À consideração do Sr. Secretário.

Brasília, de de 2005.

BARBARA ROSENBERG

Diretora do DPDE